

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2002



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 43, julio-septiembre 2002

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GÜ-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Alvarez
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. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado

Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º

28010 MADRID

Tf. 913 087 232

Fax 913 087 053

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: “El Registro de la Riqueza Territorial al servicio de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario desde la perspectiva navarra”.....	9
GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Los derechos sucesorios en las adopciones”.....	19
GARRALDA VALCÁRCEL, José: “Sobre prodigalidad”.....	71
GONZÁLEZ LAO, Juan José: “Naturaleza jurídica y objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Derecho común”.....	75
JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana: “Reflexiones sobre el testamento otorgado en consideración al comportamiento del cónyuge hasta ese momento, y al que se instituye heredero, produciéndose con posterioridad a la incapacitación del testador, un incumplimiento de los deberes conyugales por el cónyuge instituido heredero, y en especial el abandono”.....	121
MARTÍNEZ CALDEVILLA, Juan Luis y FERRER BARQUERO, Ramón: “Normativa testamentaria aplicable a las Fuerzas Armadas Españolas en misiones extranjeras”.....	147
MESA MARRERO, Carolina: “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”.....	159
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La prueba en la nueva Ley (de Enjuiciamiento Civil). (Prueba documental)”.....	235

PRÁCTICA NOTARIAL

DELGADO TRUYOLS, Álvaro: “De nuevo sobre el autocontrato: dos problemas muy actuales”.....	287
POU AMPUERO, Felipe: “Determinación de herederos”.....	297

JURISPRUDENCIA

Audiencia Provincial de Alicante

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Sucesión intestada a favor de convivientes (una resolución sorprendente de la Audiencia Provincial de Alicante)”.....	305
---	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

CALVO SÁNCHEZ, Luis, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo y PELLICER ZAMORA, Rafael: “Colegios Profesionales y Competencia”. Unión Profesional-Civitas, Madrid, 2002. Por Francisco Marcos.....	335
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II. Elaboración sistemática”. Volumen 1.º, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2002. Por J. Javier Nagore Yárnoz.....	345
ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: “El carácter dinámico del régimen electoral español” (Soluciones de <i>lege ferenda</i>). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Por José Marcos Picón Martín.....	353
LORENTE, Marta: “La voz del Estado”. Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Por Julián Sauquillo.....	355

EL REGISTRO DE LA RIQUEZA TERRITORIAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL TRÁFICO INMOBILIARIO DESDE LA PERSPECTIVA NAVARRA

JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ

Notario

Aunque el objeto específico de esta mesa redonda es la coordinación de la información territorial desde la perspectiva navarra, entiendo que, toda vez que está en marcha un proyecto de Ley foral de adaptación de la normativa navarra al respecto a la Ley estatal 13/96, de 30 de diciembre, resulta imprescindible enmarcar el tema en el genérico de estas jornadas (1).

Voy a hacer un breve repaso de cuatro ideas básicas para que sea posible la coordinación y, a la luz de las mismas, analizaremos en sus virtudes y defectos, tanto la normativa estatal como la navarra.

1. **La coordinación no lo es, ni lo debe ser, de dos Registros**, el de la Riqueza Territorial y el de la Propiedad, **sino de dos Instituciones**, a saber, de una parte la responsable de garantizar la descripción de los

(1) Jornadas sobre la Información Territorial organizadas por la Fundación Argentaria en Pamplona los días 21 y 22 de enero de 1998.

inmuebles de un modo ajustado a la realidad física, llámese Registro, Base de Datos o el instrumento que en cada momento sirva mejor para garantizar el cumplimiento de esa finalidad y, de otra, la institución responsable de garantizar, con el debido rigor jurídico, la titularidad y modificaciones formales de dichos inmuebles.

Esta última institución, variable en cada país, forma parte del Derecho Civil y, concretamente en el caso de España, se rige por el principio de libertad de forma, de modo que es el consentimiento de los titulares el quicio de esta institución. La transmisión de la propiedad se consuma conforme a la llamada teoría del título y el modo y, tanto la escritura pública como la inscripción en el Registro de la Propiedad, son instituciones coadyuvantes del sistema, que ofrecen un plus de seguridad jurídica a los particulares que libremente deciden hacer uso de las mismas.

Ello no obstante, la importancia del valor económico de las transacciones hace que, cada vez con más frecuencia, los contratantes busquen el máximo de seguridad en las mismas y, por ello, porcentualmente la práctica totalidad de la contratación urbana y un creciente porcentaje de la rústica, se documenta públicamente y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Pero es un error sacar consecuencias apresuradas en orden al cambio del sistema, que viene funcionando correctamente, máxime con las últimas reformas introducidas en el mismo, relativas a la información registral y asiento de presentación por fax, que no hace ahora al caso explicar.

La norma de coordinación deberá adaptarse, como guante a la mano, al sistema de transmisión inmobiliaria vigente, que tiene muchas otras implicaciones de seguridad y libertad, siendo impecablemente respetuosa con el mismo, sin pretender modificarlo, en aras a la consecución de una finalidad, la coordinación con el Registro de la Riqueza Territorial, muy respetable y de progreso, pero jerárquicamente inferior a las que sirven de fundamento a la normativa sobre transmisión inmobiliaria (2).

2. La coordinación exige, como requisito previo e indispensable, una base de datos fiable, cartográfica y alfanumérica, de la realidad física del

(2) En este sentido, resulta claramente criticable la conclusión a la que llega en su monografía *Procedimiento de Coordinación del Registro Fiscal de la Riqueza Territorial con el Registro de la Propiedad* don Fermín MUÑOZ MUÑOZ, cuando concluye diciendo: "Por tanto, en aras a una coordinación más plena, debe plantearse la conveniencia, o tal vez necesidad, de extender la obligatoriedad de Registro de la Propiedad, a todos los bienes inmuebles." Sería injusto limitar el comentario de esta monografía a lo criticable de su conclusión, explicable por la falta de formación jurídica de su autor, ya que en la misma se contienen aciertos indudables en todo lo que se refiere a los aspectos técnicos y planimétricos de la coordinación, que son, según tendremos ocasión de comprobar, la gran asignatura pendiente de la normativa estatal en esta materia.

territorio y de los inmuebles urbanos. Esta carencia y no otra razón fue la que hizo absolutamente inoperante la buena ley catastral, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, de 23 de marzo de 1906.

En un artículo mío, publicado por la revista *CATASTRO* en su número 18, de octubre de 1993, hacía un breve repaso del estado de la cuestión en el Derecho comparado de los países de nuestro entorno, concretamente ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA y HOLANDA, del que resultaban, entre otras consideraciones que no hacen ahora al caso, dos que me parecen sumamente esclarecedoras para el tema que nos ocupa. En todos ellos el Registro de la Riqueza Territorial se apoya en una base de datos de información territorial rigurosa, exhaustiva, fiable y actualizada, y la coordinación con las distintas modalidades de transmisión inmobiliaria de titularidades, se hace sobre la base de soportes gráficos, que dan una idea clara de la realidad física de la finca.

Mientras no contemos con una base de datos fiable que proporcione una “información territorial” que verdaderamente sirva de soporte a las decisiones económicas (entre ellas los actos y negocios jurídicos de relevancia inmobiliaria), careceremos del cimiento indispensable sobre el que construir, en orden a una mejora de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

En este sentido, me parecen excesivamente optimistas las manifestaciones de doña MARÍA JOSÉ LLOMBART BOSCH cuando, como Directora General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, afirmaba, en un artículo publicado por la revista *CATASTRO*, en el mes de abril de 1993, que los problemas de la coordinación Catastro-Registro no son de índole jurídica ni técnica. En apoyo de esta última afirmación alegaba: *“El Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria cuenta con un Banco de datos alfanumérico de 260 millones de caracteres correspondientes a los más de 20 millones de inmuebles existentes en este país... ya en estos momentos poseemos también un importante banco de datos cartográfico, informatizado en muchos casos”*.

Surgen de las declaraciones que anteceden algunos comentarios. El primero, que trece caracteres por finca, de media, no parece un gran volumen de información. Que es básico contrastar el que la información de que se dispone sea fiable y actualizada y, por último, mientras no exista una base de datos gráfica, de planos detallados y actualizados, toda la regulación que se quiera hacer de la coordinación estará abocada a la más absoluta inoperancia, al menos desde la perspectiva de la mejora de la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria.

En el mismo artículo citado, pone de manifiesto la autora esta realidad, cuando dice, refiriéndose a las consecuencias de una experiencia piloto de coordinación: *“... En segundo lugar, la experiencia fue tal vez*

excesivamente maximalista, dando por supuesta la existencia de las máximas garantías de calidad técnica del banco de datos, lo cual, ciertamente no es del todo exacto: no pueden olvidarse, al acometer actuaciones de este tipo, los problemas de coordinación existentes en nuestra propia organización, entre las bases de datos alfanuméricas y las bases de datos cartográficas, por ejemplo, o la deficiente depuración, en algunos casos, de la información que se maneja.”

3. Exige un concepto coordinado, aunque no necesariamente único, de finca. Como señala LACRUZ, el Derecho de los bienes inmuebles se distingue del de los muebles en que aquél ha de producir primero el objeto, cuyas relaciones jurídicas ha de regular después.

Los criterios de “creación” de este objeto, el inmueble, pueden ser muy variados: titularidad, destino, aprovechamiento urbanístico, valoración, etc.

En sede de normativa sobre coordinación lo importante es que los conceptos de inmueble que se utilicen en las instituciones a coordinar, estén a su vez, valga la redundancia, coordinados. Me explicaré. No es imprescindible, ni seguramente deseable, que el concepto de finca sea único. Son muchas las finalidades posibles que exigen clasificar el territorio con distintos criterios. Pero lo que es imprescindible es que la institución de la Riqueza Territorial utilice un concepto de finca perfectamente trasladable y coordinable con el jurídico, el cual a su vez, no tiene por qué limitarse al concepto registral: finca es todo lo que abre folio registral, aunque lo incluya.

No hay inconveniente, al contrario, parece obligado, que el territorio esté clasificado con muy distintos criterios y, entre ellos, como fiscalmente más relevante, el de la valoración de los mismos. Ahora bien, al regular el concepto de inmueble en cualquiera de las instituciones a coordinar, no debe el legislador hacer una definición exclusivamente parcial de finca ya que, con ello, dificultará, más bien impedirá, una correcta coordinación, puesto que el punto de partida, el objeto, no será coordinable.

Al examinar, en concreto, las normativas estatal y navarra al respecto, veremos de qué modo, en mi opinión, se debe regular esta materia, básica para una buena coordinación.

4. No existe más titularidad de un inmueble que la jurídica. Esta afirmación, que tiene visos de perogrullada, no debe olvidarse a la hora de regular las instituciones a coordinar. Del mismo modo que la realidad física de las fincas es unívoca y, o está fielmente recogida, o no lo está, (otra cosa es que existan muchos criterios de descripción, muchos niveles

graduales de información), del mismo modo, la titularidad de las mismas, de acuerdo con el Derecho aplicable, es igualmente unívoca y, o está recogida y actualizada correctamente, o no lo está. En este sentido, aunque sea quizá adelantar juicios de valor, me atrevería a decir que hablar de “titularidad fiscal”, por ejemplo, me parece un error. Cada impuesto, en Derecho Tributario, regula el sujeto pasivo, teniendo en cuenta la normativa general o especial, que afecte al caso, sobre titularidades jurídicas de los objetos que constituyan el respectivo hecho imponible.

5. Con los presupuestos que anteceden, la coordinación es posible del siguiente modo: como una **simbiosis entre Instituciones**, en virtud de la cual una de ellas, el Registro de la Riqueza Territorial, aporta información rigurosa, fiable y actualizada acerca de la realidad física de los inmuebles, y la otra, el Sistema Jurídico Inmobiliario, aporta información rigurosa, fiable y actualizada acerca de las operaciones formales inmobiliarias, de la creación, modificación o extinción de fincas así como de la titularidad de las mismas, todo ello como consecuencia de las relaciones jurídico-inmobiliarias.

De este modo, ambas Instituciones se enriquecen. La primera por contar con una actualización jurídica, la segunda por aumentar la seguridad jurídica de los contratantes sobre inmuebles, al contar con una descripción inequívoca del objeto, elemento esencial del contrato.

Ha llegado el momento de subsumir, en las coordenadas que acabo de plantear, las normativas estatal y navarra y sacar consecuencias.

A) Normativa estatal

Esta viene constituida fundamentalmente por la Ley 13/96, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social. Dicha normativa introduce en sus artículos 49 a 57, ambos inclusive, un régimen jurídico sobre información y coordinación, que ha sido objeto de amplios comentarios a lo largo de estas jornadas y que, además, no constituye el objeto específico de esta mesa redonda. No obstante, no me resisto a hacer algún comentario respecto de la misma, por la razón antes apuntada, de que existe en la actualidad en Navarra un borrador de proyecto de Ley foral que pretende trasladar su contenido normativo a nuestra Comunidad Foral.

Si examinamos con detenimiento esta normativa, concluiremos que únicamente sirve a la finalidad que la propia exposición de motivos de la ley señala, cuando dice: *“Tales medidas permiten comparar la documentación referida a bienes inmuebles manejada por las distintas Admi-*

nistraciones Públicas, con lo que se facilita la comprobación, investigación e inspección de las transacciones y alteraciones de todo orden, relativas a tales bienes (inmuebles), que tienen trascendencia tributaria, con el objetivo de favorecer el cumplimiento de las obligaciones fiscales y evitar el fraude en el sector inmobiliario”.

El objetivo no puede estar más claro. De la “simbiosis” a la que aludíamos, aquí únicamente se persigue una de las informaciones, la de titularidades que suministran los documentos públicos y privados en que se instrumentan las transacciones inmobiliarias y, dentro de esta mitad, si así puede hablarse, sólo en cuanto a la finalidad estrictamente recaudatoria.

La otra “mitad”, el servicio que el “Catastro” puede ofrecer a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, ni interesa al legislador (en este sentido resulta elocuente el párrafo transcrito de la exposición de motivos), ni resulta viable en modo alguno aplicando dicha normativa. Esta última afirmación precisa de un cierto desarrollo.

En efecto, uno de los elementos esenciales para que la información territorial que el Catastro proporciona, sirva a una mejora de la seguridad jurídica, es ofrecer a los otorgantes de la transacción inmobiliaria certeza sobre la realidad física de la finca respecto de la que contratan. Pues bien, para obtener dicha certeza es imprescindible una descripción con superficie y linderos de la misma. Aquí resulta de rigurosa aplicación el conocido refrán “más vale una imagen que mil palabras” o, lo que es lo mismo, si el Registro de la Riqueza Territorial (me resisto a llamarlo Catastro o Registro Fiscal porque entiendo que es una denominación reduccionista de lo que debe ser como institución de progreso) no facilita una imagen gráfica y fiable de la finca, de la que resulten, a escala expresamente indicada, la ubicación, perímetro, superficie y linderos de la misma, en poco o nada se coadyuva a la mejora de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

Para que esto sea posible es necesario contar, por parte de la Administración, con una base de datos fiable y rigurosa de información territorial y si ésta no existe, no habrá ley que resuelva satisfactoriamente la cuestión de la coordinación entre los Registros de la Propiedad y de la Riqueza Territorial.

En la ley comentada se nos indica, en su artículo 50-3, que la referencia catastral del inmueble se hará constar por lo que resulte del documento que el obligado exhiba o aporte, que deberá ser uno de los siguientes:

a) Último recibo justificando el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, siempre que en este documento figure de forma indubitada la referencia catastral.

b) En su defecto, certificado u otro documento expedido por el Gerente del Catastro, o escritura pública o información registral, siempre que en dichos documentos resulte de forma indubitada la referencia catastral.

En ningún caso importa al legislador la realidad física exacta del inmueble objeto de tráfico actualizada, corregida o confirmada con los datos catastrales. El inmueble es el que se describe e identifica en el documento que recoge la transacción inmobiliaria, por los medios de que tradicionalmente se ha servido el Derecho para resolver el problema de la identificación del objeto, dado su carácter de elemento esencial del contrato. Estos medios son las declaraciones, investigaciones, mediciones y actualizaciones descriptivas de los propios otorgantes y el recurso a las acciones redhibitoria y *cuanti minoris* para resolver las inevitables imprecisiones derivadas de la carencia de una referencia fiable y rigurosa en cuanto a la realidad física de la finca.

Llama la atención que cuando esta norma ha sido objeto de estudio y comentario por la doctrina notarial, no solamente no se haya puesto de relieve esta enorme carencia, sino que incluso se ha llegado a afirmar que el Catastro es una de las asignaturas pendientes en nuestra patria debido, según la doctrina mayoritaria (de la que me apresuro a desmarcarme aunque fuera así, que lo dudo), “A QUE SE PRETENDE ATRIBUIRLE FINALIDADES JURÍDICO CIVILES QUE EXCEDEN DE LA FISCAL”... (3).

B) Normativa navarra

Además de lo indicado anteriormente con carácter general, podemos apuntar, siquiera muy brevemente, los siguientes comentarios.

1. Cédula parcelaria.

En términos generales, la gran ventaja de la coordinación en Navarra radica en que se apoya en un soporte gráfico fiable, llamado “cédula parcelaria”, que permite a los contratantes, en el momento de formalizar la relación jurídico-inmobiliaria de que se trate, contar con una inestimable ayuda en orden a la determinación del objeto.

No obstante, queda bastante camino por andar, en lo que se refiere al servicio de identificación del objeto que presta la cédula parcelaria. En

(3) D. Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO, en conferencia pronunciada el 30 de octubre de 1997 en la Academia Matritense del Notariado, con el título “DE LA REFERENCIA CATASTRAL”.

efecto, éste es evidente en las fincas rústicas, excepción hecha de algunos términos municipales actualmente en proceso de concentración parcelaria. Pero no puede decirse lo mismo respecto de las fincas urbanas. En cuanto a éstas, el perímetro que actualmente facilita la cédula parcelaria es el de la parcela catastral completa a la que corresponde la finca respecto de la cual se solicita la información, no propiamente la de ésta. Ello significa que, en la práctica y para un porcentaje altísimo de fincas, la representación gráfica de las mismas, que es la mayor y más eficaz contribución del Registro de la Riqueza Territorial a la seguridad jurídica, sigue siendo una asignatura pendiente.

Está, al parecer, en marcha una mejora del sistema que permitirá, en un futuro próximo, que las cédulas parcelarias, en su reverso, incorporen el perímetro de la finca, con la indicación de la escala utilizada. Ello me parece un complemento imprescindible en orden a la información que los contratantes inmobiliarios precisan acerca de la realidad física del objeto. Si esta mejora se lleva a la práctica, se dará un paso fundamental en la coordinación, y ésta será algo verdaderamente eficaz desde la perspectiva de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

Me queda únicamente por señalar que es necesaria una modificación normativa que haga gravitar la coordinación en el momento de la contratación inmobiliaria, estadísticamente en un porcentaje muy elevado de casos, en el otorgamiento de la escritura, y no en el de la inscripción y posterior comunicación por el registrador de la propiedad al Registro de la Riqueza Territorial.

2. Concepto de finca.

El artículo 4 de la Ley Foral 3/1995, de 10 de marzo, trata de la “unidad inmobiliaria”, que se identifica como “unidad de valoración”. Este concepto necesita una coordinación con el de finca, en sentido jurídico. Mientras ésta no se produzca normativamente, será difícil que se consiga la tan deseada coordinación ya que el punto de partida es que la referencia sea la misma, no así necesariamente el concepto de finca.

De hecho, la norma, en los artículos que siguen, hace un desarrollo del concepto de unidad inmobiliaria que, desbordando y alejándose de esa inicial identificación con el de unidad de valoración, se aproxima, hasta cotas que hacen posible la coordinación, al de finca jurídica y, más concretamente, al de finca registral.

Resulta evidente que el concepto de finca con el que debe configurarse la cédula parcelaria que se utiliza para la coordinación, debe ser el mismo que el que civilmente rige en la contratación inmobiliaria. Consciente o no de esta necesidad, el legislador se hace eco de la misma cuan-

do, en sede de coordinación, considera ésta factible, en el artículo 25 *“cuando los datos descriptivos o identificadores de la finca en la cédula parcelaria vigente coincidan con los que figuran en el título que va a dar lugar a la coordinación”*, el cual, dicho sea de paso, define la finca conforme al concepto jurídico de la misma.

Lo mismo resulta de la constancia catastral de las operaciones formales inmobiliarias de agrupación, agregación, división o segregación. En todos estos casos, sólo es posible la coordinación y actualización del Registro de la Riqueza Territorial si partimos del mismo concepto de finca a estos efectos.

Me parece significativa en este sentido la Disposición Adicional Segunda de la Ley Foral comentada cuando incentiva con exención fiscal las escrituras públicas de *“agrupación de varias fincas registrales, consideradas por el Registro Fiscal de la Riqueza Territorial de Navarra como una única parcela, a efectos de inscribir en el Registro de la Propiedad la finca resultante”*.

3. “Titularidad fiscal”.

El artículo 11 de la Ley Foral 3/1995, de 10 de marzo, tiene un enunciado: “Titulares fiscales” que, cuando menos, induce a confusión. Como si pudieran oponerse los titulares fiscales a los titulares jurídicos. Esta dicotomía no tiene sentido ni justificación alguna. La titularidad de los inmuebles, ya se trate del pleno dominio de éstos, o de los derechos reales limitados sobre los mismos, responde a unos criterios que marca el Derecho Civil. Tales titulares, en cuanto realicen actos o negocios jurídicos que estén configurados como hechos imponible, serán además sujetos pasivos del respectivo impuesto, pero en ningún caso puede hablarse, con un mínimo de rigor jurídico, de “titulares fiscales”, como si para el Catastro hubiera un ordenamiento jurídico diferente que determine las titularidades sobre inmuebles. La prueba de que esto es así la constituye el propio artículo comentado. En su contenido se recoge un enunciado de titulares que nada tiene de diferenciadamente fiscal aunque, eso sí, resulta manifiestamente mejorable en su técnica jurídica.

Quizá esta crítica a la norma navarra deba ponerse en relación con el siguiente apartado: el de la constitucionalidad de la normativa navarra sobre el Registro de la Riqueza Territorial. El hecho de que la autonomía normativa foral se limite a la fiscalidad y quede excluido de su ámbito, por imperativo del artículo 149-1-8.º de la Constitución, todo lo relativo a la ordenación del instrumento público y de los registros, ha llevado al legislador navarro a redacciones intencionadamente forzadas, al objeto de salvar el posible escollo de un recurso de inconstitucionalidad.

4. Constitucionalidad.

En cuanto a esta última cuestión, escapa totalmente a mi especialidad profesional y, por tanto, no entraré en valoraciones en las que poco positivo puedo aportar. No obstante, dado que, tal como se ha planteado la evolución práctica de la materia, parece inevitable tener en cuenta esta faceta del problema de la coordinación, cabría terminar estas reflexiones sobre tan interesante cuestión, haciendo un llamamiento al sentido común de quienes legislan y controlan la constitucionalidad de las normas autonómicas. Estoy seguro de que tiene que existir una vía de solución que, sin poner en peligro la unidad nacional y el respeto debido a nuestra Carta Magna, permita que una institución de progreso, como es el Registro de la Riqueza Territorial, sea regulada con rigor jurídico y en todos los extremos en que necesita de regulación. Si esa norma no puede ser autonómica y debe ser central, así sea, pero que sea, por favor.

LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LAS ADOPCIONES

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

SUMARIO: **I.** LOS DERECHOS SUCESORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL SEGÚN EL TEXTO PRIMITIVO. **II.** LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958. **A.** Adopciones otorgadas y sucesiones abiertas rigiendo esta Ley. **a.** *Adopciones plenas.* **b.** *Adopciones menos plenas.* **B.** Las adopciones otorgadas con arreglo a la Ley de 1958 y cuyas sucesiones se abrieron derogada esta Ley y durante la vigencia de la Ley 7 de 4 de julio de 1970. **C.** Adopciones reguladas por la Ley de 1958, cuyas sucesiones se abrieron a partir del 8 de junio de 1981, fecha de entrada en vigor de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981. **a.** *Adopciones plenas.* **b.** *Adopciones menos plenas.* **III.** LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LA LEY 7 DE 4 DE JULIO DE 1970. **A.** Los derechos sucesorios de las adopciones plenas durante la vigencia de la Ley: examen de los diversos supuestos de concurrencia. **a.** *Hijo adoptivo único o concurriendo sólo con hijos adoptados plenamente.* **b.** *Concurrencia de hijos adoptivos con legítimos.* **c.** *Concurrencia de hijos adoptados plenamente con naturales reconocidos, concurren o no hijos legítimos.* **d.** *Derechos sucesorios de los padres en las adopciones plenas.* **e.** *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo en su familia de origen.* **f.** *Derechos sucesorios de los parientes por naturaleza en la herencia del hijo adoptivo.*

B. Los derechos sucesorios en las adopciones simples abiertas durante la vigencia de la Ley. **a.** *Los derechos sucesorios del hijo adoptado y de sus descendientes legítimos derivados de la adopción simple.* **b.** *Los derechos sucesorios del padre adoptante.* **c.** *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo en su familia de origen.* **d.** *Los derechos sucesorios de la familia de origen en la herencia del hijo adoptivo.* **C.** Los derechos sucesorios de las adopciones otorgadas al amparo de la Ley 7 del 70 después de la entrada en vigor de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, que los modificó. **a.** *Adopciones plenas.* **b.** *Adopciones simples.* **IV.** LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LA ADOPCIÓN EN LA LEY 11 DE 13 DE MAYO DE 1981 Y EN LAS LEYES QUE LA MODIFICARON EN ESTA MATERIA. **A.** Adopciones plenas. **B.** Adopciones menos plenas y simples.

Una de las cuestiones que más se ha complicado en el Derecho común, en nuestro Código civil desde su promulgación, lo mismo que en las complicadas leyes de nuestro Derecho histórico tradicional, ha sido la de los derechos sucesorios derivados de la adopción, fundamentalmente los de los hijos adoptivos, que en un principio no tuvo importancia por el escaso número de adopciones, mas a partir del segundo tercio del siglo XX ha ido aumentando progresivamente y la cuestión se ha enturbiado por varias razones:

1.^a El Derecho romano, que orientó profunda y extensamente nuestro Derecho histórico, inspiró, como veremos brevemente, el desorientado tratamiento jurídico de los derechos sucesorios en la adopción como se ve en el título XXII del libro IV del **Fuero Real**, “*De los que son recibidos por hijos*”, cuya ley 5.^a llama en la sucesión del adoptante a sus parientes; y concede al adoptado la cuarta parte en la sucesión testada o intestada del adoptante” (1).

El libro I, del título 11, *Sobre las adopciones*, 3 y 2 de las **Instituciones** de JUSTINIANO influyen respectiva y evidentemente en las leyes 8 y 9, título XVI, Partida IV de las **Siete Partidas** que disponen: “*A tuerto é sin rason non debe ninguno sacar de su poder á aquel que oviere porfi-*

(1) Tal y como lo resume Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ en su obra *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1862, Imprenta de D. F. Sánchez, tomo primero, p. 591.

jado, nin lo debe desheredar. Si alguno contra esto lo ficiere, tenuto es darle todo lo suyo con todas las ganancias que despues fizo, sacado el usufructo de los bienes, de mientras quel tuvo en su poder, é además desto debe dar el porfijador la quarta parte de todo quanto hobiere. Comenta GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (2) esta parte de la ley 8 diciendo que el *porfijador* no podía emancipar ni desheredar al *porfijado*, si lo hacía interviniendo justa causa, debía restituírle los bienes, si no había intervenido causa, además de sus bienes debía darle el padre la cuarta parte de los suyos, que es la llamada en el Derecho romano *Piana* o *Antonina*, de Antonino, el autor de estas disposiciones. La ley 9, como el párrafo 2 citado de las **INSTITUCIONES**, distingue dos casos, lo mismo que el Código Alfonsino, en el supuesto de la adopción hecha por un extraño (3) los efectos “se reducen a establecer una relación ficticia de paternidad y filiación, y según decía la ley, aunque no es autoridad la de Partida, tratándose de legítimas, *seguíase este pro al porfijado que heredara todos los bienes de aquel quel porfijó, si muriese sin testamento é non oviere otros fijos, ca si los oviere partirá con ellos*”. El inciso final de esta ley 9 dice: “Mas con todo esto, no se entiende, que heredara por esta razón, en los bienes de los hijos, ni de los otros parientes del *porfijador*”.

La ley 12 de Toro es invocada por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ al estudiar la adopción (4), diciendo que no permite perjudicar las legítimas de descendientes y ascendientes. Esta ley está recogida en la **NOVÍSIMA RECOPIACIÓN** en la VII del libro X del título XX.

ESCRICHE (5) pone de relieve las leyes que concurrían en la regulación de los derechos sucesorios en la adopción: “El adoptado es heredero abintestato del adoptante que no tiene descendientes ni ascendientes legítimos o naturales: pero no lo es de los parientes del adoptante, porque la adopción es un contrato entre el adoptante y el adoptado que no puede perjudicar a los que no tuvieron parte en ella. Este derecho de sucesión no es recíproco; y así el adoptante no es heredero abintestato del adoptado, pues los parientes propios de éste conservan su derecho a sucederle, así como él conserva igualmente el suyo con respecto a ellos. *Esta doctrina resulta de la combinación de las leyes 5, tít. 6, lib. 3 y 1, tít. 22, lib. 4 del Fuero real; 8 y 9, tít. 16 de la Part. 4; y 1, 7, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Recop.*”. En la adopción especial, o sea, de los hijos sujetos a la patria potestad de otro, los derechos sucesorios eran distintos, según sea plena o menos plena, es decir, según sean adoptados por un ascen-

(2) Ob. y t. cit., pp. 597 y s.

(3) Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, ob. y t. cit., pp. 598 y s.

(4) Ob. y t. cit., p. 599.

(5) *Diccionario Razondo de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1869, pp. 93 y s.

diente del adoptado o por un extraño, aquellos eran herederos forzosos y estos no, sólo herederos abintestato, si el adoptante no tiene descendientes.

En la época de la codificación los proyectos del Código civil se ocupan de la adopción, que regulan, salvo el Proyecto parcial del Código civil de 1821, que no se refiere a la misma.

El Proyecto de 1836 regula un sistema sucesorio original y sin influencia en el Derecho posterior. Entre los efectos de la adopción establece en su artículo 382: “El hijo adoptivo no transmite a sus descendientes y herederos los derechos que tiene respecto a su padre adoptante, sino en el caso de haber éste muerto antes que aquél”, en el siguiente: “Los derechos del padre y del hijo adoptivo a sus respectivas herencias, se fijan en los títulos de las sucesiones testamentarias e intestadas”. En el 2.211 regula el orden de suceder en las herencias abintestato: 1.º Descendientes legítimos o legitimados por siguiente matrimonio del difunto. 2.º Descendientes legítimos por Real gracia. 3.º Padres legítimos o legitimados por Real gracia. 4.º Abuelos y demás ascendientes legítimos o legitimados. 5.º El cónyuge y simultáneamente y por partes iguales, con los hermanos legítimos de padre y madre; los legitimados por Real gracia, se sucederán recíprocamente y lo mismo sus padres. 6.º Hermanos legítimos de una sola línea. 7.º Hijos adoptivos a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres. 8.º Hijos o padres naturales reconocidos. 9.º Colaterales entre sí, hasta el décimo grado inclusive. 10.º Hijos naturales simplemente declarados; y a éstos sucederán sus padres, conforme al orden prescrito en este artículo. 11.º El Fisco. Los artículos 2.261 a 2.264 fijan la cuota hereditaria de ciertas personas de la que no se puede disponer testamentariamente, siendo estas personas los descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio; a falta de éstos y con igual cuota hereditaria los legitimados por Real gracia y en defecto de los anteriores a sus ascendientes. Los hijos adoptivos no los consideraba legitimarios el Proyecto de 1836 (6).

En la época de la codificación no era una institución indiscutida y con vida, no era un derecho vivido, pues como escribe con fundamento GARCÍA GOYENA (7): “Es un hecho constante y notorio que la adopción no

(6) LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española -4- Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, volumen II, Madrid, 1970.

(7) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, vol. I, pp. 84 y s. Benito GUTIÉRREZ en 1862, en su obra citada, pp. 600 y s., emite un juicio crítico que sintetiza así: “No consideramos tan útil la adopción que nos parezca indispensable por sus ventajas, ni tan perjudicial que deseemos verla suspendida por sus inconvenientes” y aunque es más bien favorable, ello prueba que la institución está en entredicho.

está en nuestras costumbres”. El fundamento de sus palabras está en la opinión de los vocales de la Comisión General de Codificación, que conocían el Derecho vivo de España y con su apoyo, continúa GARCÍA GOYENA, “hubo por lo tanto en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como ha sido hasta ahora...”. Previamente había escrito: “La adopción no estuvo en las costumbres de los Godos; ningún vestigio de ella se encuentra en el Fuero Juzgo” y el título 16, Partida 4.^a, con su inspiración romana, pretendió inútilmente resucitar el *porfijamiento* o adopción. La adopción, dice LASSO GAITE (8), era para los redactores del Código “un vestigio romano sin las razones de Derecho público que entonces le dieron origen”. El Proyecto de 1851 dispone en su artículo 141 que “El adoptante y el adoptado... no adquieren derecho alguno a heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural”.

El Proyecto del Libro I del Código civil de ROMERO ORTIZ de 1869 destina el título VIII a la adopción y su artículo 175 está calcado del 141 del Proyecto de GARCÍA GOYENA.

El artículo 143 del Proyecto del Código civil de 1882-1888 copia literalmente en su inciso primero de los artículos últimamente citados: “El adoptante y el adoptado no adquieren derecho alguno a heredarse sin testamento” y agrega “El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los que derivan de la patria potestad”.

El artículo 177 del Código civil disponía: “El adoptante no adquiere derecho a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, *a menos que en la escritura de adopción se haya obligado a instituirle heredero...*” acoge aparentemente la doctrina sucesoria de los tres últimos Proyectos, pero en el fondo la desvirtúa apartándose de la tradición jurídica patria que le exigía la Ley de Bases pretendiendo introducir o introduciendo un contrato sucesorio y planteando unos problemas que, en mi opinión, no se han podido o no se han sabido resolver.

Cuando a una institución no se la vive, se la desconoce o, al menos, falta el conocimiento que nace de la experiencia, jurídicamente la cristalización normativa de la misma es muy difícil.

(8) Ob. cit., p. 734.

2.^a El aspecto que voy a analizar de la adopción, el sucesorio, se inicia con la invocación de un contrato sucesorio de muy difícil articulación en el Código civil con una interpretación gramatical, como veremos, no solo por extraño al sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio, en el que debía inspirarse, según la Base 1.^a, el Código civil y que el Proyecto de 1851 había acogido tan fríamente la adopción, como acabo de exponer, sino también porque en la interpretación literal del inciso improvisado imponía al adoptante una obligación nula, la de otorgar testamento, que es un acto personalísimo y, por tanto, inexigible. Por otra parte, el contrato sucesorio era una figura que parecía insertar en la regulación de la adopción y esta modalidad de instituir heredero no se avenía con la organización natural de la familia del Derecho común, lo que la Base 5.^a en su inciso final prohibía, porque la naturaleza debía de prevalecer sobre la imitación y no al contrario.

3.^a El Código civil durante casi setenta años no sufrió modificación en materia de adopción, pero a causa del creciente aumento de las adopciones sobre todo de expósitos a partir de los años treinta, acudió el legislador a normas complementarias como la Orden de 1 de abril de 1937, la Ley de 17 de octubre de 1941 y el Decreto de 2 de junio de 1944 y a partir de entonces empezó a vivirse y posteriormente fue objeto de constantes regulaciones, que en el Derecho sucesorio e intertemporal o transitorio plantearon y plantean hoy complicados problemas jurídicos en el campo hereditario. La primera modificación fue por la Ley de 24 de abril de 1958 a la que siguieron la Ley 7 de 4 de julio de 1970, la 11 de 13 de mayo de 1981, la 30 de 7 de julio de 1981, la 13 de 24 de octubre de 1983 (9) y la 21 de 11 de noviembre de 1987, incidiendo en el sistema sucesorio de la adopción.

I. Los derechos sucesorios en el Código civil según el texto primitivo

Se refería a ellos el artículo 177: “El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento al adoptante, *a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero*. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le correspondan en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad”.

(9) Esta ley restableció el artículo 176 según la redacción de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, que había suprimido la Ley 30 de 7 de julio de 1981.

Su precedente inmediato, como expuse, es el artículo 143 del anteproyecto de 1882-1888: “El adoptante y el adoptado no adquieren derecho alguno a heredarse sin testamento. El adoptado conserva los derechos que le correspondan en su familia natural, a excepción de los que se derivan de la patria potestad”. El antecedente de éste es el 175 del Proyecto de ROMERO ORTIZ de 1869, que calca el 141 del Proyecto de 1851: “El adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos; pero no adquieren derecho alguno a heredarse sin testamento. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural”.

Una alusión a la adopción en nuestro Derecho histórico la hemos hecho al principio.

El problema sucesorio que pueden plantear estas adopciones, o sea, las otorgadas al amparo de la primitiva regulación hecha por el C.c. desde su entrada en vigor hasta el 15 de mayo de 1958, fecha de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, como consecuencia de las modificaciones de los legitimarios y de las legítimas y las sucesiones intestadas, que pueden incidir de distinta manera en los derechos que en el testamento haya dejado el adoptante al adoptado o viceversa, según la legislación vigente en la fecha de la apertura de la sucesión, ya que la herencia del causante se regirá en cuanto a legítimas y legitimarios, si los hay, y a los herederos *ab intestato*, por las disposiciones transitorias 2.^a y 12.^a del C.c. y la 8.^a de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, según las cuales estas materias se rigen por las leyes vigentes al abrirse la sucesión, pero cumpliendo en cuanto las leyes vigentes lo permitan las disposiciones testamentarias. Si estas leyes coinciden con las vigentes al otorgarse la adopción, no habrá problemas de retroactividad y si no, los habrá cuando las modificaciones referidas pueden incidir en los derechos sucesorios que el adoptante haya otorgado en su testamento a favor del adoptado o viceversa, no por cambio de los derechos de adoptante y adoptado, sino por razón de las nuevas legítimas y derechos *ab intestato* de los parientes de uno y otro, aunque los derechos del adoptado, de acuerdo con el artículo 2.º-3 del C.c., que acoge el principio de irretroactividad de las leyes, que en este caso concreto confirma el silencio en materia de Derecho transitorio de la Ley de 24 de abril de 1958, que derogó el primitivo artículo 177, el sentido jurídico de la disp. transitoria única de la Ley 7 de 4 de julio de 1970, el reconocimiento expreso de la irretroactividad por la disposición transitoria segunda de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, y, además, porque las adopciones otorgadas al amparo de la redacción primitiva del articulado de la adopción del Código civil son de naturaleza tan distinta en materia sucesoria a las posteriores que se impone la irretroactividad de estas últimas, que por eso han dejado congelados de los derechos sucesorios en las adopciones que estudiamos, pero

insistimos, aunque las modificaciones posteriores de la adopción no han alterado el tratamiento jurídico que les dio el C.c., la ampliación o concesión de los derechos legitimarios de parientes por naturaleza del adoptante, pueden modificar las disposiciones testamentarias a favor del adoptado.

Sin embargo, el problema lo plantearon los derechos sucesorios del adoptado en el solo caso de que “en la escritura de adopción se haya éste (el adoptante) obligado a instituirle heredero”, sin precedente alguno en nuestro Derecho histórico ni en los artículos en que se inspiró el artículo 177, incluso el 143 del Anteproyecto de 1882-1888, ya que este inciso fue una improvisación desafortunada de algún miembro de la Comisión hecha al amparo de la Real Orden de 30 de abril de 1888 (10), inspirada en el Derecho Foral, quizá en el catalán, donde la promesa de heredar ordenada en capitulaciones matrimoniales tenía y tiene fuerza de heredamiento (11).

No voy a entrar en la discusión que originó el artículo 177, precisamente por esa innovación introducida al margen del Anteproyecto de 1882-1888 relativa al caso de que en la escritura de adopción se haya obligado el adoptante a instituir heredero al adoptado, porque hace casi medio siglo que está derogada y hoy es muy difícil que se abra la sucesión de un adoptante que en la escritura se haya obligado a instituir heredero al adoptado y no hubiese dispuesto por testamento. Me limitaré a considerar la dificultad que ha representado la articulación en nuestro Código civil de la obligación asumida por el adoptante de instituir heredero al adoptado y a expresar mi posición, que podrá ser aceptada o no respecto de las sucesiones abiertas y aún no solucionadas.

El inciso que voy a analizar es el introducido por el artículo 177 del C.c. al margen de su antecedente inmediato, 143 del Anteproyecto de 1882-1888, como he puesto de relieve, o sea, “El adoptado tampoco adquiere derecho a heredar al adoptante, *a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero*”. Este inciso, gramaticalmente interpretado, como se ha hecho frecuentemente, pretende dotar a la adopción más que con una institución de excepción, el contrato sucesorio, ajeno a nuestro Derecho histórico patrio, como hemos señala-

(10) El “30 de abril de 1888 estaba terminada la redacción del Anteproyecto del Código civil y el Ministro de Gracia y Justicia disponía por R O de esta fecha que los individuos de la Comisión de Códigos remitirán sus observaciones a todos los libros del Anteproyecto redactados por la sección de lo civil y repartidos impresos a dichos individuos”, según nos indica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS al principio de su trabajo “El anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888”, publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, fascículo 4.º, de octubre-diciembre de 1960.

(11) Quizá también inspiró el artículo 826 que habla de “promesa de mejorar o no mejorar hecha en escritura pública en capitulaciones matrimoniales...”, pero no de esa extraña obligación de instituir heredero.

do, que contrarió abiertamente a la prohibición de los contratos sobre herencia futura o no abierta, proclamada en el artículo 1.274 párrafo 2.º: “Sobre la herencia futura, no se podrá sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056” (12), que como irrevocables chocan con la revocabilidad de los testamentos, consagrada como esencial en el artículo 737 y apoyo económico fundamental de la autoridad de los padres y de la cohesión de la familia, con una extraña promesa del adoptante hecha en la escritura de adopción de obligarse a instituir heredero al adoptado, que no se ajustaba, como dijimos, al inciso final de la Base 5.^a ya que contrariaba la organización natural de la familia, que derivaba de una institución creada a imitación de la familia natural, de un lado y de otro, era una obligación, cuya constitución planteaba dificultades difícilmente superables, como pretendo demostrar, al tener por objeto un acto personalísimo y revocable como es el testamento, como certeramente lo conciben los artículos 670 y 737 del C.c. que no parece que pueda ser objeto de una obligación jurídica. De la lectura del artículo 177, de su interpretación gramatical, se desprende que la escritura de adopción no la consideraba este artículo documento idóneo o apto para contener una institución de heredero irrevocable, debilitando la autoridad paterna al privarle total o parcialmente del resorte del testamento en la familia ficticia derivada de la filiación adoptiva, sino solamente para que el adoptante se obligue a instituirle heredero en testamento, solución aún más absurda, porque esa obligación del adoptante de instituir heredero al adoptado no tiene ni el barniz jurídico del débito de una obligación natural, ya que no parece pensable que se obligue al adoptante a otorgar testamento y que, si lo otorga en cumplimiento espontáneo de esa promesa, no pueda revocarlo y otorgar otro testamento.

No era la escritura de adopción documento idóneo para contener la institución de heredero del adoptado, porque en esa época la adopción

(12) Por cierto, que el contrato al que se remite está subordinado al testamento y si el padre lo revoca, queda sin base contractual, sin fundamento jurídico, el pretendido contrato sucesorio, ya que “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, conforme al artículo 1.256, al arbitrio del testador y, por tanto, no puede hablarse de contrato. No obstante, el artículo 1.331 admitía que “los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales... y respecto de los bienes futuros, solo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión intestada”, pero este legado legal *ab intestato* era muy reducido, tanto por ser en usufructo, como por la cuantía de éste, no podía exceder de un tercio de la herencia concurriendo con hijos o descendientes legítimos o con ascendientes (arts. 834 y 836) y a la mitad de la herencia, si concurría solo con hermanos y sobrinos carnales de su difunto esposo. Se estimulaba así el matrimonio como acto fundacional de una nueva familia y el testamento como resorte de la autoridad familiar de los padres, apenas sufría restricción por este contrato sucesorio. En este mismo sentido el artículo 826 ya citado.

era más bien un ensayo de constituir por imitación una restringida familia paralela y de segundo grado a la natural y el contrato sucesorio como institución de heredero hecha en capítulos por causa o derivación de matrimonio, no está admitido en ésta, ya que a lo más que llegaba el Código civil respecto de la familia natural derivada del matrimonio en su artículo 1.331 y llega hoy en el 1.341, por vía de excepción al artículo 1.274, párrafo 2.º, es a permitir un legado en usufructo al marido o a la mujer, pero no una institución contractual de heredero, aparte que la obligación de instituir heredero al adoptado no es una obligación jurídica que pueda asumir el adoptante ni exigir en Derecho el adoptado. No obstante, el artículo 826 admite “la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales”, como contrato sucesorio, lo que tampoco es institución de heredero contractual, sino un mero legado y que no se vive en el Derecho común. El testamento es el instrumento adecuado y acorde con los principios de nuestro C.c. que puede articularse en la adopción, como había hecho el artículo 143 del Anteproyecto de 1882-1888, que traducía normativamente la realidad social de esa época y la articulaba en nuestro Derecho común. Pero lo más grave en nuestro caso radicaba en que de una interpretación gramatical del artículo 177, evidentemente no consagraba un contrato sucesorio en apoyo de la adopción, es decir, una institución de heredero contractual por causa de adopción, sino una obligación inválida, a mi parecer, de otorgar testamento instituyendo heredero al adoptado, contraviniendo dos caracteres esenciales del mismo en nuestro C.c., su carácter personalísimo (art. 670) y su revocabilidad, fundada en el hecho de que la voluntad definitiva del testador tiene lugar en el momento supremo de la vida, o sea, en el instante de la muerte.

Una interpretación teleológica podía superar algunos aspectos esenciales de la dicción literal del inciso improvisado del artículo 177, como era el de la extraña *obligación* jurídica pactada y contraída por el adoptante *de instituir heredero* al adoptado, al leerlo como una excepción a la prohibición de los contratos sucesorios por causa de adopción lo mismo que los artículos 1.331 y 826 lo eran por causa de matrimonio y viendo una institución contractual de heredero del adoptado otorgada directamente en la propia escritura de adopción, superándose de esta manera el mayor obstáculo jurídico planteado por este aspecto de la regulación sucesoria de la adopción del artículo 177 y que en la práctica la resolvían así algunos notarios, como veremos en alguna sentencia del Tribunal Supremo. Este era el único camino para dar a las palabras de la Ley, del inciso criticado del artículo 177 efecto jurídico, para cumplir con el adagio interpretativo *verba legis cum effectu sunt accipiendā*, con el principio que inspira nuestro artículo 1.284 relativo a la interpretación de los con-

tratos: “Si alguna de las cláusulas de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

Las reformas posteriores (salvo la de la Ley de 24 de abril de 1958 y, especialmente, respecto de los hijos adoptados menos plenamente, ya que en cuanto a los adoptados plenamente abrió el camino de las legítimas para estos adoptados) repudiaron la solución del contrato sucesorio y optaron unánimemente por las legítimas y la sucesión intestada como solución a los derechos sucesorios de adoptante y adoptado.

El artículo 177 *no planteaba problema alguno*, si en la escritura de adopción no se obligaba el adoptante a instituir heredero al adoptado y no otorgaba testamento u otorgándole lo instituía heredero o le hacía un legado o no le dejaba nada.

Si el adoptante se obligaba a instituir heredero al adoptado y otorgaba testamento instituyéndole en la forma expresada, determinada, en la escritura de adopción, tampoco había cuestión, ya que no hay ningún interés para impugnar el pacto sucesorio, ya que nada cambiaría si se le declarase nulo (13).

Si en la escritura *no se determinaba*, porque simplemente se obligaba a instituir heredero al adoptado, si el adoptante otorgaba testamento y lo instituía en toda la herencia o en una cuota de la misma que no fuese irrisoria, no había problema, el testamento lo evitaba, no el seudopacto sucesorio, que *aparentemente se cumplía y, por otra parte, el adoptado no podía exigir el cumplimiento de esa obligación que, además, era indeterminada*.

No obstante, la sentencia de 30 de noviembre de 1977, aunque relativa a una adopción en Vizcaya donde se hacía referencia a bienes troncales, pero el caso se regía por el Derecho común, a pesar de haber cumplido el adoptante ese seudocompromiso de instituir heredero al hijo

(13) La sentencia de 29 de junio de 1984 referente a una adopción escriturada en 1956: el adoptante otorga testamento en el año 1966 en el que deja un quinto de su herencia a la adoptada, la adoptante, su esposa y heredera, fallece el 2 de marzo de 1970 y él el 6 de mayo del mismo año y deja dos sobrinos carnales, que reclaman la parte de la herencia sin sucesor por premoriencia de la instituida, que en la declaración de herederos había sido declarada la hija adoptiva. El Tribunal Supremo dice en su Fundamento de Derecho 3.º “que no consta acreditado que el adoptante hubiese contraído la obligación de instituir heredera a la hija adoptiva en una proporción superior a aquélla en que la instituyó en su testamento, por lo que no hallándose acreditado tal extremo ni tampoco que se hubiese practicado la adaptación de la adopción a la nueva normativa que supuso la Ley de 1958, no cabe estimar infringido” el artículo 177 del Código civil. En esta sentencia se dice que el testamento en la parte que se refiere al contrato sucesorio es el instrumento de ejecución del mismo y, en consecuencia, que es en el contrato sucesorio donde se fijan los derechos del adoptado, lo que es lógico, pero el testamento no es el negocio jurídico que ejecuta el contrato sucesorio concretando o determinando su contenido y alcance. Por otra parte, confirma nuestra opinión de la irretroactividad de la Ley de 24 de abril de 1958, haría superflua la adaptación a la misma.

adoptivo, va mucho más lejos. Los adoptantes, en escritura de 10 de marzo de 1956 se obligaron a instituir heredero a don Francisco, a quien el adoptante en testamento de 20 de mayo de 1968 después de dejar el quinto a su esposa, instituyó único y universal heredero al adoptado, excepto en los bienes de naturaleza troncal, los que se reservaba disponer, falleciendo el 29 de mayo de 1974 sin haber dispuesto. El 22 de julio de 1974 fue declarado heredero de la totalidad de los bienes el hijo adoptivo, declaración que se impugna por doña Sotera, hermana del adoptante, por olvido de los colaterales, pretensión que se desestima con estos argumentos: Como la adopción fue hecha “con pacto sucesorio sucede abintestato el hijo adoptivo a falta de descendientes con preferencia a los colaterales” (Considerando 6.º), lo que pretende razonar así en el siguiente: Al no haberse dictado las prescripciones complementarias indispensables para su eficacia (la del pacto sucesorio del art. 177) quedaron sin resolver por la Ley los casos de incumplimiento total o parcial en la sucesión testamentaria dispuesta por el adoptante o cuando no se formalizaba dicha disposición con la consecuencia de la apertura de la sucesión intestada “y que la jurisprudencia tuvo y tiene que suplir con la apertura de la sucesión intestada” en las sentencias de 19 de abril de 1915 y 21 de mayo de 1915 (14) (*sic*), que en la sucesión en el caso de no concurrencia de ascendientes ni descendientes, el hijo adoptivo debe suceder al adoptante, cuando haya mediado pacto sucesorio ínsito en la escritura de adopción.

No podemos compartir los infundados criterios de esa sentencia, tanto por lo que diré y repetiré al criticar las sentencias de 19 de abril de 1915 y de 30 de mayo de 1951, como por las siguientes razones: 1.ª Esa obligación de instituir heredero es nula, no es exigible. 2.ª Ver una institución contractual de heredero por causa de adopción y no una obligación de instituir heredero al adoptado, es para nosotros el único sentido jurídico posible de ese inciso del 177; ahora bien, lo que no podemos leer ni sobreentender en ese artículo 177 es el nombramiento del hijo adoptivo como heredero intestado en defecto de descendientes ni de ascendientes y con exclusión de los colaterales, ya que no estamos ante ninguna ley, ni costumbre ni ningún principio jurídico de nuestro ordenamiento que pueda apoyar el nombramiento del hijo adoptivo como heredero intestado en aquella época en que la adopción no estaba arraigada en España y que se empezaba a impulsar para arraigarla. El título sucesorio del hijo adoptivo no es la ley individualizada en la declaración judicial de herederos abintestato en aquella época, sino “el contrato sucesorio” a los efectos de la realidad jurídica y del Registro como lo expresaba el artícu-

(14) Quizá sea la de 30 de mayo de 1951.

lo 14 de la Ley Hipotecaria antes de ser reformado por la Ley 10 de 30 de abril de 1992 y después de esta reforma. Los jueces y tribunales han de resolver “ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1-7).

Si el adoptante después revocaba el testamento en el que aparentemente cumplía el pacto sucesorio y otorgaba otro u otros con la misma institución, no había cuestión, pues no se alteraba lo dejado al adoptado, lo mismo que si la ampliaba, en ambos casos el pacto sucesorio se cumplía y no había interés en impugnarlo. Pero si la disminuía o no instituía heredero al adoptado, ya se planteaba, porque el pacto sucesorio no se cumplía y éste debía prevalecer sobre el testamento; en cuanto el testamento no se ajustase a él en perjuicio del adoptado, el testamento debe anularse parcialmente, porque el pacto sucesorio es irrevocable, siendo válido en cuanto al resto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1970 de la que fue ponente TABOADA ROCA, conde de BORRAJEIROS, que desestimó el recurso de casación en el que el hijo adoptivo pretendía que se declarase nulo por irrevocable el testamento otorgado por la madre adoptante, que modificaba el anterior en el que le dejaba la totalidad de los bienes y en el último le disminuía la herencia, aduce para su rechazo los siguientes argumentos: Declara en su Fundamento de Derecho 1.º que son principios básicos de nuestro ordenamiento de Derecho civil común, entre otros: 1. La revocabilidad de los testamentos (art. 737). 2. La prohibición de los pactos sucesorios (art. 1.274-2). Que no se pronunciaba claramente sobre la validez del pacto sucesorio y mucho menos sobre la irrevocabilidad del testamento que se hubiese otorgado en cumplimiento del mismo (FD 5.º). Que esta norma estaba en abierta oposición con nuestro Derecho histórico patrio, que le designaba heredero intestado y legitimario, la cual se limitó a concederle derechos sucesorios cuando en la escritura de adopción se hubiese obligado a instituirlo heredero, pero sin regular la laguna, que hubo de llenar la jurisprudencia en sentencias de 19 de abril de 1915 y 30 de mayo de 1951 reputándolo heredero abintestato; tampoco fijaba la parte de la herencia que forzosamente había de heredar el adoptado ni la revocabilidad o no del testamento otorgado en cumplimiento del pacto por otro que disminuya participación en la herencia del adoptante (FD 6.º). Declara la revocabilidad de este testamento, ya que no hay ninguna norma que derogue este principio (FD 7.º). El FD 8.º dice, que por mucha fuerza que se quiera atribuir al vínculo de la adopción nunca se le podrá conceder ni más eficacia afectiva ni más trascendencia jurídica que al vínculo natural de la procreación legítima.

El testamento en tanto en cuanto respete el contrato sucesorio es revocable y el pacto instituyéndole heredero, si admite diversas cuantificaciones, el testador puede alterarlas, disminuyendo o aumentando la

participación o participaciones en la herencia de otras personas, pues el derecho sucesorio del hijo adoptivo se rige por el contrato sucesorio y, si éste fuera nulo, por el testamento del adoptante.

Si se hubiese expresado en la escritura que se obligaba a instituir heredero al adoptado y no otorgaba testamento instituyéndolo, se planteaba un problema, en mi opinión, insoluble, con una interpretación gramatical del artículo 177 del Código civil, a causa del inciso resaltado, que contraría su sistema y cuya solución, de haberla, estaría al margen del mismo. Este artículo, interpretado literalmente en su inciso, “a menos que en la escritura de adopción se haya éste (el adoptante) obligado a instituirle heredero”, no consagra un contrato sucesorio, sino un acto del adoptante, que no puede ser objeto de una obligación por chocar con la naturaleza esencial del testamento como acto personalísimo. En el contrato sucesorio el disponente instituye heredero al adoptado en el mismo contrato y no en un testamento posterior que aquél se obligó a otorgar. Ciertamente que las palabras de la ley han de ser recibidas con efecto, *verba legis cum effectu sunt accipienda*, y en este sentido el principio jurídico que inspira el artículo 1.284 del C.c. con referencia a los contratos. El pacto contenido en la escritura de adopción obligándose el adoptante a otorgar testamento instituyendo heredero al adoptado es contrario al sistema de disposición sucesoria por testamento de nuestro Código, personalísimo y revocable, con la consecuencia de la nulidad de la obligación derivada de ese pacto sucesorio o de esa promesa unilateral, si de esa forma pretendió obligarse, ya que ni uno ni otro vinculan al adoptante. Si el adoptante no otorga el testamento pactado, no podemos calificarlo de incumplimiento de una obligación, que es contraria a nuestro ordenamiento sucesorio y tenemos que mantener el artículo 177 sin ese inciso, como constaba en el Proyecto de 1851, de 1869 y de 1882-1884; mas si queremos cumplir con el aforismo citado y con el artículo 1.284 del C.c. no podemos aferrarnos a la letra del contrato y tenemos que buscarle al inciso del artículo 177 el sentido “más adecuado para que la cláusula del contrato produzca efecto” y este sentido no puede ser otro que identificar la obligación de instituirle heredero en la escritura de adopción con la institución de heredero en la misma, dándole el sentido, menos dudoso, del contrato sucesorio, que es el título adquisitivo del adoptado y no el testamento o la sucesión intestada.

No fue este el criterio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias de 19 de abril de 1915 y 30 de mayo de 1951, que al margen de la Ley y, por tanto, contravieniéndola, afirmando aquélla, que “el silencio del legislador no prueba nada y deben de ocupar (los hijos adoptivos) dentro de los órdenes sucesorios un lugar adecuado a su especial condición, si han de contar en el porvenir con una garantía más

justa y eficaz que la de separarles de la herencia del padre adoptante solo por aparecer incumplido un compromiso de éste, que no debe ser imputable, en ningún aspecto, a la adoptada, y menos para obligarla a soportar una exclusión de derechos de tanta gravedad y trascendencia”. La sentencia resolvió la omisión del testamento pactado en la escritura de adopción, haciendo al hijo adoptivo heredero intestado en defecto de las líneas preferentes de descendientes y ascendientes legítimos o naturales reconocidos del adoptante.

No compartimos esa solución jurisprudencial, que ve en ese pacto un compromiso donde el adoptante contrae la obligación de instituir heredero al adoptado y su incumplimiento llamando a la sucesión intestada del adoptante al adoptado o designándolo heredero y abriendo sin sentido jurídico alguno, una sucesión jurisprudencial. La sucesión intestada es una sucesión legal supletoria de la testamentaria, es un paradigma del testamento. Los herederos los determina la Ley siguiendo el criterio de que el cariño en la familia desciende, asciende y se extiende al cónyuge y a los parientes colaterales y en esa determinación de los herederos no estaban metidos los hijos adoptivos, cuya filiación adoptiva no salía del adoptante y adoptado y no se extendía a los parientes del adoptante. La función de los tribunales era y es aplicar las leyes, no establecerlas o modificarlas y el adoptado en el caso de mediar ese pacto sucesorio hereda por él, en virtud de él, como expresamente lo reconoce el artículo 14 de nuestra Ley Hipotecaria con su alto valor interpretativo, de interpretación auténtica.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1974 en la que fue ponente BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO decidió un litigio, planteado por la escritura de adopción de 20 de marzo de 1957 donde *se concedía* (al hijo adoptado) *el derecho para usar los apellidos del matrimonio adoptante y los demás derechos que las leyes conceden a los hijos legítimos*. El adoptante otorgó varios testamentos y en el último, de 19 de julio de 1967, dispuso que quería morir intestado. Falleció sin descendientes ni ascendientes y el hijo adoptivo demandó pidiendo que se le declarase heredero universal del mismo, en virtud del pacto contenido en la escritura de adopción en la cual se le concedían los derechos de los hijos legítimos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que la filiación legítima no podía ser objeto de contrato; sin embargo, la Audiencia consideró perfectamente válida la cláusula y contra esta sentencia se interpuso recurso de casación confirmando el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia. En su considerando cuarto razona así: “Que en el caso ahora contemplado, tal y como aparece en la cláusula al principio transcrita, la obligación contraída por ambos adop-

tantes, es más concluyente e indudable que la que resulta de la letra escrita del mencionado artículo 177 del Código, puesto que éste exceptiona, según se ha visto, el supuesto de obligarse el adoptante a instituir heredero al adoptado, que en definitiva no es sino una promesa de futuro, mientras que lo que aquí se hizo es una concesión o atribución actual de todos los derechos que la ley concede a los hijos legítimos, entre los que figuran, en primer lugar, según se dice en el número 3.º del artículo 114 del C.c., «la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce», en relación por lo que concierne al supuesto de la sucesión intestada, que es la que aquí interesa, con el 913, que lleva implícita y sin necesidad de ulteriores precisiones ni aclaraciones el derecho de suceder abintestato que genéricamente para nada afecta a las normas, propias de las relaciones familiares en orden a sus consecuencias sucesorias y mucho menos en situaciones sucesorias como ésta que actualmente se debate, justo porque los adoptantes carecían de descendientes legítimos o naturales que, en virtud precisamente de aquella vinculación familiar pudieran ostentar exclusiva o concurrentemente un derecho sucesorio,...”.

En rigor, la filiación legítima no es el objeto del contrato en esta adopción, pues lo que se pacta con fórmula no muy acertada, es la concesión de unos derechos al adoptado idénticos a los de los hijos legítimos, no su conversión en hijo legítimo; no se está contratando una filiación legítima, sino concediendo al adoptado, entre otros, unos derechos sucesorios *medidos por los del hijo legítimo*. Por otra parte, nos parece, como ya dijimos, que llevar el pacto sucesorio contenido en el artículo 177 primitivo del C.c. por la vía jurídica del contrato sucesorio, que, aunque mal visto por este Cuerpo legal, es el camino menos inseguro para su eficacia, es el mejor sentido jurídico que podemos dar a ese improvisado inciso y este parece ser el criterio de fondo de la sentencia de la que fue ponente el ilustre catedrático de Derecho civil, don JOSÉ BELTAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. En lo que, sin embargo, no estamos de acuerdo, es en la invocación de la sucesión intestada, si hay legitimarios nada puede pactarse en el contrato sucesorio que reduzca o disminuya sus derechos y salvaguardando los de éstos o si no los hay, no procede en ningún caso abrir la sucesión intestada, porque lo impide el título sucesorio del hijo adoptivo, el contrato estipulado en la escritura de adopción, que por su carácter excepcional, no lo contempla como supuesto que excluye la sucesión intestada el artículo 912 del C.c.

En la sentencia de 28 de enero de 1978, en la que fue ponente GONZÁLEZ-ALEGRE Y BERNARDO, don Alfonso y doña Sara, en escritura de adopción de 12 de abril de 1951 adoptaron a doña Isabel y se comprometían a instituir la heredera en un tercio, por lo menos, de los bienes que

resultasen al respectivo fallecimiento de cada uno de ellos. La adoptante falleció el 28 de enero de 1965 bajo testamento otorgado el 23 de octubre del año anterior en el que únicamente instituía heredero a su esposo, quien falleció el 24 de enero de 1969, bajo testamento de 6 de junio de 1968, en el que instituía únicos y universales herederos a su hermano Ernesto y a su sobrino Antonio y en un testamento posterior que ratificaba estas instituciones y desheredaba a la hija adoptiva. Desheredación cuyas causas no fueron probadas y fue, por tanto, injusta. La sentencia en su considerando cuarto, si bien no reconoce a la adoptada *“su cualidad de heredera legitimaria o forzosa en la herencia de sus padres adoptivos, sí heredará por el compromiso o pacto sucesorio que se impusieron los adoptantes a favor de la adoptada en la escritura de adopción, verdadera estipulación o contrato hereditario de naturaleza irrevocable, así reconocido, de aplicación tanto para los supuestos de sucesión intestada como testamentaria sin referencia a la persona adoptada*, esto es fuera de testamento, puesto que lo contrario no equivaldría sino a una verdadera desheredación sin justa causa...”. Estamos totalmente de acuerdo con esta sentencia.

Otro caso que se ha planteado es el del testamento disponiendo de todos los bienes y que la testadora otorga después una escritura de adopción obligándose la adoptante a instituir heredero al adoptado y no otorgando aquélla nuevo testamento, cuyo supuesto ha sido uno de los objetos de la sentencia de 30 de mayo de 1978 en la cual se abordaron otros problemas relacionados con el derecho sucesorio, que creo conveniente tocar aquí.

Doña María Luisa otorga testamento el 18 de enero de 1946 en el que instituye heredero a su esposo don Juan, que la premurió, y lo sustituye por el hermano de la testadora Manuel, que la sobrevivió.

Doña María Luisa y don Juan confieren poder a don Juan María para que realice las gestiones que estimase pertinentes para que los mandantes adoptasen conjuntamente como si “fuera de legítimo matrimonio de los mismos” a la niña Emilia María, representando a los mismos en todas las diligencias y trámites y concediendo a la adoptada “el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para la meritada adopción”. El 11 de junio de 1956 se otorgó la escritura de adopción haciendo uso don Juan María del referido poder, en el que se facultaba para conceder todos los derechos reconocidos en las disposiciones legales en vigor a favor de los hijos adoptivos, “obligándose a instituir la heredera como si fuera hija legítima suya”.

El 16 de enero de 1965 falleció doña María Luisa en estado de viuda.

El considerando 2.º de la sentencia dice que la del nuncio o mensajero no es una actividad estrictamente representativa, sino la mera susti-

tución de la simple manifestación de voluntad, actuando el portador exclusivamente como instrumento de transmisión de la voluntad ajena, que *no emite declaración de voluntad, sino que la transmite, la comunica* a otra persona, que no ejecuta, sino que entrega algo ya ejecutado. Y el siguiente afirma que don Juan María no ha traspasado los límites del mandato; la obligación de instituir heredera a Emilia María, como si fuese hija legítima suya, está comprendida expresamente dentro del encargo que le encomendaron los mandantes y, por tanto, estamos frente a un nuncio o mensajero y no frente a un poderdante.

En el Fundamento de Derecho 4.º se declara que este contrato se rige por el articulado del C.c. en su redacción primitiva y no por las Leyes de 24 de abril de 1958 ni de 4 de julio de 1970.

En el 5.º, que la promesa del adoptante de instituir implicaba, según un sector amplio y autorizado de la doctrina científica, el derecho del adoptado a convertirse en heredero universal al no existir hijos ni descendientes legítimos o en concurrencia con ellos, si los hubo y, si otorgó testamento a favor de los legitimarios o de un tercero con exclusión del adoptado, éste conservaba el mismo derecho que pudiera corresponder a los hijos legítimos. Criterio que tuvo el respaldo jurisprudencial a partir de la sentencia de 19 de abril de 1915 y a la que siguieron la de 30 de mayo de 1951, 11 de octubre de 1974, etc.

En el 6.º, que en este caso no se trata de una promesa de futuro, sino de una atribución o concesión actual de todos los derechos que la Ley reconoce a los hijos legítimos, entre otros, la legítima y, en consecuencia, esta atribución lleva implícita el derecho de la adoptada a heredar de su madre adoptante dos tercios de la herencia y en concurrencia con el tercio afectante a la parte de libre disposición asignable a don Manuel como heredero instituido en testamento no revocado. Insiste en este considerando la sentencia, en que el adoptado, si bien no es heredero legítimo o forzoso, sí hereda por el pacto sucesorio que se impusieron los adoptantes en la escritura de adopción, que es un contrato hereditario de naturaleza irrevocable.

Y, por último, en el 8.º dice que los derechos hereditarios están reconocidos a la adoptada en la escritura de adopción, *por adoptionem* o por el pacto sucesorio y no reconocerlos sería equiparable a una situación de desheredación, nunca de preterición por no tener el adoptado el carácter de heredero forzoso.

El problema que tratan los considerandos 2.º y 3.º es el que plantea la escritura de adopción no otorgada personalmente por los adoptantes en el aspecto sucesorio, ya que se obligan “a instituir la heredera como si fuese hija legítima suya”, lo cual choca frontalmente con el carácter personalísimo del testamento, que “no podrá dejarse su formación, en todo

ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario" (art. 670, párrafo 1.º) y la sentencia defiende su validez por entender que la actuación de don Juan María fue la propia de un nuncio y no de un apoderado o mandatario, lo que para mí no es claro, porque el nuncio ha de repetir literalmente el mensaje; sin embargo, si estamos ante un contrato sucesorio, ni el artículo 670 ni el 669 le son aplicables, porque lo que justifica la validez es la causa de su otorgamiento, que es el matrimonio o la adopción y como contrato puede otorgarse por poder, sin constituir una excepción el hecho de contener una disposición *mortis causa*.

La irretroactividad de la Ley de 24 de abril de 1958 nos parece clara y estamos de acuerdo con la sentencia. La figura única de la adopción regulada en el articulado primitivo del C.c. no puede identificarse con las adopciones posteriores que distinguen dos clases, la plena y la menos plena; la plena y la simple; o una sola clase, la plena, como hace la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, pero ésta, como todas las plenas, no tiene la analogía sucesoria con la regulación del artículo 177 del C.c. ya que atribuyen al adoptado derechos legitimarios, legítima y la del primitivo C.c., por tanto, hay que emparentarla con la adopción menos plena y las simples, aunque en el artículo 180 de la Ley 7 de 4 de julio se la atribuye.

La obligación de "instituir la heredera como si fuera hija legítima suya" en cuanto descarta que se trate de una obligación de otorgar testamento y la lleva al campo de los contratos sucesorios, estamos también de acuerdo en que es el camino menos inseguro para defender la validez; ese pacto no la hace hija legítima, sino que le confiere los derechos de tal como hija adoptiva, lo que no plantea ninguna cuestión, si no hay legitimarios, como en este caso, pero si los hay, no puede atacarse la legítima de éstos, haciéndolos concurrir con el adoptado en la cuota legitimaria, aunque lo diga *obiter dictum* la sentencia en el considerando 5.º, pues hay evidente inoficiosidad (15); si no son legitimarios, este problema no se plantea y los herederos intestados no pueden considerarse perjudicados. El título sucesorio de los hijos adoptivos no puede ser el llamamiento *ab intestato* hecho por la jurisprudencia, que no está legitimada para ello, sino el contrato sucesorio, como se lee en el párrafo 1.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria, según dijimos anteriormente.

El contrato sucesorio estipulado confiere al hijo adoptivo los derechos sucesorios medidos por los de los hijos legítimos, que no son de derecho necesario, como las legítimas, sino voluntario, contractual, lo cual tiene

(15) Esto lo impedía claramente la Ley 12 de Toro en nuestro Derecho histórico, como vimos.

un tratamiento jurídico diferente en relación con el testamento otorgado por la adoptante el 16 de enero de 1946: Si fuese hijo legítimo y, por tanto, legitimario, la institución de heredero se anularía por preterición, conforme al artículo 814 y el hijo legítimo será el único heredero; mas el adoptivo en esa época era un heredero voluntario y solo recibía irrevocablemente lo que le habían conferido en el contrato sucesorio, dos tercios de la herencia y el heredero testamentario, don Manuel, conservaba el tercio restante, puesto que el contrato sucesorio no revoca el testamento, pero en cuanto es incompatible con él lo deja sin efecto, anulándolo parcialmente en este caso. En la sucesión voluntaria no cabe hablar de desheredación, porque no gozan de protección en vida del causante los derechos de los herederos voluntarios frente a los actos dispositivos del causante, a diferencia de los derechos de los legitimarios.

El principio de irretroactividad consagrado en el artículo 3.º del primitivo C.c., derogado por la Ley 3 de 17 de marzo de 1973, articulada por el Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974, estuvo vigente hasta el 20 de junio de 1974 que proclamó dicho principio el artículo 2.º-3 de la reforma, respeto el artículo 177 del primitivo Código civil, que, como adopción de tipo especial, distinta sucesoriamente de las posteriores, continúa congelada y rigiéndose por la normativa que acabo de exponer, cualquiera que sea la fecha de la apertura de la sucesión. Las leyes posteriores regularon y regulan una adopción distinta de la primitiva del Código civil en el aspecto sucesorio.

II. Los derechos sucesorios en la Ley de 24 de abril de 1958

Esta Ley establece dos clases de adopciones, la plena y la menos plena, con distintos derechos sucesorios y dedica a ellos estos artículos, el 174, párrafos 3.º, 4.º y 5.º de carácter común: “Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.

El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas.

El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza.”

El 179, incluido en la sección segunda del capítulo V del título VII del libro I relativa a la adopción plena dispone en su párrafo primero: “Por ministerio de la Ley el adoptado y, por derecho de representación

sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la ley concede al padre natural”.

El artículo 180 único de la sección siguiente relativa a la adopción menos plena, dispone en su último párrafo: “El adoptado, como tal, solo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante”.

A. Adopciones otorgadas y sucesiones abiertas rigiendo esta Ley.

Los derechos sucesorios de las adopciones cuyos expedientes hayan sido iniciados con arreglo a la legislación anterior, o sea, a la derogada por la Ley de 24 abril de 1958, se regirán por la legislación anterior, aunque la adopción se otorgue después de la entrada en vigor de esta Ley, el 15 de mayo del mismo año, según la disposición transitoria 11.^a del C.c. Las otorgadas desde esta última fecha hasta el 27 de julio de 1970 en que entró en vigor la Ley 7 de 4 de julio del mismo año y aquéllas cuyo expediente se hubiese iniciado antes de la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por la Ley de 24 de abril de 1958, siempre que las sucesiones se hubiesen abierto estando vigente la reforma de la Ley de 1958.

Estos derechos sucesorios son los regulados en los artículos 174, 179 y 180.

El 174 en sus párrafos 2.º y 3.º apuesta por el contrato sucesorio (16), cuya regulación no tiene ninguno de los inconvenientes del regulado por el artículo 177 que lo arrastran a la nulidad, si se hace una interpretación gramatical, al ponerle como contenido una obligación inválida, la de instituir heredero al adoptado, lo que habría de cumplir otorgando el pertinente testamento, que no puede ser objeto de ella por ser un acto jurídico personalísimo e irrevocable; si en vez de una interpretación literal se hace una teleológica, como patrocinamos, y se ve en el inciso aludido una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios del artículo 1.271, párrafo 2.º, por causa de adopción, nos anticipamos al contrato sucesorio regulado en el artículo 174, que con claridad y directamente regula los derechos sucesorios del adoptado en la herencia del adoptante pactados en la escritura de adopción como contrato sucesorio, que pueden estipu-

(16) Una noticia breve y crítica del contrato sucesorio en nuestro Derecho común, en nuestro Código civil, la he dado al estudiar el artículo 177 promulgado con este Cuerpo legal con una especial crítica de la regulación que hace este artículo del contrato sucesorio en la adopción.

larse a título de institución de heredero o de legado por causa de adopción. El contrato sucesorio en materia de adopción sólo era válido si se estipulaba en la escritura de adopción, tanto al amparo del artículo 177 como después del 174 de la Ley de 24 de abril de 1948, porque la causa que justificaba la validez del pacto sucesorio era la propia adopción. Si se pactase sin una ley que estableciese la excepción al 1.271, párrafo segundo, sería o será nulo el contrato sucesorio.

No obstante, el 179 opta sin reserva alguna por el sistema de legítimas en la adopción plena, que puede reforzarse con un contrato sucesorio en la escritura de adopción, conllevando el contrato sucesorio la irrevocabilidad a la posición sucesoria de los hijos adoptados plenamente, irrevocabilidad que actúa en detrimento del testamento, fundamental resorte de la autoridad paterna en beneficio de la cohesión de la familia; contrato sucesorio, que no tenía carta de naturaleza para los hijos legítimos, con la consecuencia de ser sucesoriamente más fuerte la filiación derivada de la adopción, de la imitación, de la artificialidad, que la derivada del matrimonio, de la naturaleza, de la tradición, lo que es una clara incongruencia jurídica, no solo por robustecer la imitación frente a lo imitado, la imagen del espejo frente a la reflejada, sino, además, por contrariar el criterio contrario acogido en el artículo 179 respecto de la sucesión testamentaria, donde los derechos sucesorios de los hijos adoptivos, nunca superan los de los hijos legítimos, ya que su legítima es igual a la de los hijos naturales reconocidos. La traducción normativa de la familia adoptiva no es acertada, es contradictoria y choca con los principios y el sistema del C.c. en su concepción de la familia tradicional, en la cual la protección sucesoria de la filiación matrimonial, es en algún aspecto más débil que la filiación de la familia adoptiva.

Además, el contrato sucesorio entra en nuestro Derecho Común por una ventana abierta por unos años, sin un sólido fundamento jurídico.

El párrafo tercero con un criterio ajeno a la concepción de las legítimas, mide por la legítima larga el máximo de la disponibilidad sucesoria por contrato en la escritura de adopción, tope que no existe en la sucesión testada, lo cual hacía más confusa la regulación, pues ese tope de los dos tercios no es de prohibición de disponer, de legítimas, sino que es un límite de la irrevocabilidad de la disposición herencial, constituyendo una concesión al testamento, al menos, en cuanto a un tercio de la herencia. Ciertamente no hay mezcla de la irrevocabilidad del contrato sucesorio con la indisponibilidad de la legítima, porque el contrato sucesorio, al ser irrevocable, el testador no puede disponer de nuevo de lo ya dispuesto mientras no devenga en ineficaz, no está legitimado para ello y su disposición por testamento es ineficaz, mientras que la ineficacia relativa de las disposiciones contraviniendo las legítimas derivan de prohibiciones de la

Ley en beneficio de los parientes más íntimos que integran la familia nuclear: descendientes, ascendientes y cónyuge; sin embargo, esto no ha sido distinguido con claridad e incluso se ha confundido.

a. Adopciones plenas.

El artículo 179 regula los derechos sucesorios de los hijos adoptados plenamente y por designación indirecta o derecho de representación a sus descendientes legítimos respecto del padre adoptante y de éste en la sucesión del hijo adoptado plenamente, en estos términos: “Por ministerio de la Ley el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la Ley concede al padre natural”.

Para la filiación derivada de la adopción plena, la Ley de 1958 acoge el sistema legitimario del Código civil, tomando como modelo la legítima de los hijos naturales reconocidos a los que equipara para fijar los derechos sucesorios entre adoptante y adoptado y los descendientes legítimos de éste, cuya construcción jurídica hacía muy pocos años que había sido hecha magistralmente por JUAN VALLET DE GOYTISOLO con una profunda interpretación histórica, apoyada en la sistemática, lógica y gramatical, en virtud de una lectura jurídica seria del articulado del Código, en sus **APUNTES DE DERECHO SUCESORIO** (17), conciliando las legítimas con la libertad civil de testar, demostrando que las legítimas no eran un tercer género sucesorio, una sucesión forzosa y atribuyéndolas siempre, de acuerdo con el articulado del Código civil por vía testamentaria o intestada o por ambas (18). La acogida del sistema legitimario para resolver el problema jurídico de los derechos sucesorios de esta clase de adopción se vio enturbiada, como dijimos, por el contrato sucesorio del artículo 174, figura extraña o muy excepcional de nuestro Derecho Común.

“La legítima es una pluralidad de limitaciones legales y relativas impuestas a las facultades dispositivas del causante en beneficio de sus parientes más íntimos y del cónyuge” (19).

(17) Recopilados y publicados por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en 1955 en un solo tomo, que había iniciado en un artículo en 1951 en el *Anuario de Derecho Civil* y continuado en otros tres.

(18) Esta magistral construcción pronto empezó a desvirtuarse, cuando a nuestra preterición de raíces romanas pretendió enriquecerse con la extraña distinción a nuestra tradición de preterición errónea e intencional, que cristalizó en el artículo 814 de la reforma redactado por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981.

(19) Así definía la legítima en mi libro *La legítima en el Código civil*, Gráficas Lux, Oviedo, 1964, p. 94. Esta definición era adecuada para los derechos legitimarios de esa época, en que los derechos de los legitimarios adoptados plenamente se regían por la Ley de 1958, aun-

La de los hijos naturales vigente en aquella época era variable, según los legitimarios con quien concurriese: si concurre sólo con hijos o descendientes legítimos o también con éstos e hijos naturales, tendrá derecho cada uno de los adoptados plenamente a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, con la de los hijos naturales, en su caso, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral (art. 840 de la primera edición del Código civil). La mejora implica desigualdad entre los hijos legítimos en el tercio de mejora y el que no ha recibido nada en ese tercio o ha recibido menos que otro u otros no se considera mejorado y la mitad de su cuota determina la legítima de los naturales y adoptivos, si cabe en el tercio libre.

Si el hijo adoptado o los hijos adoptados plenamente concurren con ascendientes legítimos o con éstos e hijos naturales tienen como legítima la cuarta parte de la herencia, que si es más de uno se dividirá entre ellos y, en su caso, entre ellos y los hijos naturales, sin perjuicio de que si concurre además el cónyuge viudo, cuya legítima en este caso es de un tercio de la herencia, se les adjudique sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que le falte o les falte para completar su legítima (20) (art. 841 según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958).

Si el adoptante no tiene ascendientes ni descendientes legítimos y el hijo adoptado plenamente es único, su legítima es la tercera parte de la herencia, lo mismo que si concurre con otro u otros hijos adoptados plenamente o con hijo o hijos naturales, mas en estos últimos casos la cuota legitimaria, o sea, la tercera parte de la herencia habrá que dividirla por la suma del número de hijos que concurren a la herencia del adoptante (art. 842 del C.c. en su redacción primitiva). Los descendientes legítimos de los hijos adoptados plenamente y los de los hijos naturales reconocidos están designados indirectamente como legitimarios, es decir, ocupan la posición sucesoria de su padre o madre legítimos, si el hijo natural o adoptivo premuere, es incapaz de heredar o es desheredado por el padre o madre adoptantes plenamente de estos dos últimos, conforme respectivamente a los artículos 179 de la Ley de 24 de abril de 1958, que llama por representación a sus descendientes legítimos, los del adoptado y 843 de la primera edición del Código, que dispone que "Los derechos reconocidos a los hijos naturales en los precedentes artículos se transmiten

que estos derechos no quedaban muy dibujados. Hoy como consecuencia de la reforma de 1981 que, con más fundamentos extrajurídicos que jurídicos, amplía el círculo de los legitimarios, de algunos descendientes extramatrimoniales a ascendientes matrimoniales con técnica pecuaria. Esta ampliación la ha intentado por dos veces con los hijos adoptivos y sus descendientes.

(20) Ya que $1/2 + 1/3 + 1/4 = 13/12$, habiendo un exceso de $1/12$, que lo que reciben los hijos adoptivos o naturales en nuda propiedad.

por su muerte a sus descendiente legítimos”. Los hijos naturales o adoptados plenamente de un hijo natural o de un hijo adoptado plenamente no están designados indirectamente como legitimarios del padre adoptante o natural, es decir, la filiación adoptante o natural era un vínculo jurídico sucesorio que se perpetuaba generacionalmente a través del matrimonio y se rompía con la descendencia extramatrimonial, sea natural o adoptiva, y se conservaba entre adoptante y adoptado plenamente y padre e hijo natural reconocido y los descendientes legítimos del adoptado o del hijo natural reconocido.

El artículo 844 del texto de la primera edición del Código equipara los derechos sucesorios de los hijos legitimados por concesión real a los de los hijos naturales reconocidos.

Los derechos sucesorios del padre adoptante respecto de su hijo adoptado plenamente son “los que la Ley concede al padre natural”, según el artículo 179 y este derecho es de la tercera parte de la herencia tal y como fijaba en esa época la legítima el artículo 842 cuando concurría solamente el padre y el hijo natural, o la madre y el hijo natural, de acuerdo con la reciprocidad invocada por el artículo 846.

El problema se plantea si esa reciprocidad se extiende también al supuesto del artículo 843, es decir, si el padre del hijo natural en caso de premoriencia, desheredación o incapacidad de éste es también legitimario de los hijos legítimos del mismo y entendemos que sí, si no carece de descendientes legítimos, aunque el caso es hoy más de escuela que de realidad y lo fundamos en si bien la letra del artículo 846 habla sólo de hijos naturales y no de sus descendientes legítimos, la reciprocidad así lo exige. Esta misma solución hay que dar a los derechos sucesorios del adoptante plenamente respecto de los descendientes legítimos del adoptado en los casos de premoriencia, desheredación o incapacidad de éste.

“El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza” (art. 174, párrafo antepenúltimo) que es aplicable a ambas clases de adopción.

b. Adopciones menos plenas.

El párrafo último del artículo 180, según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958, regula los derechos sucesorios en esta clase de sucesión así: “El adoptado tan solo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante”.

Contrariando el sistema de nuestro C.c. y de nuestra tradición jurídica fundada en el testamento, como acto personalísimo de disposición *mortis causa* esencialmente revocable por ser de última voluntad, que la muerte impide las variaciones o cambios propios de la vida, la Ley de 1958 insiste en el contrato sucesorio, que el Código por su falta de arraigo, de tradición y por su irrevocabilidad marginó abierta y expresamente, en el artículo 1.271, párrafo 2.º.

Este contrato sucesorio está regulado en los párrafos 3.º y 4.º del artículo 174 invocados y matizados por el 180. En la escritura de adopción puede pactarse una institución de heredero, que no puede exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante o uno o varios legados con el mismo límite, que son irrevocables como tales contratos, pero sujetos a reducción, si son inoficiosos, lesionando las legítimas de los hijos legítimos, legitimados por concesión real o naturales reconocidos del adoptante o de sus ascendientes o cónyuge (21) y a nulidad parcial en cuanto al exceso, si exceden de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de que por vía de testamento pueda el hijo adoptivo recibir el tercio restante.

Asimismo, el contrato sucesorio puede quedar sin efecto, si el adoptado es incapaz de heredar o incurre en causa de desheredación o se declara extinguida la adopción, conforme al artículo 174, párrafo 3.º. Lo mismo que si premuere al adoptante, de acuerdo con los artículos 657, 766 y en cierto modo el 774, ya que la sobrevivencia del heredero o legatario al causante es requisito necesario para la adquisición de la herencia o del legado, no bastando la conmorienencia según el artículo 33. En los casos de incapacidad o desheredación se plantea la cuestión de si hay o no una designación indirecta a favor de los descendientes legítimos del hijo adoptivo, que los llama a ocupar en la sucesión del adoptante la posición sucesoria del adoptado, conforme al artículo 843. Entendemos que no, que la excluye el artículo 174, que deja sin efecto el contrato sucesorio en esos dos supuestos, de desheredación e incapacidad. La solución, si hubo premoriencia o conmorienencia, es la contraria a la que da el citado artículo 843 para los hijos naturales, que contempla el supuesto de premoriencia y transmite los derechos sucesorios a los descendientes legítimos, o más exactamente, que designa indirectamente o por derecho de representación a los descendientes legítimos de los hijos naturales.

El adoptado conserva sus derechos sucesorios en su familia por naturaleza (art. 174-5.º).

(21) La legítima de los legitimados por concesión real o de los naturales reconocidos en el caso de concurrir con hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, a los que éstos están equiparados, y el cónyuge viudo.

B. Las adopciones otorgadas con arreglo a la Ley de 1958 y cuyas sucesiones se abrieron derogada esta Ley y durante la vigencia de la Ley 7 de 4 de julio de 1970.

La única disposición transitoria de esta última Ley permitía a las adopciones otorgadas con anterioridad a su vigencia (22) “ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio, si hubiera mediado”. Esta disposición transitoria impide la aplicación de la Ley 7 de 4 de julio de 1970 a las adopciones plenas y menos plenas que estamos estudiando, ya que congela los derechos sucesorios o más exactamente todos los derechos y deberes derivados de la Ley de 1958, imponiendo la irretroactividad del artículo 2-3 del C.c., que confirma la Ley de 1970 con su disposición transitoria, la cual sólo permite la conversión de una adopción en otra y también por su carácter especial impide la aplicación de la disposición transitoria 12 del C.c., a pesar del cambio en los derechos sucesorios tanto de los adoptados plenamente al amparo de una u otra Ley como a los adoptados menos plenamente según la Ley del 58, adoptados que la Ley del 70 llama simples. Esto es claro, si la Ley 7 del 70 tuviese efecto retroactivo, la autorización de la disposición transitoria única de esta Ley para adaptar o acomodar a la misma las adopciones realizadas con arreglo a la de 24 de abril de 1958 y a los primitivos artículos del C.c. sería superflua, no produciría ningún efecto, ya que si la Ley del 70 fuese retroactiva, la retroactividad de la misma adaptaría las adopciones otorgadas con arreglo a la Ley del 58 a las de la Ley del 70 y las palabras de la Ley han de ser recibidas con efecto, *verba legis cum effectu sunt accipienda*. Obsérvese que la disposición transitoria dice que “las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, ...” con la palabra podrán está legitimando a quienes pueden acomodarlas, pues aunque reúnan los requisitos y formalidades las mismas por ese solo hecho la Ley no las acomoda, exige un acto que han de otorgar las partes en la adopción, ya que las legitima para que puedan hacerlo, “podrán ser acomodadas a sus disposiciones”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre del 2000 resuelve un supuesto de hechos de este epígrafe: los adoptantes don Luis y doña Carmen, que se habían casado en 1932, adoptaron de consuno a

(22) Hay que tener en cuenta la disp. transitoria 11 del C.c. respecto de los expedientes de adopción iniciados antes de entrar en vigor la Ley de 1970 y que se concluyeron después de entrar en vigor, que se otorgarán con arreglo a la Ley del 58.

doña María en 1964 en adopción menos plena, obligándose en la escritura de adopción los adoptantes a instituir heredera a la adoptada. El adoptante, que falleció el 9 de abril de 1978, dispuso en su testamento del año 1973, que instituía heredera a la hija adoptiva en 20.000 pesetas e instituía herederos a dos hermanos del testador que le premurieron y los sustituía por su sobrina Belén, que le sobrevivió. La adoptante dispuso en el suyo, que otorgó en 1971, que instituía heredera a su hija adoptiva en 20.000 pesetas e instituía heredero a su marido, que la premurió, pues ella falleció el 18 de julio de 1978, habiéndola sobrevivido únicamente como pariente de sangre o natural su hermana Adela. No consta ningún acto jurídico por el cual la adopción se hubiese adaptado a la Ley del 70. La hija adoptiva demanda a doña Belén, quien defendía que era heredera testamentaria de don Luis y a doña Adela, que sostenía que era heredera intestada de doña Carmen. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las pretensiones de la actora, quien recurrió la sentencia ante la Audiencia, que la revocó parcialmente y declaró que la hija adoptiva tenía derecho a dos tercios en la herencia de su madre adoptante correspondiendo el tercio restante a los parientes que en el orden de llamamientos de la sucesión intestada sigan a los hijos y en la herencia del padre adoptante redujo por inoficiosa la institución de doña Belén a un tercio, al libre y el derecho de la hija adoptiva a dos tercios. El Supremo aplicó a ambas herencias la Ley 7 de 4 de julio de 1970 y en la del padre adoptante la hija adoptiva recibió dos tercios y Belén, la sobrina, el tercio libre y en la herencia de la madre adoptante abre la sucesión intestada y declara heredera a la hija adoptiva al amparo de los artículos 176 y 180 de dicha Ley adjudicándole a ella toda la herencia.

Como se desprende de los argumentos que expresamos acerca de la irretroactividad de la Ley 7 de 1970, que tienen un sólido apoyo en su disposición transitoria única y que en el supuesto de hecho de la sentencia, que era de una adopción menos plena, confirmaba años más tarde la irretroactividad respecto de ella y de las simples la disposición transitoria segunda de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987 y en esto radica la cuestión jurídica, que ni la Audiencia ni el Tribunal Supremo acertaron a resolver conforme al Derecho civil que regía esa adopción. Por otra parte, los adoptantes se comprometían a instituir heredera a la adoptada y la redacción de esa cláusula arrastra la mala letra del inciso improvisado del artículo 177, como hemos puesto de relieve al estudiar este artículo del C.c. y también que su lectura jurídica no puede ser otra que la de una excepción al artículo 1.271, párrafo 2.º, que implica una institución de heredero en contrato sucesorio, aunque la indeterminación de la institución contenida en esa frase inspirada en el primitivo artículo del C.c. y que ya estaba corregido por el artículo 174 de la Ley de 24 de abril de

1958 en un doble sentido, poniendo de relieve con claridad, que la escritura de adopción era el molde jurídico adecuado para el contrato sucesorio por causa de adopción y eliminando en cuanto al máximo la incertidumbre de la institución, que no podía exceder de los dos tercios de la herencia e indicando e implícitamente exigiendo en el mismo artículo en su párrafo 4.º que se determinase el alcance de la institución de heredero, si era la mitad de la herencia, un tercio, un cuarto y si nada se decía no podía superar los dos tercios la institución. Así creemos que podía determinarse la institución contractual de la hija adoptiva en las herencias de los padres adoptantes, por los caminos del artículo 174, párrafo 4.º, de la Ley del 58 y de la irretroactividad de la Ley del 70, que impide la aplicación de la disposición transitoria 12.^a del C.c., anulando parcialmente el testamento del padre adoptante en la parte incompatible con la institución contractual de heredero en los dos tercios en beneficio de la hija adoptiva y subsistiendo el tercio restante como herencia de la heredera testamentaria doña Belén y en la misma cuantía sería la institución contractual de la hija adoptiva en la herencia de la madre adoptante y abriéndose la sucesión intestada en cuanto al resto, o sea, al tercio restante y siendo la heredera, conforme a la Ley de 1958, doña Adela, hermana de la causante, tal y como se pronunció la sentencia de la Audiencia (23).

C. Adopciones reguladas por la Ley de 1958, cuyas sucesiones se abrieron a partir del 8 de junio de 1981, fecha de entrada en vigor de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981.

Esta Ley, minando la base de la familia tradicional fundada en el matrimonio religioso o civil o laico de generación de la prole, equiparó la filiación de la prole extramatrimonial a la matrimonial y culminó la misión ya iniciada de equiparar la ficción a la naturaleza equiparando la filiación adoptiva a la matrimonial y con estos precedentes la progresía y sus compañeros sin norte están avanzando y conquistando la construcción de una “familia” no generacional, de una familia sin sustancia y sin esen-

(23) Una crítica excesivamente detallada la hace ESPEJO LERDO DE TEJADA a la sentencia referida, contenida en un artículo publicado en la *Revista Jurídica del Notariado* de octubre-diciembre de 2001, pp. 301 y ss., titulado “Adopción menos plena: la sucesión del adoptado en la herencia del adoptante. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2000”, aunque afirma, en la p. 304 “desde el punto de vista cuantitativo se acercan bastante a la solución correcta la sentencia de apelación y la del Tribunal Supremo; sin embargo, los argumentos de sus Fundamentos de Derecho no nos parecen convincentes”, no creemos que su postura pueda llevarnos a una solución cuantitativa ni cualitativa análoga en el campo jurídico, en el de nuestro C.c. en la herencia de la madre adoptante.

cia. Esta Ley no ha sido construida ni refrendada por un ALONSO MARTÍNEZ, ni por otros juristas, sino por oportunistas, que pretendieron superar la familia con la tribu. La familia había que adaptarla a los nuevos tiempos, a la nueva era, a la emancipación de la mujer, al complejo consentimiento para celebrar el matrimonio causante de nulidades con mucha más frecuencia que en otros actos mucho más simples, a no dejar arbitrariamente huérfanos de matrimonio a los hijos, la familia debía respetar el contrato matrimonial y la cristiana el sacramento, la familia debía continuar siendo depositaria de las esencias humanas, a la familia no se la puede confundir con leyes pecuarias regulando la filiación y el parentesco, con leyes sin fundamento jurídico deshumanizándola. A la familia arraigada y tradicional había que reformarla y actualizarla, no desterrarla ni disolverla.

Volviendo a nuestro esquema, concretándonos a él, debemos señalar, que es preciso distinguir las adopciones plenas de las menos plenas y de las simples, las primeras quedaron modificadas por esta última Ley, la 11 del 81, las dos últimas continuaron los mismos regímenes dictados por las leyes que las crearon y regularon, la de 24 de abril de 1958 y la 7 de 4 de julio de 1970 y también las adopciones anteriores a estas dos últimas leyes, o sea, las primitivas del Código civil, que no pueden relacionarse con las anteriores las plenas, como dijimos, y respecto de las cuales la retroactividad no tendría ninguna razón de ser, porque el entronque con ellas sería nominal y no real, aunque tienen cierta relación con las menos plenas de la Ley del 58 y menor con las simples de la del 81, que los adoptados no eran legitimarios.

a. *Adopciones plenas.*

La disposición transitoria octava de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 dispone: “Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación”. La cual es perfectamente compatible con la transitoria 12 del C.c. en lo que respecta al valor de las disposiciones testamentarias, que deben cumplirse en cuanto la reforma lo permita.

La Ley 11 del 81 modificó el artículo 179 del C.c. incluido en la sección titulada “De la adopción plena” en estos términos: “El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos y descendientes. Los adoptantes ocupan en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes”, con lo cual la progresiva equiparación de la ficción a la naturaleza, de la imitación a la realidad, parecía realizarse respecto de la familia matrimonial de generación de la prole y también se equipara a la fami-

lia tradicional la derivada de la filiación extramatrimonial (24) concubiniaria o no y está progresando para alcanzar la cristalización legislativa la familia no generacional y con ello la idoneidad para la adopción, que hoy ya la alcanzó, a pesar de la contundente declaración del artículo 175-4 de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, de que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”, la disposición adicional tercera de esta misma Ley la introduce por la ventana en favor de los concubinos o parejas permanentes de hecho de distinto sexo. Este artículo 179 ha sido derogado por los artículos 2.º y 3.º de esta última Ley en estos términos: “El capítulo V del título VII del libro I del Código civil, que comprende los artículos 172 a 180, inclusive, quedará redactado, bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores» con el siguiente contenido: ...”. “En el texto del Código civil y demás disposiciones legales la llamada «adopción plena» se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley”. El hijo adoptado plenamente, tanto si lo ha sido por un matrimonio, como si lo ha sido por un soltero, viudo o divorciado tiene *respecto de su padre adoptante* los mismos derechos que un hijo matrimonial, aunque el artículo 176 pretendió por dos veces, como vimos e insistiremos, crear un parentesco entre el hijo adoptivo y los ascendientes del padre adoptante.

El artículo 176, asimismo, reformado por la Ley 11 del 81 desvirtúa esta interpretación en sus primeros párrafos: “Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza. La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante”. Este artículo tuvo una vigencia efímera. Fue derogado por el artículo segundo de la Ley de 7 de julio de 1981 y el artículo quinto de la Ley de 24 de octubre de 1983 que reforma el Código civil en materia de TUTELA lo restablece así: “El artículo 176 del C.c. queda redactado conforme al texto del mismo que fue aprobado por la Ley 11/1981 de mayo”. Quedó derogado por el artículo segundo de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, ya que su contenido no está recogido en ninguno de los artículos del capítulo V del título VII del libro I del Código civil a los que dio nueva redacción. Este artículo establecía un parentesco entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes coherente con la filiación adoptiva, con el contrato entre adoptante y adoptado, que vinculaba a los dos primeros y a los hijos y descendientes del adoptado con éste, como herederos del mismo y a estos

(24) La disposición adicional tercera de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, equipara a los cónyuges a efectos de adopción simultánea “al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

últimos por la misma razón con el adoptante; pero además imponía sin el más leve fundamento jurídico, más allá de los propios contratantes, adoptante y adoptado, un parentesco a la familia del adoptante con el adoptado sin la aceptación de la misma, sin su consentimiento, parentesco que en el artículo 176 de la Ley 7 de 4 de julio de 1970, era expresamente excluido.

A este propósito es muy interesante la sentencia de 23 de mayo de 1991, de la cual fue ponente MALPICA GONZÁLEZ ELIPE, que se refiere a una adopción otorgada el 25 de marzo de 1955, cuyo hijo adoptivo pretende ser pariente en línea recta, o sea, como un hijo legítimo del adoptante, quien falleció el 14 de marzo de 1972 y que fue declarado heredero intestado de éste por Auto de 24 de mayo de 1986, rechazando el Tribunal Supremo esa pretensión, haciendo en la letra A del Considerando 4.º una exposición de la evolución del artículo 176 como la que acabo de hacer y argumentando así en la letra B del mismo considerando: Aunque la adopción llega a producir la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de sangre anterior generalmente (art. 178-1 de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987) pero “ello no por la propia naturaleza de la institución, que no podía alcanzar más allá de los propios interesados en su formalización, es decir, al resto de los familiares, cuyo consentimiento técnicamente y en puridad doctrinal hubiera sido imprescindible para que les pudiera afectar, por no radicar su infraestructura jurídico social en lazos tan asépticos e involuntarios como el de la sangre (25), sino en la única y exclusiva voluntad de los comprometidos, de ahí que por la gran inseguridad jurídica, que encierra dicho mandato –ya desaparecido tras la basculante y artificial voluntad legislativa– no pueda servir de apoyo más que a los derechos e intereses de los propios interesados adoptante y adoptado en la formalización de la adopción”.

Derogado el artículo 176, que pretendía imponer el parentesco de la familia del adoptante con el hijo adoptivo y con sus descendientes, la filiación adoptiva solo causa parentesco entre el adoptante con su hijo adoptivo y los descendientes de éste, ocupando el adoptante en la sucesión del hijo adoptivo la misma posición que el padre, y también en la sucesión de los descendientes del adoptado como abuelo o bisabuelo y si no hay

(25) El parentesco en su forma primitiva y no evolucionada deriva de la sangre por generación, como la raza de los animales; pero en la evolucionada, al menos en la civilizada, en la greco-romana-cristiana, las relaciones familiares han nacido del matrimonio como acto solemne civil o eclesiástico y no como ahora se pretende por la “progresía”, que avanza hacia atrás, volviendo a la tribu como unidad humana y acercándonos a la promiscuidad, para lo que se ha dado un gran paso, extendiendo el parentesco por filiación de los hijos naturales con sus padres a los parientes de éstos.

parentesco entre la familia del adoptante y el adoptado, como sin el más leve sentido jurídico trataron de imponer la Ley 11 de 1981 en su artículo 176 y la 13 de 1983, que lo restableció hasta su derogación por la 21 de 1987, no puede hacerse el cómputo del parentesco aplicando los artículos 915 a 919, porque no hay parentesco, aunque este último artículo diga que “el cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias”, se refiere a la sucesoria, a la alimentaria, a la matrimonial, como lo evidencia el artículo 919 derogado, que excluía del cómputo el parentesco por razón de los impedimentos del matrimonio canónico. En la adopción no hay cadena de generaciones, la rompen el adoptante y el adoptado y no se puede computar el parentesco. Emparentar a los ascendientes y colaterales del adoptante con el adoptado, por un supuesto de hecho como la adopción en que no han intervenido, no han consentido, porque es un acto entre adoptante y adoptado y ajeno a ellos es tanto como abolir principios esenciales del Derecho civil, la relatividad del contrato y la herencia por vía de legítima o de sucesión intestada, no de testamento, a favor de extraños. Ahora bien, hemos insistido en este importante problema de principios jurídicos, para evitar que se desarticule el Código civil pretendiendo emparentar a efectos sucesorios (26) a los hijos adoptivos y sus descendientes con la familia del adoptante, pues los derechos sucesorios de los hijos adoptivos en cuanto a la legítima se rigen por los artículos 809 y 810 del C.c. y a la sucesión intestada por los artículos 930 y siguientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 del C.c., según la redacción dada por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”. La filiación adoptiva, según nuestro C.c. salvo en el interregno de la entrada en vigor de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, el 8 de junio del mismo año y la entrada en vigor de la Ley 30 de 7 de julio de 1981, el 9 de agosto del mismo año, que derogó, suprimió, el artículo 1.976 y en el transcurrido desde la vigencia de la Ley 13 de 24 de octubre de 1983, el 15 de noviembre de este año, que restableció este artículo, hasta su derogación por la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, el 7 de diciembre siguiente, que se volvió a derogar, interregnos en los que por Ley se atropelló jurídicamente a los familiares de los adoptantes sin otras razones que la ignorancia, apoyo de la “progresía” materialista a su aversión a la familia tradicional, ya que las obligaciones las impone la ley por una necesidad social y no arbitra-

(26) Y también los alimenticios.

riamente. La filiación que sanciona una relación jurídica entre padre e hijo o hija y madre e hijo o hija, adoptante y adoptado, reguló los derechos sucesorios de las distintas filiaciones al tratar de los efectos de éstas en los artículos 114-3.º, 122, 127-3.º y 134-3.º y ahora en el 108 y no como hace el artículo 176 por la extraña vía de un parentesco inventado sin consistencia alguna. Por no contar este absurdo parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante con más fundamento jurídico que la estéril de la letra del párrafo 2.º del artículo 176, que choca con los principios de nuestro C.c. desarticulándolo, hay que entender que el único sentido jurídico que puede dársele es el de su nulidad, prevaleciendo los principios de nuestro Ordenamiento civil.

El artículo tercero de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, dispone con estas palabras, que la única adopción que regula esta Ley es la plena: “En el texto de Código Civil y demás disposiciones legales, la llamada «adopción plena» se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley”, que nada dice sobre los derechos sucesorios derivados de la adopción, porque los derechos sucesorios se consideraron derechos inherentes a la filiación y así los regularon los primitivos artículos 114-3.º, 122, 127-3.º y 134-3.º hasta la Ley 11 del 81, que los reguló en el artículo 108 en los términos que acabo de exponer.

b. *Adopciones menos plenas.*

La Ley 11 de 13 de mayo de 1981 modificó el artículo 179, como acabamos de ver, pero en cuanto a las adopciones menos plenas hizo lo mismo que la Ley 7 de 1970 hizo con las reguladas por la Ley de 24 de abril de 1958, por tanto los derechos sucesorios de la sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Ley de 1981, el 8 de junio del mismo año, se rigen por lo dispuesto en el artículo 180 en relación con los párrafos 3.º y 4.º del 174 ambos de la Ley de 1958, que fueron ya estudiados, y no por el 180 de la Ley de 1981, a pesar de lo dispuesto en la disposición transitoria octava de esta Ley: “Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación”, pues la nueva legislación en este punto no es retroactiva ni puede serlo por interponerse el artículo 180 de la Ley 7 de 4 de julio de 1970, ya que no respetaría las legítimas concedidas por hijo adoptado menos plenamente referidas en la disposición transitoria duodécima y así confirma sin género de duda alguna nuestra postura la disposición transitoria segunda de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987: “Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cum-

plen los requisitos exigidos para la misma". El artículo 180 de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, en lo que se refiere a los derechos sucesorios en las adopciones simples modificó el párrafo último, que sustituyó por los dos siguientes: "Adoptante y adoptado carecen entre sí de derechos legítimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas.

En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes."

A un supuesto de adopción menos plena se refiere la sentencia de 5 de octubre de 1991 otorgada en escritura de adopción el 3 de diciembre de 1966 por los adoptantes don Gregorio y D.^a María Dolores y el padre de la adoptada M.^a Teresa, una niña de 10 años, obligándose los adoptantes "a instituir la heredera, al menos en la legítima que el Código civil da a esta clase hijos, y voluntariamente en el resto de la herencia". Los adoptantes fallecieron el 25 de septiembre de 1977, él con testamento otorgado el 7 de septiembre de 1966 y en escritura otorgada por la adoptante y la adoptada el 9 de diciembre de 1977 se adjudicó a aquélla la totalidad de los bienes de la herencia y en la misma la adoptada renunció a cualquier derecho que pudiera tener en la herencia del causante. Ella falleció el 11 de octubre de 1984 bajo testamento otorgado el 7 de agosto de ese año en el que instituyó heredero a su prima por afinidad Estefanía. En el considerando 2.º dice que "el pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción, cuya institución en tal módulo cuantitativo integra una verdadera institución hereditaria, consecuencia de contener el invocado artículo 174, instaurado como consecuencia de la Ley de 24 de abril de 1958 una excepción al principio general, contenida en el artículo 1.271 del C.c. de prohibición de los pactos sobre herencia futura, con el consiguiente alcance de irrevocabilidad de tal institución en la herencia de los adoptantes, en virtud del normado párrafo 4.º de dicho artículo 174...". Hasta aquí estoy de acuerdo con la sentencia de que se trata de un contrato sucesorio con plena determinación de la institución de heredera en una cuota igual a la legítima de los hijos legítimos, pero nada más, la hija adoptiva sigue siendo tal, instituida contractualmente en dos tercios de la herencia de cada uno de los adoptantes y no hija legítima ni legitimaria. Los adoptantes al instituir la heredera contractualmente en dos tercios de sus respectivas herencias han dispuesto irrevocablemente y no están legitimados para volver a disponer de ellos, salvo en los casos previstos en el propio artículo 174 y, por tanto, la nueva disposición de los mismos es nula en cuanto a esos dos tercios, si volvió a disponer sólo de los dos tercios y si dispuso de totalidad, la nulidad es parcial, afecta solamente a

los dos tercios y hay que reducirla en cuanto al exceso (27) y habrá que abrir la sucesión por dos títulos, el contractual y el testamentario, expresamente reconocidos en el artículo 14, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria. Este nos parece el camino jurídico y no el de la sentencia de considerar heredera forzosa a la adoptada, pues la escritura de adopción en la que se le atribuye una cuota igual a la legítima que la ley da a los hijos legítimos, no la hace ni puede hacerla legitimaria, simplemente es la medida cuantitativa de la institución y no hay preterición intencional ni desheredación injusta ni fundándose en ellas reducción de la institución testamentaria, porque no hay heredera forzosa o más exactamente legitimaria.

En la sentencia de 27 de marzo del 2000 de la que fue ponente MORALES MORALES se litigó respecto de una adopción hecha al amparo de la Ley de 24 de abril de 1958, si la adopción había sido plena o menos plena, con la consiguiente repercusión en los derechos hereditarios que oscilaban para la adoptada en tener los de los hijos naturales reconocidos o solo los pactados en la escritura de adopción, si se pactaron, o ninguno, si no hubo pacto.

En la escritura de adopción otorgada el 1 de octubre de 1964 entre don Francisco y doña Angela, como adoptantes y doña María Jesús como adoptada se pactó: “la adoptada agradece la adopción y el uso de los apellidos de los adoptantes”. El adoptante falleció el 16 de septiembre de 1983 bajo testamento otorgado el 20 de septiembre de 1977, en el que revoca y anula cualquier disposición testamentaria que hubiese otorgado con anterioridad a la presente y deshereda total y absolutamente de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros a su hija adoptiva María Jesús.

La adoptante fallece el 28 de octubre de 1990 con testamento otorgado el 18 de julio del mismo año, cuyas cláusulas 2.ª y 3.ª dicen textualmente: 2.ª Aunque la testadora tiene conocimiento que la adopción de la hija María Jesús es menos plena y que dicha hija no tiene por tanto la condición de heredera forzosa, la deshereda y priva de cualesquiera derechos que pudieran corresponderla en la herencia de la otorgante, si es que alguno le pertenece, manifestando la compareciente que no quiere expresar la causa de la desheredación. 3.ª Instituye herederos a doña Mercedes, a doña Inés. etc.

Doña María Jesús interpone demanda pidiendo que como adoptada plena debe ser declarada heredera de sus padres adoptantes, estimando

(27) En caso de haber dispuesto antes de otorgar el contrato sucesorio, también hay que adjudicar la herencia por esos dos títulos sucesorios y la disposición o institución testamentaria anterior hay que reducirla en cuanto a esa cantidad.

la demanda el Juzgado de 1.^a Instancia y confirmando la sentencia la Audiencia Provincial de San Sebastián, “porque la adopción fue plena, ya que el término «abandono» (del art. 178) debe ser entendido en su más amplio sentido, como dejación o transmisión de las facultades y obligaciones de los padres a sus primos (los adoptantes)...”.

El Tribunal Supremo casó la sentencia por infracción del artículo 178 en su versión de la Ley de 24 de abril de 1958, ya que María Jesús no era una “niña expósita” ni fue prohijada para poder ser adoptada plenamente, quedando como única vía para ello que haya sido abandonada por sus padres, lo que es la cuestión nuclear de este proceso, o sea, si produjo una situación de verdadero y propio abandono de la niña María Jesús por parte de sus padres legítimos, con quienes convivió hasta los doce años. “El abandono de un hijo por sus padres (cuyo concepto en cuanto a *questio iuris* es revisable en casación) se caracteriza por la total y absoluta dejación que éstos hacen de sus deberes elementales de cuidado, alimentación, educación y protección del hijo, dejándolo desamparado con rompimiento de toda clase de lazos con el mismo, sin haberse cuidado de quien se encarga del cumplimiento de tan elementales deberes”. En este sentido vino después a definirlo el artículo 174, párrafo 2.º, de la Ley 7 de 4 de julio de 1970, que dice: “Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación” no siendo esta la situación que pasó con María Jesús, cuyos padres de muy modesta condición en aras única y exclusivamente del bienestar de dicha menor convinieron con el adoptante (primo hermano del padre) que el mismo y su esposa, que carecían de hijos, se llevasen con ellos a la referida María Jesús, para que ésta recibiese una mejor formación, asistiendo a un colegio en San Sebastián, donde residían dichos esposos, como así ocurrió y pudiera tener así un futuro mejor, pero sin romper en ningún caso los lazos afectivos y familiares con sus padres legítimos, a quienes visitaba y con quienes convivía en las épocas de vacaciones, en fiestas, etc. De ello se desprende que no era una niña abandonada por sus padres y no podía, por tanto, ser objeto de adopción plena, conforme al imperativo legal del artículo 178-2, por lo que ha de concluirse que la adopción de María Jesús cuando tenía 24 años ha de considerarse necesariamente como menos plena y sin que en la escritura de adopción los adoptantes reconocieran derecho alguno a favor de la adoptada. También la sentencia considera infringido el artículo 180-3, porque según él, en la adopción menos plena el adoptado sólo tendrá en la herencia de los adoptantes los derechos pactados en la escritura de adopción y en este caso, como vimos, no se pactó ninguno.

Estamos de acuerdo con la solución y razonamientos de esta sentencia, incluida la invocación del artículo 180-3 en la redacción de la Ley de 1958.

III. Los derechos sucesorios en la Ley 7 de 4 de julio de 1970 (28)

Esta Ley clasifica las adopciones en plenas y simples (art. 172) y aunque en el artículo 176 proclama que “en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo”, los artículos 179, párrafo primero, respecto de la adopción plena y 180, párrafos penúltimo y último, en cuanto a la adopción simple, excluyen la equiparación al regular los derechos sucesorios de ambas clases de hijos adoptivos, con una casi igualación en la adopción plena y la legítima de los hijos naturales reconocidos en la simple. Se abandona el contrato sucesorio extraño a nuestro Derecho común y desde la entrada en vigor son nulos los contratos sucesorios otorgados en la escritura de adopción o en otra por causa de adopción por imperativo del artículo 1.274, párrafo 2.º, ya que no hay una ley que excepcione esta prohibición, como ocurrió con el 177 del C.c. y con el 174 redactado por Ley de 24 de abril de 1958.

La Ley entró en vigor el 27 de julio de 1970 y se aplicó a las adopciones otorgadas desde esa fecha o en fecha posterior, si el expediente se hubiese iniciado con arreglo a la legislación anterior, conforme a la disposición transitoria 11.^a. En el aspecto sucesorio fue derogada por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, que entró en vigor el 8 de junio de ese año.

A. Los derechos sucesorios de las adopciones plenas durante la vigencia de la Ley: examen de los diversos supuestos de concurrencia.

Los derechos sucesorios están regulados en el artículo 179: “El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos con las siguientes particularidades:

Primera. Concurriendo solo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

Segunda. Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derecho por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código.”

(28) De los derechos sucesorios regulados en esta Ley me ocupé en un trabajo publicado en la *Revista de Derecho Privado* de junio de 1973, “La legítima del Código civil en la adopción”, pp. 518-539.

La equiparación de los hijos adoptados plenamente y los legítimos no alcanza la igualdad, porque lo impide la particularidad primera y en caso de concurrir con hijos naturales reconocidos, no hay equiparación entre éstos y los adoptados plenamente, ya que éstos están equiparados a los hijos legítimos, sino otra particularidad. Por tanto, la interpretación de este artículo exige previamente el examen, la indagación jurídica de lo que es una particularidad (29).

La particularidad es singularidad, especialidad, individualidad, la particularidad es diferenciación dentro de lo común, que distingue una cosa de otra, no surge en lo común, que sigue siendo común, sino en la individualidad, en el caso concreto; la particularidad no es excepción, al contrario, se contrapone a la excepción, pues ésta excluye una persona o cosa de la generalidad de la regla común, mientras que la particularidad las incluye en la regla común distinguiéndolas o diferenciándolas.

“Las particularidades del artículo 179, párrafo 1.º, inciso 1.º, no son una excepción al principio de equiparación en materia sucesoria de los hijos adoptados plenamente a los hijos legítimos, sino un respeto, una conservación del principio con matizaciones, singularidades, especialidades, individualidades en los casos de concurrir los hijos adoptados plenamente con legítimos en cuanto al tercio de mejora o de concurrir con hijos naturales en cuanto a la cuota libre, si la hay.”

Voy a examinar los diversos supuestos de concurrencia:

a. *Hijo adoptivo único o concurriendo sólo con hijos adoptados plenamente.*

Su legítima es la regulada en el artículo 808, dos tercios de la herencia, de los cuales un tercio está destinado a mejora. El tercio restante es de libre disposición. En estos supuestos no hay particularidad ninguna. La reforma de este artículo por la Ley 11 de 1981 se limitó a suprimir la palabra legítimos.

b. *Concurrencia de hijos adoptivos con legítimos.*

La singularidad, la peculiaridad afecta exclusivamente al caso en que se disponga desigualmente del tercio de mejora, ya que los hijos adoptados plenamente no pueden recibir de él una cuota o cantidad mayor que el hijo legítimo menos favorecido en la sucesión testamentaria, según la letra de la Ley, pero no según el espíritu y la finalidad de esta dispo-

(29) Sobre esto, véase mi trabajo últ. cit., p. 524, que aquí resumo.

sición, conforme al artículo 3.º del C.c. que trata de impedir que el hijo adoptivo reciba en el tercio de mejora más que el legítimo menos favorecido, que lo puede recibir no solo por vía de testamento, sino también de donación imputable al tercio de mejora o de capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 826. La reducción de la disposición testamentaria, de la donación o de lo dispuesto en capítulos matrimoniales es el camino para igualar en el tercio de mejora al hijo o hijos legítimos menos favorecidos y al adoptivo o adoptivos mejorados en exceso.

La mejora solo es tal cuando se ha dispuesto del tercio de mejora, cuando el testador no ha dispuesto del tercio de mejora en todo o en parte, la parte no dispuesta no es mejora, sino legítima. Si el testador dispone por igual del tercio de mejora para todos los hijos legítimos y adoptivos o el hijo o hijos legítimos reciben lo mismo de ese tercio que el hijo adoptivo o cualquiera de ellos, las disposiciones testamentarias en concepto de mejoras o las donaciones con imputación también al tercio de mejora o la mejora hecha en capítulos matrimoniales son válidas y eficaces.

Si en el tercio de mejora reciben uno o más hijos adoptados plenamente más que cualquier hijo legítimo, el exceso es inoficioso y hay que reducirlo para igualar a aquél o aquéllos al hijo o hijos legítimos en el tercio de mejora (30).

La limitación afecta solo a la disposición del tercio de mejora, no al tercio libre, de él nada dice el artículo 179-1.º pues, si afectase a este tercio, la limitación en perjuicio del hijo adoptado plenamente lo haría en cuanto al tercio libre y a estos efectos de peor condición al adoptado que a un extraño.

c. Concurrencia de hijos adoptados plenamente con naturales reconocidos, concurren o no hijos legítimos.

Esta segunda particularidad de la equiparación de los hijos adoptados plenamente a los legítimos, “si concurriere aquéllos con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo”, tanto por disposición testamentaria como por donación; ahora bien, la porción de la que puede disponer el adoptante es en el tercio de libre disposición en la parte, si la hay, que no esté absorbida por la legítima o legítimas de los hijos naturales reconocidos; si el adoptante dispusiere contraviniendo las legítimas, habría en aquella época inoficiosidad y reducción o preterición y sucesión intestada, de lo único que puede disponer el adoptante de su herencia en el caso de concurrencia de hijos

(30) Para examinar la doctrina en aquella época, véase mi artículo últ. cit., pp. 524 a 527.

adoptados plenamente e hijos naturales reconocidos, es de una parte del tercio libre, si la hay, si no está absorbida por la legítima o legítimas de los hijos naturales, en esa parte libre los hijos adoptados plenamente no pueden recibir una cuantía mayor que la que disponga a favor del hijo natural o del hijo o hijos naturales reconocidos menos favorecidos. Del tercio de legítima corta no puede disponer el adoptante y del de mejora sólo puede disponer en favor de los hijos adoptados plenamente.

La legítima de los hijos naturales es la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados (según el art. 840 del texto primitivo del C.c. derogado por la Ley 11 del 81). Si hay un hijo adoptado plenamente y uno o más naturales reconocidos, no hay resto de cuota libre. Si hay dos hijos adoptados plenamente y ninguno mejorado, la legítima del hijo o hijos naturales será la mitad del tercio libre y otra mitad será de libre disposición y en él recae la limitación en beneficio del hijo o hijos naturales, etc. La particularidad segunda del artículo 179 de la Ley 7 de 1970 ha sido objeto de múltiples explicaciones doctrinales, que pueden verse en mi trabajo citado "La legítima del Código civil en la adopción", así como la argumentación e interpretación, fundamento de mi posición (31), que tiene el aval del jurista que ha hecho las aportaciones más decisivas al sistema de nuestro Derecho Sucesorio, JUAN VALLET DE GOYTISOLO (32).

d. *Derechos sucesorios de los padres en las adopciones plenas.*

"Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos" (art. 179, párrafo penúltimo).

Si el hijo adoptivo no deja hijos legítimos ni adoptados plenamente y le sobreviven sus padres, la legítima de éstos es la mitad del haber hereditario, salvo si concurren con el cónyuge viudo, que será de una tercera parte (art. 809 redactado por la Ley de 24 de abril de 1958). Si uno de

(31) Pp. 527-533. En alguna de las explicaciones se ha pretendido, con sentido político de "progresía", que normalmente no comparto, pero sin fundamentos jurídicos, robustecer los derechos sucesorios de los hijos naturales reconocidos, pretendiendo anárquicamente encajar, articular el Código civil en el artículo 179 segunda y no jerárquicamente, como hacemos nosotros, articulando esta particularidad en el Código civil, respetando su sistema jurídico. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Los derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código civil (Problemas de derecho transitorio)*, Barcelona, José María Bosch editor, SA, pp. 100 y 102, dice a propósito de la que califica mi singular postura: "Esforzada tesis la del autor citado que, sin embargo, hace distinciones que la Ley no contempla". Aunque más adelante añade "que la dificultad del problema nace de los patentes defectos de la reforma de 1970, imposible de encajar en la restante normativa sucesoria del Código civil". Precisamente lo que yo pretendía era articular la reforma en el Código civil fundado en la interpretación.

(32) *Las limitaciones a la facultad de disponer*, Madrid, 1974, vol. I, pp. 512 y ss.

los padres hubiere muerto, la legítima recaerá toda en el sobreviviente (art. 810, párrafo 1.º). El párrafo 2.º de este artículo no juega en esta clase de adopción, pues entiendo que los padres, abuelos y bisabuelos del adoptante no están llamados por el artículo 179, párrafo penúltimo, a la herencia del hijo adoptivo del adoptante, no están designados como legitimarios del mismo y no lo están, porque la familia tradicional se perpetuaba por la procreación matrimonial y no por la procreación extramatrimonial, aunque fuese concubinaria, ni por la adopción, que sólo generaban una filiación artificial entre el padre y el hijo y los descendientes de éste, pero que no se extendía a los ascendientes ni otros parientes del adoptante, de quienes no eran legitimarios ni herederos *ab intestato* (33) y a quienes no podían pedir alimentos. La reciprocidad impera en esta sucesión inversa a la del hijo adoptivo como sucesor de su padre adoptante y del mismo modo que no hay parentesco entre el hijo adoptivo y la familia natural del padre adoptante y así lo proclamó expresamente el artículo 176 de la Ley 7 de 1970; la adopción no causa parentesco “respecto a la familia del adoptante”, estableciendo lo contrario por dos meses la redacción que dio a este artículo la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, “La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y **la familia del adoptante**”, artículo que suprimió la Ley 30 de 7 de julio de 1981, que restableció la Ley 13 de 24 de octubre de 1983 hasta que entró en vigor la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, que regula actualmente la tutela y que olvidó ese parentesco artificial y sin sentido jurídico como un producto de opio jurídico y cuya lectura sonroja (34).

Los hijos naturales del hijo adoptado plenamente, si concurren con los padres adoptantes o con uno de ellos, tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia y si concurre además el viudo, como éste tiene derecho a la tercera parte de la herencia en usufructo y como la suma de $1/2 + 1/3 + 1/4$ es más de la unidad herencia, suma $13/12$, ese doceavo de exceso lo soporta la legítima del hijo natural recibiendo ese doceavo en nuda propiedad (art. 841 redactado por la Ley de 24 de abril de 1958).

La sucesión intestada se rige por los artículos 936 y 942, según la redacción primitiva del C.c.

(33) Que este era el sentido de nuestro Código civil hasta la reforma de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 lo evidenciaba el artículo 943 de la primera edición del Código civil. “El hijo natural y el legitimado (por concesión real, claro es) no tienen derecho a suceder abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que los haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado”.

(34) De esto ya me he ocupado en otra parte de este trabajo y también de ponderar el considerando 4.º A y B de la sentencia de 23 de mayo de 1991.

e. *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo en su familia de origen.*

Las designaciones forzosas *mortis causa* que hacen los artículos 807, 808 y 840 de los legitimarios de los ascendientes, entre los que están los hijos adoptivos y las designaciones *ab intestato* de los artículos 930 a 934 y 942, no han sido derogadas expresa ni tácitamente por la Ley 7 de 1970, conservando los hijos adoptivos sus derechos sucesorios en su familia de origen ya que la adopción no los había hecho incompatibles.

f. *Derechos sucesorios de los parientes por naturaleza en la herencia del hijo adoptivo.*

El párrafo último del artículo 179 regula así la cuestión: “Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil”. En rigor este precepto a los parientes por naturaleza de hijo adoptado que priva plenamente de derechos sucesorios son a los ascendientes y colaterales, no a los descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio o por concesión real y a los naturales reconocidos del hijo adoptado, de suerte que los ascendientes por naturaleza quedaban privados de su legítima, quedando excluidos de la designación *mortis causa* que como legitimarios les hacen los artículos 807-2, 809 (según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958) 810 y 841 (redactado según esta última Ley) y de la designación como herederos intestados que les hacen los artículos 935 a 939, de los ascendientes y los artículos 944 a 951, 954, según la redacción dada por el Decreto-ley de 13 de enero de 1928, de los colaterales.

El artículo 812 no es un caso de *mortis causa capio*, es decir, de una adquisición por causa de muerte sin denominación conocida o que no deriva de un negocio jurídico *mortis causa distinto de los normales* de herencia, legado o fideicomiso, según el Digesto 39, 6, porque si bien no tenía ni tiene denominación conocida, no deriva la adquisición directamente de un negocio jurídico, sino de la ley, se trata de un legado legal, mas el legado legal es muy discutible que sea un legado, ya que no deriva de un testamento, sino de la ley, de ese artículo del C.c. Se trata de una adquisición *mortis causa* por ministerio de la ley a título singular análoga al legado y fundada en el artículo 609, párrafo 2.º, inciso 1.º. Y no hay razón para incluirla en los derechos sucesorios de negocio jurídico expreso, sucesión testamentaria o tácito, sucesión intestada.

B. Los derechos sucesorios en las adopciones simples abiertas durante la vigencia de la Ley (35).

Los regula el párrafo 3.º del artículo 180: "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural".

El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que el hijo natural en la misma cuota, es decir, la ley lo considera y le da el tratamiento a efectos sucesorios de un hijo natural, si es único y si hay otro u otros hijos naturales, de un hijo natural más y lo mismo si concurre sólo con hijos legítimos o además con hijos naturales; mientras que el padre adoptante ocupa una posición equivalente al padre natural, es decir, no es un legitimario igual que el padre natural, como si fuese un padre natural más, con quien comparta la misma cuota legitimaria, sino un legitimario cuya cuota se mide por la del padre natural, pero recae en otra cuota de la herencia distinta.

El párrafo 3.º del artículo 180 modificó el artículo 807 párrafo último, según la redacción que le dio la Ley de 24 de abril de 1958, en el sentido de agregar a la designaciones de legitimarios que hace a los hijos adoptados simplemente y al padre o madre de éstos.

Expuesta esta diferencia en la legítima del hijo adoptivo y la del padre adoptante como previa, vamos a examinar separadamente los derechos sucesorios en la adopción simple, según la Ley 7 de 4 de julio de 1970.

a. Los derechos sucesorios del hijo adoptado y de sus descendientes legítimos derivados de la adopción simple.

La legítima se rige por los artículos 840, 841, 842 y 843, salvo el 841 redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, los demás según el texto primitivo del C.c., invocados por el párrafo 3.º del artículo 180.

Cuando concorra con hijos legítimos solos o también con hijos naturales, su legítima será la mitad de la del hijo legítimo menos mejorado en el tercio destinado a ese fin (art. 840).

Concurriendo con ascendientes legítimos, su legítima será la cuarta parte de la herencia, que compartirá en su caso con los demás hijos naturales, pudiendo recibir una parte de herencia en nuda propiedad, 1/12, mientras subsista el usufructo de viudo o viuda, si sobrevivió al adoptante, su esposo (art. 841).

(35) Una exposición más amplia de los derechos sucesorios en las adopciones simples puede verse en mi artículo últimamente citado, pp. 536 a 539.

Si es heredero único, su legítima es la tercera parte de la herencia y en caso de concurrir con otros hijos naturales o adoptados simples la compartirá con ellos (art. 842).

Si el hijo adoptado simplemente premuere a su padre o madre y tiene hijos o descendientes legítimos, éstos son designados indirectamente legitimarios, o sea, que representan a su padre en la herencia del padre adoptante de éste (art. 843).

La sucesión intestada se rige por los artículos 939 a 942 del texto primitivo del Código civil invocados también por el artículo 180 y por el 943.

Si concurren con descendientes o ascendientes legítimos e hijos naturales o legitimados por concesión real o sin éstos, los hijos adoptivos simples sólo percibirán su legítima, o sea, la de los artículos 840 y 841 (art. 942).

En toda la herencia, si es único o concurren con otros hijos adoptivos simples, naturales o legitimados por concesión real están designados directamente herederos intestados y sucederán por partes iguales, por cabezas o derecho propio (art. 939). Si concurren con los descendientes legítimos de cualquiera de aquéllos o suceden sólo los descendientes, heredarán los hijos por cabezas y los descendientes por estirpes, por el derecho de representación, ya que están designados indirectamente, a través de sus padres o ascendientes (arts. 940 y 941).

El hijo adoptado simplemente no tiene derecho a suceder abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo haya adoptado (art. 943).

b. *Los derechos sucesorios del padre adoptante.*

Ya hemos visto que la legítima de los padres adoptantes no recae sobre la misma cuota que la de los padres naturales, aunque sea igual cuantitativamente, pues la posición de aquéllos no es igual, sino equivalente a la de los padres naturales (art. 180) y la legítima de los padres de hijos naturales reconocidos la regulaba el 846 que los designaba legitimarios en estos términos nada claros dada la variabilidad de la legítima de los hijos naturales según los distintos supuestos: “El derecho sucesorio que la ley da a los hijos naturales pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre o madre naturales”. Para nosotros la reciprocidad entre padres e hijos naturales la regulaba el artículo 841, según lo redactó la Ley de 1958 y era la cuarta parte de la herencia.

El padre o la madre adoptantes son los herederos intestados del hijo adoptado simplemente muerto sin posteridad legítima o reconocida por él ni adoptiva, quienes le heredarán por partes iguales, si ambos le adoptaron y le sobreviven o por entero, el que lo adoptó o el que le sobrevivió (art. 944 del texto primitivo del C.c. al que se remite el 180).

c. *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo en su familia de origen.*

El silencio en este punto de la Ley 7 de 4 de julio de 1970 implica que no se han modificado, o sea, derogado expresa o tácitamente, las designaciones forzosas e intestadas que los pertinentes artículos del Código civil (807 y preceptos complementarios y concordantes y 930 y ss.) hacen al adoptado en la sucesión a sus parientes en línea recta descendente o ascendente y en la colateral, conservando sus derechos sucesorios como si no hubiese sido adoptado.

d. *Los derechos sucesorios de la familia de origen en la herencia del hijo adoptivo.*

Hay que excluir a los descendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge viudo, que es la familia natural del hijo adoptivo, pero no integran su familia de origen, hay que referir los derechos legitimarios a los ascendientes y en la sucesión intestada, además de a éstos a los colaterales dentro del cuarto grado. Los ascendientes legítimos serán legitimarios del hijo adoptado simple en defecto de descendientes legítimos y en concurrencia con los hijos naturales y sus descendientes y los ascendientes naturales en defecto de hijos legítimos o naturales (arts. 807 a 810). Los ascendientes serán herederos intestados del mismo en defecto de descendientes legítimos. En defecto de ascendientes están designados herederos intestados los hermanos y los hijos de éstos en defecto de sus padres designados indirectamente a través de ellos o por derecho de representación, en su defecto en aquella época, el cónyuge viudo y en su defecto los colaterales de tercer grado, a falta de éstos los de cuarto grado, y faltando estos parientes el Estado, de acuerdo con los artículos 930 y ss. del C.c.

C. Los derechos sucesorios de las adopciones otorgadas al amparo de la Ley 7 del 70 después de la entrada en vigor de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, que los modificó.

a. *Adopciones plenas.*

El artículo 179 de la Ley 11 del 81 confirió los mismos derechos sucesorios al hijo adoptado plenamente que a los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales tanto en las legítimas como en la sucesión intestada, en estos términos: "El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocupan en la sucesión del hijo adoptivo y sus des-

endientes la posición de los ascendientes. Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812". La filiación adoptiva plena, según el artículo 108, surte los mismos efectos que la matrimonial y no matrimonial, conforme a las disposiciones de este Código, que, según hemos visto, como todas la filiaciones crea un vínculo entre el padre o la madre adoptante y el hijo o hija adoptada, pero no entre el adoptado y sus descendientes de una parte y la familia natural del adoptante, de otra, porque el acto jurídico de la adopción vincula a adoptante y adoptado y no a éste con la familia del adoptante, la cual no está comprometida en la adopción (36) y no existe esta razón ni la de la sangre, que para mí tampoco es suficiente, aunque lo sea para el "pedigree", para la genealogía animal, no lo es para crear el parentesco entre la familia del padre natural y el hijo reconocido, aunque el reconocimiento vincule filialmente al padre y al hijo natural.

La equiparación plena de los hijos adoptivos a los matrimoniales y extramatrimoniales juega para las adopciones otorgadas, vigente la Ley 7 de 1970, cuya apertura tenga lugar después de la entrada en vigor de la Ley 11 del 81, de acuerdo con lo dispuesto en su disposición transitoria octava: "Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se registrarán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación", la cual es acorde con la disposición transitoria 12 del C.c.

El artículo 179 fue derogado por la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, conforme a lo dispuesto en su artículo segundo que derogó los artículos 172 a 180 inclusive dándoles nueva redacción y en el contenido de ninguno de ellos se alude y menos aún se regula, ningún derecho sucesorio de los hijos adoptivos tanto simples como plenamente, a diferencia de lo que ocurría en las leyes anteriores, si bien en su artículo tercero dispone: "En el texto del Código civil y demás disposiciones legales, la llamada «adopción plena» se entiende sustituida en lo sucesivo por la adopción que regula esta Ley", pero esta ley no regula los derechos sucesorios derivados de la misma, aunque los presuponía, así el artículo 178-1 dice que "la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior", lo que parece presuponer la constitución de los mismos entre adoptante y adoptado y el 179-1 en caso de pérdida de la patria potestad por haber incurrido en causa de privación de la mis-

(36) Como ya hemos dicho, esta Ley 11 de 1981 en su artículo 176 la estableció por dos meses, pues la 30 del mismo año la suprimió y la que regulaba la tutela, la Ley 13 de 24 de octubre de 1983, la restableció durante poco más de cuatro años, hasta que la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987 la derogó. Aunque este parentesco sin base jurídica establecido por esa Ley "parralera" choca abiertamente con el articulado de nuestro C.c. y, repito otra vez más, que no tuvo nunca vigor por esta razón jurídica.

ma dispone que “quede excluido de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias”, lo cual parece implícito a la concesión de unos derechos sucesorios al adoptado plenamente, como eran los de hijo o descendiente, mas el hecho de que la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987 los presuponga, no los regule y guarde silencio se debe a que la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, los regula expresamente en el artículo 108, que dispone que la filiación matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva plena surtan “los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código” evitando repeticiones, que antes de la equiparación de las filiaciones no lo eran.

Las sucesiones de las adopciones plenas otorgadas conforme a la Ley 7 de 4 de julio de 1970, abiertas después de entrar en vigor la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, se regirán por esta última Ley, según dispone la repetida disposición transitoria octava de la misma, teniendo efecto retroactivo.

b. *Adopciones simples.*

El régimen sucesorio de las adopciones simples, así llamadas por la Ley 7 de 4 de julio de 1970, estuvo en vigor solamente en cuanto a las adopciones otorgadas y abiertas vigente la misma y estaba contenido en el artículo 180, pero también fue modificado por Ley 11 de 1981 en estos términos: “Adoptante y adoptado carecen entre sí de derechos legítimos y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas. En la sucesión intestada el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes”. Esta modificación tuvo una vigencia de poco más de seis años, pues el artículo 180 fue derogado por la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, que dio nueva redacción, conforme a lo dispuesto en su artículo segundo, al “capítulo V, del título VII del libro I del Código civil, que comprende los artículos 172 a 180 inclusive, quedará redactado bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores» con el siguiente contenido” y ni el artículo 180 ni ninguno de los otros redactados nuevamente se refiere a los derechos sucesorios de los hijos adoptivos simples, cuya Ley entró en vigor el 7 de diciembre de 1987 y los derechos sucesorios de las adopciones simples otorgadas entre el 8 de junio de 1981 y el 1 de diciembre de 1987 se rigen por los dos últimos párrafos de ese artículo 180 cualquiera que sea la fecha en que se abra la sucesión, ya que actualmente no pueden constituirse adopciones simples, porque no están reguladas en nuestro Derecho positivo. Este es el sentido de la disposición transitoria segunda de

la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, que insertó los artículos vigentes hoy del C.c. en materia de adopción y que abolió sin retroactividad, que congeló, las adopciones reguladas en el primer texto de dicho Cuerpo legal, las menos plenas de la Ley de 24 de abril de 1958 y las simples de las Leyes 7 de 4 de julio de 1970 y 11 de 13 de mayo de 1981, cuya disposición dice: “Las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley, si para ello cumplen los requisitos regulados por la misma”. Omite las adopciones reguladas por el texto primitivo del C.c., que no eran adopciones plenas, porque pensaría que ya no se abriría ninguna sucesión otorgada al amparo de aquellos artículos, ya que el adoptante tendría como mínimo casi 75 años, pero que en todo caso los derechos sucesorios que concedía el artículo 177 no eran los propios de los legitimarios y hay que entroncarlas con las adopciones simples o menos plenas, que salvo en las simples otorgadas al amparo de la Ley 7 de 1970 tampoco los conferían al adoptado.

Las adopciones simples hechas al amparo de la Ley 7 de 4 de julio de 1970, durante la vigencia de las disposiciones sucesorias de su artículo 180, la legítima era la misma que la de los hijos naturales reconocidos y en la sucesión intestada tenían los mismos derechos que éstos en los términos que he expuesto anteriormente (37) y los derechos sucesorios de los hijos adoptados simples al amparo del 180 de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 se rigen por los dos últimos párrafos del artículo 180 de esta Ley, que les suprime los derechos legitimarios y en la sucesión intestada los llama después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales, excluyendo el hijo adoptivo o sus descendientes y al adoptante o adoptantes.

Las adopciones sujetas al articulado primitivo del C.c., las menos plenas de la Ley de 24 de abril de 1958 y las simples de la Ley 7 de 4 de julio de 1970 y las simples regidas por el artículo 180 de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 están congeladas.

IV. Los derechos sucesorios de la adopción en la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y en la leyes que la modificaron en esta materia

Esta Ley ha modificado los derechos sucesorios en la adopción plena y en la simple en los artículos 108, 176, párrafos 1.º y 2.º, 179 y 180 párrafos penúltimo y último en la disposición transitoria octava en estos términos:

(37) III-B-a.

“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por *adopción*. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la *adoptiva plena*, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código” (108).

“Corresponde al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante” (176, párrafos 1.º y 2.º).

“El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos y descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812” (179 de la sección “De la adopción plena”).

“Adoptante y adoptado carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas”.

“En la sucesión intestada el hijo adoptivo y sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes” (180 de la sección “De la adopción simple”, párrafos penúltimo y último).

“Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se rigen por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación” (disp. transitoria octava).

El artículo 176 tuvo en principio dos meses de vigencia, “suprimido”, según expresión chocante por violenta y extraña al Derecho del artículo segundo de la Ley 30 de 7 de julio de 1981. Lo restableció la Ley 13 de *Reforma del código en materia de tutela* de 24 de octubre de 1983 así: “El artículo 176 del Código civil quedará redactado conforme al texto del mismo que fue aprobado por la Ley 11/1981 de 13 de mayo”. Este artículo fue derogado por el segundo de la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987: “El capítulo V del título VII del libro I del Código civil, que comprende los artículos 172 a 180 inclusive, quedará redactado, bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores», con el siguiente contenido: “Ese parentesco que se pretendió crear con una ley huera, sin ningún fundamento jurídico, como he expuesto, ha desaparecido de la letra de la ley afortunadamente, ya que en su espíritu nunca anidó.

También derogó los artículos 179 y 180, aunque el contenido del párrafo 1.º del artículo 179 está comprendido en el 108 y el del párrafo últi-

mo en el número 1 del 178 de la Ley 21 de 1987, con las excepciones del número 2.

A. Adopciones plenas.

Las adopciones plenas en materia sucesoria se rigen por el artículo 108, cuya filiación adoptiva produce entre el padre o padres adoptantes y el hijo adoptado y sus descendientes los mismos efectos que la filiación matrimonial y se rige por los artículos 807 y siguientes y concordantes en cuanto a las legítimas, 930 y siguientes respecto a la supletoria sucesión intestada y 915 a 919 para insistir en que no es computable como parentesco, porque no hay relación jurídica entre los ascendientes, descendientes y colaterales del adoptante y el adoptado por la cadena de las generaciones, ya que se trunca entre adoptante y adoptado, pues la relación de filiación adoptiva entre ambos no tiene base generacional, sino contractual o convencional y aunque el artículo 176 en su versión de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y en la Ley 13 de 24 de octubre de 1983, manipulando el Derecho como opio intentaron esa inverosimilitud, que atenta contra la realidad jurídica, hoy ya ha desaparecido de la letra del articulado del Código civil.

En el supuesto de que el hijo adoptivo se convirtiese a su vez en adoptante, entre el padre adoptante de éste y su hijo adoptivo no hay parentesco ni derechos sucesorios entre ellos.

Este régimen jurídico es aplicable a todas las adopciones plenas que se abran, vigente la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, cualquiera que sea la fecha de su constitución.

B. Adopciones menos plenas y simples.

El 180 reguló una adopción simple con distintos derechos sucesorios que los de la Ley 7 de 1970, para las adopciones otorgadas con arreglo a la Ley 11 de 1981 por imperativo de la disposición transitoria octava de la misma, ya que la disposición transitoria segunda de la Ley 21 de 1987 dice: "Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, ..." y las adopciones simples otorgadas, vigente la Ley 11 de 1981, se rigen por esta Ley, cualquiera que sea la fecha en que se abran de acuerdo con la segunda de la Ley 21 de 1987. Esta reforma obedecía a la referencia a los derechos sucesorios de los hijos adoptados y de sus padres, vigente la Ley 7 de 1970, que eran los mismos que los de los hijos naturales reconocidos y de sus padres que en la Ley 11 del 81 fueron equiparados a los que tenían antes los hijos legítimos y esa referencia, al menos, literalmente no podía hacerse por

remitirse a preceptos derogados y aunque pudieron concedérseles estos mismos derechos, era a base de crear unos nuevos legitimarios y no se hizo, se optó por privarles de las legítimas, sin dejarse clara la irretroactividad para no despojar de sus derechos a los adoptados simples al amparo de la Ley 7 de 4 de julio de 1970, pues aunque los derechos a la herencia del adoptante se adquieren con la aceptación por legítimo una vez abierta, pero están tutelados desde que tiene la cualidad, razón jurídica de la irretroactividad que nosotros defendemos. No obstante, se los designa herederos en la sucesión intestada con preferencia los parientes colaterales, siendo evidentemente muy débil esta compensación para que pueda imponerse la retroactividad del artículo 180 de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981. Estas adopciones menos plenas y simples chocaban con la fuerza de la Ley arrolladora de la familia arraigada y tradicional vivida por los españoles a la que había que desterrar, porque lo que se quiso proteger fue la adopción plena, donde la ficción de la igualdad de los hijos por naturaleza con los adoptivos se pretendió que fuese total y por eso fue la única que reguló la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987 de acuerdo con su artículo tercero: "En el texto del Código civil y demás disposiciones legales, la llamada «adopción plena» se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley", no pudiendo constituirse desde su entrada en vigor adopciones menos plenas ni simples.

SOBRE PRODIGALIDAD

JOSÉ GARRALDA VALCÁRCEL

Magistrado del Tribunal Supremo jubilado

La confluencia de las instituciones del Derecho Civil de familia recogidas en nuestro Código civil denominadas patria potestad y prodigalidad, entendemos que puede ocasionar situaciones de incertidumbre no fáciles de resolver según las normas de dicho texto legal, con garantía de los intereses de los hijos menores, y de aquí deriva la inquietud que motiva estas sencillas consideraciones, pues si la aplicación del Derecho al caso concreto siempre la realiza el jurista con sensibilidad, ésta se agudiza y extrema cuando los sujetos titulares de los derechos o situaciones sobre los que recaen dichos actos de aplicación son menores o incapaces, ya que la mira informante de todo el Derecho de familia es la protección de éstos y sus bienes.

Entendemos que la posibilidad de tales situaciones inciertas deriva esencialmente de la parca regulación que hace el Código civil de la prodigalidad, virtualmente desaparecida con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la configuración de las relaciones paterno filiales y la curatela, efectuada mediante dos leyes separadas (Leyes 11/1981 y 13/1983) promulgadas en diferentes momentos y en virtud de las cuales se modificó la regulación de dichas instituciones en el Código civil, que quizá de haberse realizado conjuntamente podrían haberse regulado con más armonía.

Y aunque parece llegado el momento de puntualizar el problema, bueno será recordar previamente los aspectos más genuinos de ambas figuras jurídicas.

Es notorio que la patria potestad es una facultad de los padres con respecto a sus hijos menores, que entraña muchas más obligaciones que derechos y que aquéllas se dualizan en dos campos nítidamente diferenciados tales como las de carácter personal (convivencia, alimentación y vestido, educación e instrucción y asistencia sanitaria) y las de índole patrimonial, esto es, la administración de los bienes del menor cuando los tenga; a su vez, no debe olvidarse que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos padres actuando siempre en beneficio de los hijos (arts. 156 y 154 del Código civil).

En cuanto a la prodigalidad, sabido es que el Código civil no contiene definición alguna de esta figura y su concepto ha sido elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, de cuyas declaraciones cabe entender como prodigalidad en sentido jurídico, aquella conducta habitual de una persona que malgasta su caudal con ligereza y desorden, poniendo en peligro injustificado su patrimonio en perjuicio de sus familiares más cercanos respecto de los cuales tiene obligaciones morales y jurídicas ineludibles. Esta situación, que en la redacción originaria del Código civil era determinante de sumisión a tutela, ha sido atenuada posteriormente (Ley 13/1983) para diferenciarla de la propia de los menores e incapaces, mediante la reactivación y establecimiento de la curatela (*cura prodigi* del Derecho romano), a cuyo régimen somete al pródigo, que deberá contar con la asistencia del curador para la realización de aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

Esto sentado, la inquietud nos surge por lo siguiente. Si la declaración de pródigo es claro que no está incluida entre las causas que extinguen la patria potestad enumeradas en el artículo 169 del Código civil, podrá darse el caso de un cónyuge incurso en prodigalidad y que ostenta la patria potestad en unión de su consorte, en las dos facetas personal y patrimonial aludidas y es respecto a esta última, naturalmente, donde surge el problema y la incertidumbre, pues entendemos que las limitaciones impuestas al pródigo y la consiguiente intervención del curador juegan sólo respecto de su propio patrimonio y para preservación del mismo en beneficio y garantía del derecho de posibles alimentistas, como se deduce de la consideración de que el hasta ahora artículo 294 del Código civil ya derogado y en la actualidad el artículo 757,5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo legitima para instar la declaración de prodigalidad al cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de *reclamárseles* y los representantes legales de cualquiera de ellos o en su defecto el Ministerio Fiscal,

como destinatarios del patrimonio que se quiere salvaguardar y garantía de la obligación alimenticia.

Esta situación es la que entendemos peligrosa y posiblemente atentatoria a los intereses patrimoniales de los hijos menores titulares de algunos bienes, pues si bien es cierto que los actos más dañosos, como serían los de disposición, están descartados por la necesidad de la autorización judicial, no se puede desconocer que también actos de mera administración realizados con descuido o riesgo pueden ser gravemente perjudiciales para la conservación y valoración de los bienes. Reconocemos que la necesaria intervención del otro cónyuge aminora la sospecha de riesgo, pero, por un lado, la vida nos enseña la frecuente fuerte influencia de un cónyuge sobre su consorte o la inhibición de estos asuntos por alguno de ellos y, por otro lado, no puede desconocerse la posibilidad de un cónyuge viudo declarado pródigo o casado en segundas nupcias con hijos menores de su matrimonio anterior y en estos dos casos el pródigo tendría la administración de los bienes de sus hijos menores sin la intervención de otra persona y no parece consecuente que quien no ofrece garantía para la correcta administración de su patrimonio se le encomiende la de los bienes de sus hijos menores.

Consideramos que es una prueba patente del recelo de riesgo en la administración de bienes que suscita quien ha sido declarado pródigo, lo dispuesto en el artículo 1.393-1.º del Código civil según la leve reforma del mismo efectuada por la Ley 1/1996, de 16 de enero, sobre Protección jurídica del menor y en virtud de la cual se introdujo entre las causas por las que puede la autoridad judicial, a solicitud de un cónyuge, declarar concluida la sociedad de gananciales, la declaración de pródigo del otro y ello pese a que la administración de ese patrimonio se realiza de forma conjunta por ambos cónyuges (art. 1.375 del C.c.).

Y, ¿es que la administración de los bienes de menores sujetos a patria potestad no merece cuando menos similar protección, dentro de su peculiaridad? Parece evidente que hemos de pronunciarnos sobre ello de modo afirmativo, pues si la ley se preocupa de propiciar un mecanismo para poner a salvo de una fundamentalmente temida dañosa administración, a los bienes gananciales, entendemos consecuente que, ante la imposibilidad del menor de acudir directamente a la vía judicial en demanda de protección de sus bienes, se estableciera en el Código civil un medio eficaz de protección de los bienes del menor, ante el acaecimiento de esa contingencia posible de la prodigalidad.

Todo esto nos parece que no cuadra correctamente con la mira esencial que impregna la institución de la patria potestad, cual es el beneficio y protección del menor y sus bienes y esta consideración es la que nos impulsa a tratar de buscarle una solución al problema valiéndonos de

los medios que pueda proporcionarnos el Derecho vigente o auspicando alguna reforma del mismo.

En el Derecho vigente sólo encontramos como cercano a la cuestión estudiada el artículo 167 del Código civil, mas, sin embargo, entendemos que no soluciona el tema que nos ocupa, pues contempla un supuesto de mal proceder de ambos padres en la administración. Tiene la medida un carácter ocasional no acorde con una situación estable y requiere proceso judicial, con la demora y gastos consiguientes que incluso pueden gravar al menor. Por ello, opinamos que la solución ha de venir por vía legislativa estableciéndose que en caso de prodigalidad de uno de los padres pasara al otro cónyuge la administración exclusiva de los bienes pertenecientes a los hijos menores comunes y de no haber otro cónyuge, que el declarado pródigo necesite también la asistencia del curador en la administración de dichos bienes para los mismos casos establecidos en la sentencia declarativa de la prodigalidad.

A tal fin podría modificarse el artículo 167 del Código civil añadiendo a su actual redacción un nuevo párrafo cuyo texto podría ser: “Declarado pródigo un cónyuge, la administración pasará al otro y de no haberlo será asistido por su curador en los mismos supuestos fijados en la sentencia”. La reforma que propugnamos se estima coincidente con la línea legislativa que inspira este artículo, es decir, la salvaguarda del patrimonio del hijo menor, tanto de una mala administración acreditada como de un presumible deficiente desempeño de la misma por la sospecha derivada de la prodigalidad declarada.

NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DE LAS SUSTITUCIONES PUPILAR Y EJEMPLAR EN EL DERECHO COMÚN

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ LAO

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil

de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** CONCEPTO. **A.** Sustitución pupilar. **B.** Sustitución ejemplar. **II.** ANTECEDENTES HISTÓRICOS. **A.** Derecho Romano. **B.** Partidas. **C.** Proyecto de Código civil de 1836. **D.** Proyecto de 1851. **E.** Anteproyecto de 1882-1888. **F.** Ley de Bases. **G.** Conclusión. **III.** FUNDAMENTO. **IV.** NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO. **A.** Ideas previas. **B.** Tesis que se mantienen: sus enunciados. **a.** *Argumentos en pro del testamento sustitutorio y sus críticas.* **b.** *Conclusión.* **c.** *Razones que avalan la tesis de la sustitución y sus críticas.* **d.** *Conclusión.* **C.** Jurisprudencia. **D.** Postura adoptada. **V.** CONCLUSIONES.

Introducción

Probablemente los artículos 775 y 776 de nuestro Código civil resulten de los menos claros y fáciles de interpretar.

Las dificultades comienzan con el estudio de los antecedentes de las llamadas sustituciones pupilar y ejemplar, reguladas, respectivamente, por los artículos citados; ¿obedecen hoy día, dichas sustituciones, a la misma finalidad que antaño?, ¿producen los mismos efectos?, ¿sus presupuestos de aplicación son idénticos? (1). Estas son varias de las preguntas que habremos de contestar para poder establecer la regulación jurídica actual de estas dos figuras en nuestro Derecho.

Otro de los problemas fundamentales de dichas sustituciones es el de su naturaleza jurídica. De la postura que se adopte (2) dependerá el que sean unas u otras sus consecuencias jurídicas.

En este trabajo, además, nos vamos a plantear la importante cuestión, íntimamente relacionada con la anterior, de la extensión objetiva de las sustituciones pupilar y ejemplar. Si se consideran éstas como testamento sustitutorio, es decir, como un testamento del impúber o incapaz realizado por el ascendiente, éste, el sustituyente, puede disponer de todos los bienes del sustituido, no sólo de los que le dejó a éste, sino también de los que el impúber o incapaz tuviera de distinta procedencia. Así, el sustituto se constituirá en sucesor universal, como continuador, se puede decir, de las personalidades del testador y del impúber o incapaz.

En cambio, si se adopta la tesis estricta, la de la sustitución, ésta sólo puede comprender los bienes en que el ascendiente-sustituyente hubiese instituido al sustituido, excluidos los que a éste le corresponden como legítima de aquél.

Por último, para concluir con estas ideas previas, señalaremos que estas dos instituciones, las sustituciones pupilar y ejemplar, en una gran medida están anticuadas y en desuso (3), su importancia actual es limitada, y algunos Códigos modernos ni siquiera las regulan (4), pero ello no

(1) De las respuestas que se den a estas y otras cuestiones se esgrimirán, por unos autores, argumentos en pro de sus tesis acerca de la naturaleza jurídica y objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar, y por otros, refutaciones o críticas a las tesis contrarias.

(2) Tradicionalmente son dos las posturas que nuestra doctrina científica mantiene acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar. Una, amplia, según la cual estas sustituciones constituyen realmente un testamento sustitutorio, y otra, estricta, para la que sí son verdaderas sustituciones.

(3) Con excesiva exageración, no justificada, cree MANRESA *-Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. I, 8.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1973, p. 214— que la sustitución pupilar en el Derecho moderno es una institución anacrónica y sin finalidad práctica.

(4) En efecto, Códigos como el alemán, suizo, francés, italiano, mejicano y argentino no admiten estas sustituciones; sí lo hacen el portugués y el austriaco. Pero debemos hacer notar

es obstáculo para que se haga su construcción jurídica, habida cuenta de que siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Es más, frente a posibles defensores de su desaparición, como observa ALBALADEJO (5), el fin que se proponen estas sustituciones las justifica, fin que no es sino suplir la falta de capacidad legal del impúber (menor de catorce años), o de capacidad natural del incapaz, para testar.

Además, el poco uso actual de estas sustituciones (6) no lo implica para el futuro. La evolución social futura puede ir por derroteros muy diferentes, ya que, a fin de cuentas, los inconvenientes de estas sustituciones no son mayores que sus ventajas (7).

I. Concepto

A. Sustitución pupilar.

En base al artículo 775 de nuestro Código civil (*“Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”*), se puede decir que la sustitución pupilar consiste en el nombramiento de sustituto, hecho por los padres o ascendientes a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Pero este concepto legal de la sustitución pupilar es objeto de matizaciones por la doctrina, dependientes de la postura que se adopte en cuanto a su naturaleza jurídica y extensión objetiva.

Así, para los mantenedores de la teoría de que la sustitución pupilar es un testamento sustitutorio en el que se hace una disposición comprensiva de todos los bienes del menor de catorce años, aquélla es “el nombramiento de heredero hecho por el titular de la patria potestad al hijo sometido a la misma, para el caso de que muera sin alcanzar la edad de testar” (8), o “un testamento del descendiente ordenado por el ascen-

que los Códigos que no las regulan consideran la sucesión legal o intestada como la normal u ordinaria. Por ello, están de más estas dos sustituciones que, obviamente, pretenden evitar la sucesión intestada, al menos en parte, dependiendo de la naturaleza que se les dé. *Vide* ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. I, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 475.

(5) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2.º, Ed. RDP, Madrid, 1984, p. 55.

(6) Desuso de las sustituciones pupilar y ejemplar que es predicable de la primera, no así de la segunda, que sigue siendo objeto de tratamiento en la práctica jurídica. *Vide* RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, t. II, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 26.

(7) *Vide* ALBALADEJO, ob. cit., p. 56.

(8) ALBALADEJO, ob. cit., p. 48; concepto referido al Derecho romano pero extensible al nuestro, según su autor, en lo que ahora nos importa de **nombramiento de heredero al des-**

diente" (9), o, por último, "consiste en que, por derogación de la regla de que el testamento es acto personalísimo que sólo lo puede realizar el propio interesado, se autoriza a que los padres y demás ascendientes puedan hacerlo por sus descendientes menores de catorce años para el caso de que mueran antes de llegar a esta edad, que es la necesaria para poder testar" (10).

En cambio, para los partidarios de la teoría de que la sustitución pupilar es una verdadera sustitución, que comprende sólo los bienes que deje el ascendiente al descendiente, excluidos los que a éste le correspondan como legítima, sus definiciones pasan inequívocamente por el concepto legal del artículo 775 del Código civil.

B. Sustitución ejemplar.

La sustitución ejemplar o cuasipupilar (ejemplar, porque fue establecida a ejemplo, imagen y semejanza de la pupilar (11); cuasipupilar, porque en su naturaleza y efectos es igual que la pupilar) es regulada por el Código civil, aunque no le dé dicho nombre, en su artículo 776:

"El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón".

En vista de dicho artículo, puede ser definida como la sustitución que puede ordenar cualquier ascendiente, al nombrar sustituto a su descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental (12).

endiente, no así en lo que afecta al requisito de la patria potestad para poder ordenarse tal nombramiento.

(9) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1932, p. 147. Porque mediante esta sustitución el ascendiente da heredero al hijo o descendiente y dispone de sus bienes (los de éste).

En el mismo sentido, dice PUIG PEÑA *-Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. 1.º, 2.ª ed., Ed. RDP, Madrid, 1974, p. 462-, "en realidad más que el nombramiento de un sustituto la designación que allí se hace (se refiere al art. 775 C.c.) es la de heredero del menor... El denominado impropriamente sustituto no es, pues, en estos casos sino un heredero del menor designado por el ascendiente del mismo".

(10) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. V, *Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 262.

(11) *Vide infra*, II.A.

(12) Al igual que dijimos para la sustitución pupilar, los defensores de la teoría del testamento sustitutorio definen la ejemplar como nombramiento de heredero hecho por el ascen-

Relacionando esta sustitución con la pupilar, se puede mantener, como muy acertadamente ha expresado DE BUEN (13), que, “en realidad, la sustitución pupilar y la ejemplar en vez de dos sustituciones distintas son dos manifestaciones de una sola institución. Las dos responden a esta misma idea: nombrar sustituto para el caso de que una persona instituida muera sin poder hacer testamento. Sólo varían en lo que se refiere a la causa de esta imposibilidad: en una es la falta de capacidad para hacer testamento por no tener la edad necesaria [**menor de catorce años (art. 663, 1.º C.c.)**]; en la otra es la misma falta de capacidad por demencia (**art. 663, 2.º C.c.**)” (14).

Por esto, por ser (las sustituciones pupilar y ejemplar) dos manifestaciones de una misma institución, participan de la misma naturaleza jurídica y las mismas consecuencias; así, todo lo que se diga en adelante de una, valdrá para la otra, excepto las salvedades inherentes a sus distintos presupuestos de hecho.

II. Antecedentes históricos

Los antecedentes históricos de las sustituciones pupilar y ejemplar constituyen un punto importantísimo de referencia para atisbar cuál es la actual construcción jurídica de estas sustituciones.

A. Derecho Romano.

La sustitución pupilar deriva en Roma, originariamente, no de una disposición legislativa, sino de la costumbre (15); está reconocida, según BIONDI (16), por la más antigua *interpretatio prudentium*, y se halla vinculada, en sus inicios, a los caracteres de la antigua familia agnaticia (17).

diente a su descendiente mayor de catorce años, legalmente incapacitado por enajenación mental. Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., p. 262; PUIG PEÑA, ob. cit., p. 473; CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., p. 152.

(13) DE BUEN, voces “Sustitución”, “Sustitución directa”, “Sustitución pupilar” y “Sustitución ejemplar”, en *Enciclopedia Jurídica Española* Seix, t. XXIX, pp. 158 y 159.

(14) Lo marcado con negrita es mío.

(15) Dice ULPIANO (Digesto 28,6,2,pr.): “*Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim; quod sic erit accipiendum, si sint in potestate*”. O lo que es lo mismo: “Se ha admitido por la costumbre que cualquiera puede hacer testamento por sus hijos impúberes, por los varones hasta alcanzar los catorce años, por las hembras hasta que lleguen a los doce, lo que ha de entenderse siempre que estén bajo la patria potestad” (Trad. por D’ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO).

(16) BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. de M. Fairén, Barcelona, 1960, p. 268.

(17) FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Gráficas E. Sánchez, Madrid, 1978, p. 490.

Quizá su origen se halle en el hecho de que el *filius* impúber no podía ser heredero, y si sólo la *pubertas* daba la condición de *heres* al *filius*, se tomó como práctica que el *paterfamilias* nombrase un heredero al propio hijo impúber, para el caso de que éste muriese antes de alcanzar la pubertad, y, consiguientemente, cuando todavía tampoco podía testar. “De este modo, es decir, haciendo testamento el *paterfamilias* en lugar del *filius*, se evita la apertura de la sucesión *ab intestato*, a lo que se llegaría si muriera el último en un estado respecto del cual no es consentida la *testamenti factio activa*” (18).

Responde, sin duda, esta sustitución, al igual que todas las demás, a la preocupación de favorecer y asegurar por todos los medios la sucesión testamentaria.

En Derecho romano era cuestión capitalísima que hubiese un heredero que aceptara la herencia, por ello era preciso multiplicar los llamamientos para que, en definitiva, hubiese alguno que recogiese la sucesión; de igual forma, también era menester librar al descendiente bajo potestad, que no podía hacer testamento, de la ignominia de morir intestado.

Ahora bien, la sustitución pupilar en Derecho romano presupone la *patria potestas* en quién la ordena (19). Es, pues, la intensidad, la omnipotencia de la patria potestad entre los romanos, y la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada, lo que explica jurídicamente la sustitución pupilar (20).

En cuanto a la forma de ordenarse la sustitución, ésta se podía hacer de dos modos (21): o en el mismo testamento el *paterfamilias* instituye al *filiusfamilias* impúber y lo sustituye con un tercero; o haciendo dos testamentos distintos (22), uno por sí y otro en nombre del *filiusfamilias*, instituyendo heredero en el primero al *filiusfamilias* o a un tercero, y, en el segundo (23), nombrando un heredero al *filiusfamilias*.

(18) IGLESIAS, *Derecho Romano*, 10.^a ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1990, p. 608.

(19) Refiriéndose a la sustitución pupilar, dice ULPIANO (D. 28,6,2,pr.): “Lo que ha de entenderse siempre que estén bajo la patria potestad”.

(20) GARCÍA BERNARDO, “Apuntalamiento de la sustitución ejemplar”, en *RDN*, julio-diciembre 1972, pp. 48 y 49.

(21) BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, 3.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1965, p. 622.

(22) Se admite la posibilidad de otorgar dos testamentos en la época clásica, pero el que contiene la sustitución sólo es eficaz si no resulta inválido el principal, es decir, aquél por el que se nombra heredero para sí. Si el pater no hace testamento para sí, no puede hacerlo para el impúber, porque el testamento pupilar es una secuela del testamento paterno, de suerte que, si el testamento del padre no vale, tampoco valdrá el del hijo; *vide* IGLESIAS, ob. cit., p. 608.

(23) Aunque para los jurisconsultos sabinianos era preferible considerar único el testamento, si bien con dos herencias (FUENTESECA, ob. cit., p. 491); de igual modo, ULPIANO parece preferir el criterio de unidad del *testamentum*, aunque con dos herencias: “El testador debe instituir primeramente un heredero para sí y después designar un sustituto para el hijo, sin invertir el orden de la redacción” (D. 28,6,2,4).

En lo atinente a sus efectos, el sustituto no sólo hereda los bienes procedentes del testador (24), sino también los que, por otra vía, adquirió el *filius* después de la muerte del *pater*, como podía ser la herencia recibida de otros parientes (25), o el llamado *peculium adventitium*, constituido por bienes adquiridos de la madre o, en general, de cualquier persona distinta del padre, o por industria o suerte. De aquí nace una diferencia esencial entre la sustitución pupilar y la vulgar (26), en ésta el sustituto sólo recibía los bienes del que hace la designación, era verdaderamente un heredero del que le nombraba, mientras que en aquélla, la pupilar, el sustituto era un heredero directo del impúber sustituido (27).

Por último, se debe advertir, como lo hace BONFANTE (28), que la sustitución pupilar parece cambiar de carácter al final del período clásico. De ser en origen una simple consecuencia de la patria potestad y una aplicación del derecho ilimitado del *paterfamilias* de designar el propio

(24) “*Ad substitutos pupillares pertinent, et si quae postea pupillis obvenierint; neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, quum et exheredato substituere quis possit, nisi mihi proponas, militem esse, qui substituit heredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae asse ad institutum pervenerunt*” (D. 28,6,10,5); “Pertenece a los sustitutos de los impúberes lo que éstos hubiesen adquirido después, pues el testador no nombró sustituto para sus bienes, sino para los del impúber, y puede incluso nombrar sustituto para un hijo desheredado, salvo que me pongas el caso de ser un militar quien nombró sustituto con la intención de que sólo pertenezca al sustituto lo que del testador hubiese llegado al instituido” (Trad. por D’ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO).

(25) TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Sociedad cooperativa Librería General, Zaragoza, 1987, p. 638.

(26) “Sin perjuicio de que, probablemente, en un principio la sustitución pupilar se separaba muy poco de la vulgar, y normalmente el *pater*, instituyendo heredero a un hijo impúber in potestate, le nombraba a continuación un sustituto para las dos hipótesis: la de que el hijo falleciese antes de llegar a adquirir la herencia, y la de que, sobreviviendo y heredando al testador, muriese impúber”, ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, 18.^a ed., Ed. RDP, Madrid, 1986, p. 836.

Es más, abundando en el tema, llevada la discusión, según refiere CICERÓN (*vide* IGLESIAS, ob. cit., p. 609, y FUENTESECA, ob. cit., pp. 490 y 491), a una célebre causa judicial, *causa Curiana*, acerca de la compatibilidad de las sustituciones pupilar y vulgar en un mismo instrumento, se llegó a admitir que la primera, la sustitución pupilar, llevaba implícita la segunda, la vulgar, es decir, que el sustituto pupilar heredaba no sólo en su hipótesis propia (cuando el sustituido sobrevivía y heredaba al testador pero moría impúber), sino también en el caso de que falleciese (el hijo sustituido) antes de llegar a adquirir la herencia.

Inclusive, el caso contrario también se admite en Roma, la sustitución vulgar implica la pupilar, si el testador instituye al hijo y le nombra un sustituto para el caso de que no llegue a ser su heredero, el sustituto sucede si el hijo entra en la herencia, pero muere siendo impúber (IGLESIAS, ob. cit., p. 610). Todo lo dicho se pone de manifiesto por MODESTINO en D. 28,6,4,pr.: “En virtud de una constitución de los emperadores Marco Aurelio y Vero, de consagrada memoria, aplicamos la regla de que cuando el padre nombra un sustituto del hijo impúber para un supuesto, se considera que lo nombró para los dos supuestos: tanto si el hijo no llegó a ser heredero como si habiendo llegado a serlo murió impúber”.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XIII, 5.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1943, pp. 570 y 571.

(28) BONFANTE, ob. cit., p. 622.

sucesor, pasa, más adelante, a inspirarse en un concepto de piedad y se considera como un acto que se cumple para el hijo mismo (29).

En cuanto a la sustitución ejemplar, su precedente se halla en particulares privilegios o concesiones que hacía el Príncipe en la época clásica (30), como se desprende de una respuesta de PAULO recogida en el Digesto (31). Posteriormente, JUSTINIANO consagra definitivamente esta forma de sustitución "*ad exemplum pupillaris substitutionis*", por lo que se la denomina también justiniana.

Mediante la sustitución ejemplar, cualquier ascendiente, masculino o femenino (32), podía nombrar sustituto a su descendiente loco (*furiosus*), para el caso de que éste muriese sin haber recobrado la razón.

A diferencia de la sustitución pupilar, en la ejemplar, por un lado, era requisito indispensable que el ascendiente instituyese como heredero a su descendiente *furiosus*, por lo menos en la cuota legítima; y, por otro, el sustituto había de ser descendiente del enfermo mental, en su defecto hermano o hermana de éste, y, en último término, un extraño.

Para concluir, la sustitución ejemplar, como ya hemos dicho, se crea a semejanza de la pupilar (por eso se denomina cuasipupilar), de ahí que se regule por remisión a ésta, y la estructura y efectos de ambas sean semejantes (33), pero aparte de las diferencias ya reseñadas, no existe unanimidad en la doctrina acerca del alcance de la ejemplar; así, mientras para unos autores (34), la sustitución ejemplar abarca tanto la herencia del ascendiente como la del *furiosus*, para otros (35) sólo se limita a la cuota legítima, y no a todos los bienes de este último.

(29) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., pp. 146 y 147. En otras palabras, si al principio el fundamento de la sustitución pupilar en Roma fue, como ya ha quedado dicho, la intensidad, la omnipotencia de la patria potestad, con el transcurrir de los años esa patria potestad va perdiendo poder, se va debilitando gradualmente, de modo que pasan a ser razones de humanidad, altruistas, de amor, las que la fundamentan. Es el cariño, el amor que profesa el padre al hijo el que le lleva a nombrarle sustituto pupilar, y evitarle así caer en la ignominia, según la concepción romana, de morir intestado.

(30) Vide, entre otros, IGLESIAS, ob. cit., p. 610; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., p. 838; BONFANTE, ob. cit., p. 624.

(31) D. 28,6,43.

(32) Por lo tanto, con independencia de que el ascendiente tuviese o no la patria potestad, como expresamente afirman ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., p. 838; IGLESIAS, ob. cit., p. 610; HERNÁNDEZ-TEJERO, *Lecciones de Derecho Romano*, 3.ª ed., Ed. Darro, Madrid, 1978, p. 338.

(33) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1957, p. 253. Para este autor, aunque la estructura y efectos de la sustitución ejemplar se modelaron sobre la pupilar, la finalidad de ambas era distinta: la de la pupilar era excluir el abintestato, la de la ejemplar impedir que la herencia del *furiosus* pasara al Fisco como herencia vacante por incapacidad de los herederos legítimos.

(34) IGLESIAS, ob. cit., p. 610; OSSORIO MORALES, ob. cit., p. 253.

(35) BONFANTE, ob. cit., p. 624.

B. Partidas.

Las leyes de Partidas trajeron a nuestro Derecho los principios que regían las sustituciones pupilar y ejemplar entre los romanos.

Se regulan ambas en la Partida VI, Título V, donde, en lo referente a la pupilar, se puede leer:

"... Otra sustitución y a, aque llaman en latín pupillaris, que quier tanto dezir, como establescimiento, que es fecho tan solamente al moço, que es menor de catorze años, o a la moça que es menor de doze años..." (36).

Consiste la sustitución pupilar, para el Código de Alfonso el Sabio, en la designación de un segundo heredero hecha por el padre que instituyó a un hijo impúber o lo desheredó (37), sometido a su patria potestad (38), para el caso de que sea heredero y muera antes de llegar a la pubertad (39). Se trata, pues, de un testamento que hace el padre por el hijo (40), testamento que es doble (41), porque se estima que el padre testa en su nombre y en el del hijo a quien sustituye pupilarmente.

En cuanto a su objeto, el sustituto pupilar hereda todos los bienes del impúber (42), tanto los procedentes del testador como los procedentes de otras personas (43); y la forma de ordenarse la sustitución puede ser expresa o tácita (44).

(36) Ley I, tít. V, Part. VI.

(37) Cabía también la posibilidad no sólo de que el padre instituyese heredero al hijo impúber, sino que lo desheredase nombrándole un sustituto pupilar, posibilidad que sólo podía tener lugar si el hijo impúber desheredado había cumplido los diez años y medio (L. VI, tít. V, Part. VI).

(38) El testador que establece la sustitución pupilar necesita hallarse en el pleno ejercicio de la patria potestad del hijo respecto de quien la ordena; *"... E fazen la los padres, a los fijos, e a los que descenden dellos, por la liña derecha: si fueren en su poder..."* (L. V, tít. V, Part. VI). Por ello, por ser requisito especial de la sustitución pupilar el que el testador tenga la patria potestad del impúber, es por lo que también podía ordenarla el ascendiente (no padre del menor) que la ejerciera.

(39) Como lo pone de manifiesto, no sólo la Ley I, sino también la V, VI y VII del tít. V, Part. VI.

(40) *"... E por estas razones, tal sustitución como ésta, es como otro testamento, que faze el padre al moço sobre dicho..."* (L. VII, tít. V, Part. VI).

(41) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, 2.ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, p. 654.

(42) *"... E heredara tal sustituto, como este todos los bienes del moço, onde quier que los aya..."* (L. VII, tít. V, Part. VI).

(43) Es excepción a esta regla, como pone de relieve SÁNCHEZ ROMÁN —ob. cit., p. 654—, el caso en que la sustitución pupilar esté ordenada por un adoptante en adopción plena o arrogante, en cuyo caso el sustituto sólo heredará los bienes del padre adoptante o arrogante, pero en los demás, propios del arrogado, se abrirá la sucesión intestada. L. IX, tít. V, Part. VI.

(44) Se entiende ordenada bajo una forma general tácita, de la sustitución vulgar expresa, cuando recae ésta sobre un hijo impúber constituido en la patria potestad y se llama al sus-

Respecto a la sustitución ejemplar, las Partidas dicen:

“E otra manera y a de sustitución que es llamada en latín exemplaris: que quier tanto dezir como establescimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E pueden lo fazer los padres, e los abuelos, a los que descenden dellos, quando son locos, o desmemoriados, establesciendoles, otros por herederos si murieren en la locura” (45), y *“Exemplar sustitución diximos que es aquella, que pueden fazer los padres e las madres a sus fijos que son locos, o sin memoria...”* (46).

Por lo tanto, es la sustitución ejemplar, para la legislación alfonsina, la que ordena un ascendiente instituyendo como heredero a un descendiente loco o incapaz, para el supuesto que sea heredero y muera sin haber recobrado la razón.

Esta sustitución, al igual que la pupilar, conserva los rasgos del Derecho romano. Así, si el sustituido tiene descendientes, éstos han de ser los sustitutos; si no los tiene, serán sus hermanos; y cuando éstos tampoco existan, entonces puede ser sustituto un extraño (47). Por lo demás, salvo las circunstancias inherentes a esta forma de sustitución, le son aplicables las reglas de la sustitución pupilar, ya que *“E tal sustitución como esta es dicha exemplar, porque es fecha a semejança, e a exemplo de la pupilar”* (48).

C. Proyecto de Código civil de 1836.

El Proyecto de Código civil de 1836 regula conjuntamente, en un mismo artículo (art. 2.293), las sustituciones pupilar y ejemplar, aunque prescinde de darles tales denominaciones.

Art. 2.293: “El testador puede hacer sustituciones con respecto a los hijos que tuviere en su potestad, para el caso en que después de verificada por éstos la adquisición testamentaria de los bienes del padre, mueran sin tener aptitud legal de testar, según lo dispuesto en el artículo 2.226, ni sucesores legítimos de los comprendidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 2.211”.

tituto, no en los términos específicos de la pupilar “si haeres erit et ante pubertatem decesse-rit”, sino en los de la vulgar “si haeres non erit” (L. V, tít. V, Part. VI). O lo que es lo mismo, que la sustitución vulgar expresa ha de entenderse que comprende la pupilar tácita, cuando recae sobre un hijo impúber constituido en la patria potestad del testador.

(45) L. I, tít. V, Part. VI.

(46) L. XI, tít. V, Part. VI.

(47) Como se establece expresamente en la Ley XI, tít. V, Part. VI.

(48) L. XI, tít. V, Part. VI.

Se trata, como se ve, de las sustituciones pupilar y ejemplar, ya que según el artículo 2.226 del Proyecto:

“Carecen de la facultad de hacer testamento las personas siguientes:

1.º Los varones menores de dieciséis años y las hembras que no hubieren cumplido los catorce (49).

2.º Los incapacitados de administrar sus bienes en virtud de interdicción judicial, a menos que se justificase haber cesado el motivo de esta y que así se compruebe también por el contexto de la disposición testamentaria que aquellos hubieren hecho” (50) (51).

En lo que se refiere a los efectos de la sustitución, dice el artículo 2.294 del Proyecto:

“El efecto de las sustituciones de los hijos se entiende a todos los bienes que tenga el sustituido a la hora de su muerte, cualquiera que sea su procedencia; quedando a salvo el importe de las legítimas si hubiere personas que tengan derecho a percibirlas”.

De lo visto se desprende fácilmente que, si bien el Proyecto de 1836 supone una continuación del Derecho anterior, en concreto del Derecho romano y del Código de las Siete Partidas, no es menos cierto que en algunos puntos se aparta significativamente de él, lo que supone el inicio de una tendencia (52) que concluye en nuestro Código vigente.

En efecto, constituyen novedades diferenciadoras entre el Proyecto y el Derecho precedente las siguientes:

1.^a La sustitución no tiene lugar, según determina el artículo 2.293, si el hijo sustituido tiene sucesores legítimos de los comprendidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 2.211 (53).

2.^a Se ha de respetar la legítima de las personas que tienen derecho a ella (art. 2.294) (54).

(49) Cuando son estas personas las sustituidas estamos ante una sustitución pupilar.

(50) Cuando los sustituidos son los del n.º 2.º del artículo 2.226 estaríamos frente a una sustitución ejemplar.

(51) Unos y otros (que no tienen la facultad de hacer testamento), dice la Exposición de Motivos del Proyecto, carecen del juicio o cordura necesaria para ejecutar un acto de tanta gravedad y trascendencia cual es la traslación de sus bienes por testamento.

(52) Tendencia consistente en el alejamiento progresivo y diferencia de la regulación actual de las sustituciones pupilar y ejemplar con respecto a la del Derecho histórico.

(53) A saber, no se puede ordenar la sustitución si el hijo tiene cualquiera de las personas siguientes: descendientes legítimos o legitimados, descendientes legítimos por Real gracia, padres legítimos o de los que hubiesen sido legitimados por Real gracia, o abuelos y demás ascendientes legítimos o legitimados (art. 2.211).

(54) Luego no son ya, como ocurría antes, todos los bienes del sustituido los que pasan al sustituto; *vide supra*, II.A. y II.B.

3.^a La sustitución vulgar se comprende tácitamente en la pupilar o ejemplar, pero no al contrario (55).

4.^a Las sustituciones pupilar y ejemplar no son ya, como antes (56), un testamento del hijo hecho por el padre, sino verdaderas sustituciones, como lo pone de relieve el artículo 2.227, según el que *“la falta de aptitud personal para hacer testamento (se refiere a las personas que, de acuerdo con el art. 2.226, carecen de la facultad de testar) no podrá suplirse con la intervención del padre, tutor, curador o Juez, ni de otra manera”* (57).

D. Proyecto de 1851.

Al parecer de algunos autores (58), el Proyecto de Código civil de 1851 no regula ni la sustitución ejemplar ni la pupilar.

Para ALBALADEJO (59), el Proyecto de 1851 no admite ninguna sustitución a excepción de la vulgar (60), y quedando proscrita la fideicomisaria (61), sin embargo, el Proyecto estableció ciertas excepciones, como la del 2.º párrafo del artículo 638: *“Puede también el testador dar sustituto, en los bienes de libre disposición, al heredero impúbbero para el caso en que éste muera antes de llegar a la pubertad”*.

Por ello, según este autor, “sería equivocado pensar que las palabras de tal precepto supongan la acogida de una sustitución pupilar de menor cuantía (62), sino que de lo que realmente se trata es de que el testador puede (en ciertos bienes suyos: los de libre disposición) establecer una

(55) Así lo prescribe rotundamente el artículo 2.296 del Proyecto, según el cual, “la sustitución general permitida en el artículo 2.291 (se refiere a la vulgar), se comprende tácitamente en la particular de los hijos (**pupilar o ejemplar**), pero no al contrario”; *vide* notas 26 y 44.

(56) *Vide supra*, II.A. y II.B.

(57) Lo marcado con negrita es mío.

(58) Dicen, entre otros, que el Proyecto de 1851 no acoge la sustitución pupilar: ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 52; RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., p. 22; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., p. 474.

(59) *Comentarios...*, cit., p. 53.

(60) Reconocida en el artículo 629 del Proyecto: “La sustitución de heredero, en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 638”.

(61) La no-admisión en el Proyecto de la sustitución fideicomisaria se deriva, no sólo del artículo 629, sino también y más explícitamente de su artículo 635: “Toda sustitución fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se la revista”.

(62) Como sería, según el párrafo 2.º del artículo 638, el nombramiento de sustituto al impúbbero para el caso de que muera antes de llegar a la pubertad, pero tan sólo en los bienes de libre disposición del testador.

sustitución fideicomisaria excepcional, y condicional (sólo para el caso de que el fiduciario muera impúber), en la que el fiduciario recibe los bienes fideicomitidos y luego los transmite al heredero fideicomisario (sustituto)". Cosa, concluye, que "tiene perfecto sentido, como excepción, ya que la regla general del Proyecto es la inadmisión de la sustitución fideicomisaria".

Sin embargo, quizá podría pensarse que lo que el Proyecto hace, amén de suprimir la figura de la sustitución fideicomisaria (por entenderla, según DÍEZ-PICAZO (63), "como un residuo del antiguo régimen feudal y contraria, además, al principio de libertad del comercio jurídico y de la propiedad"), es acoger la sustitución pupilar en el mencionado párrafo 2.º de su artículo 638. Precepto que fue adoptado, según GARCÍA GOYENA, como base por la Comisión, a propuesta suya, en beneficio de los impúberos: "sin esta libertad podrían muchos retraerse de favorecerlos en testamento por temor de que, no pudiendo los impúberos hacerlo, le sucediesen en los bienes personas que no mereciesen el afecto del testador" (64).

En efecto, el Proyecto de 1851, que sirve de base al vigente Código (65), podría muy bien reconocer y admitir la sustitución pupilar (aun cuando no utilice esta denominación, como tampoco lo hace para la vulgar), pero en una forma y con una regulación distinta a la del Derecho anterior. Los argumentos que apoyarían esta postura son los siguientes:

1.º Cuando el artículo 629 sólo reconoce la sustitución vulgar, **salvo lo dispuesto en el artículo 638**, lo que está haciendo, por medio de esa salvedad, no es otra cosa que aceptar la sustitución pupilar recogida en este último precepto.

2.º Cuando el artículo 635 dice que "*toda sustitución fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula...*", está diciendo que la sustitución del artículo 638 no se considera un fideicomiso, sino una sustitución distinta a la fideicomisaria, sustitución que, en lo que nos afecta del párrafo 2.º del artículo 638, es la pupilar.

3.º Una vez concluido el Proyecto, en vez de ponerlo en planta se publica en una revista (66), con el objeto de que los Tribunales de Justicia y autoridades, los Colegios de Abogados, Universidades y personas

(63) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 1981, p. 397.

(64) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 344.

(65) Base 1.ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. *Vide infra*, II.F.

(66) *El Derecho Moderno*, tomo X, Madrid, 1851.

ilustradas expongan lo que estimen conveniente sobre el mismo (67); ante lo cual la Audiencia de Pamplona aboga por la sustitución pupilar del Derecho romano (68), lo que nos lleva a entender que el Proyecto recoge una sustitución pupilar distinta a la del citado Derecho.

4.º Como dice GARCÍA GOYENA (69), el párrafo 2.º del artículo 638 “no tiene nada que ver con la sustitución pupilar romana, que abrazaba todos los bienes del pupilo, procediesen o no del testador”; lo que, otra vez, pone de manifiesto que en ese precepto se admite una sustitución pupilar diversa a la de Roma (70).

Por todo ello, se podría concluir diciendo que el Proyecto de 1851 tipifica la sustitución pupilar como verdadera sustitución (71), distinta a las demás admitidas (72), y consistente en el llamamiento de sustituto hecho por el testador (sustituyente) al heredero impúbbero (sustituido) (73) para el caso en que éste muera antes de llegar a la pubertad, llamamiento **no** a la totalidad de bienes del impúbber, sino tan sólo a los recibidos por éste del testador, excluida su legítima, o lo que es lo mismo, llamamiento del sustituto exclusivamente a los bienes de libre disposición.

Como se ve, el Proyecto de 1851, siguiendo la evolución iniciada por el de 1836, se separaría aún más, definitivamente se puede decir, del Derecho romano y de Partidas, cuando no constituiría una ruptura total con aquéllos.

(67) Vide LASSO, *Crónica de la codificación española*, 4, *Codificación civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pp. 241 y 242.

(68) LASSO, ob. cit., p. 257.

(69) Comentario al artículo 638, en ob. cit., p. 344.

(70) Y no sólo distinta a la del Derecho romano, sino también a la de nuestro Código de Partidas, que, como ya hemos dicho, supuso en esta materia una continuación, una traslación de los principios romanos.

(71) El artículo 638 se halla incluido en la Sección 2.ª del Cap. V del Tít. I del Libro III, que se rubrica “De la sustitución”; y, además, se corrobora que es una sustitución: 1.º por el artículo 558, que, en su párrafo 1.º dispone: “el testamento es un acto personalísimo: su formación no puede dejarse en todo o en parte al arbitrio de un tercero”; y 2.º porque el testador sólo puede nombrar sustituto en los bienes de libre disposición (art. 638, párrafo 2.º).

(72) Como la vulgar del artículo 629 [en sus dos casos: cuando el primeramente llamado no quiera o no pueda aceptar la herencia (art. 630)], o la disposición en que el testador deje la propiedad a uno y el usufructo a otro u otros con la limitación prescrita en el artículo 437 (art. 638, 1.º), o aquella por la que un padre deja la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados (art. 638, 3.º).

(73) Se infiere de la lectura del artículo 638 que el sustituido no es necesario que esté sujeto a la patria potestad del testador, cuestión esta radicalmente divergente a los principios imperantes en el Derecho romano y de Partidas.

E. Anteproyecto de 1882-1888.

El Anteproyecto de Libro III del Código civil regula las sustituciones pupilar y ejemplar en sus artículos 776 y 777 respectivamente, con casi idéntica redacción a la que tienen hoy los artículos 775 y 776 de nuestro Código (74).

Sus precedentes están, según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (75), en el Código portugués de 1867 (76) y en el mejicano de 1870 (77). Pero no nos podemos olvidar de los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851. Estos también, y quizá más próximamente, más directamente, constituyen precedentes del Anteproyecto, que vino a acoger las sustituciones pupilar y ejemplar al modo como ya lo hicieron los Proyectos de 1836 y de 1851 (en lo atinente a la pupilar, si se mantiene la tesis que acabamos de propugnar (78)); asemejándose al primero en lo concerniente a la no validez de la sustitución si el sustituido tiene herederos forzosos (79), y al

(74) La única diferencia existente entre el artículo 776 del Anteproyecto y el actual artículo 775 es la referente a la edad del sustituido; éste, según el primer precepto, ha de ser menor de dieciséis años, mientras que según el segundo precepto ha de ser menor de catorce años.

Tal diferencia de edad se debe a los distintos criterios seguidos en orden a la incapacidad legal para testar. Mientras que para el Anteproyecto estaban incapacitados para testar los menores de dieciséis años de uno y otro sexo (art. 737, 1.º), para el Código no pueden testar los menores de catorce años (art. 663, 1.º).

En cuanto a las nimias diferencias entre el artículo 777 del Anteproyecto y el vigente artículo 776, aparte de que aquél llama a la sustitución ejemplar por su nombre, se verán mejor si transcribimos íntegro el precepto. Artículo 777 del Anteproyecto: "El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución ejemplar, de que habla el párrafo anterior, quedará sin efecto por el testamento posterior del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido, o por haber recobrado la razón".

(75) "El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965, pp. 237 y ss.

(76) Artículos 1.859 y 1.861.

(77) Artículos 3.625 y 3.626.

(78) Como ya sabemos -*vide* II.D.-, el Proyecto de 1851 no trata la sustitución ejemplar, pero habida cuenta que ésta y la pupilar participan de la misma naturaleza y efectos [quizá por ello en el Anteproyecto a la ejemplar se la denomina específicamente así, para hacer ver que, aunque el Proyecto de 1851 no la recogiese, al regularla el Anteproyecto lo hace con las mismas características (a ejemplo) que la pupilar] lo que se diga del referido Proyecto a ambas es aplicable.

(79) Así se dice expresamente en el artículo 778 del Anteproyecto: "Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores (pupilar y ejemplar), sólo serán válidas cuando el sustituido carezca de herederos forzosos"; y en el artículo 2.293 del Proyecto de 1836: "El testador puede hacer sustituciones con respecto a los hijos... que mueran sin tener aptitud legal de testar... ni sucesores legítimos de los comprendidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 2.211" (sucesores legítimos que son los herederos forzosos del sustituido, como lo ponen de manifiesto los arts. 2.262 a 2.264 del Proyecto).

segundo en que no es necesario que el sustituyente tenga la patria potestad sobre el sustituido (80), y a ambos (como continuador de la tradición iniciada por aquél) en que las sustituciones pupilar y ejemplar son sustituciones, y no testamentos sustitutorios del descendiente hechos por el ascendiente (81).

F. Ley de Bases.

Por último, en lo que atañe a la evolución histórica de las figuras en estudio, de la Ley de Bases para la redacción de nuestro Código civil no se puede deducir, sin discusión, que el legislador patrio quiso para nuestro Derecho unas sustituciones pupilar y ejemplar iguales a las romanas y a las del Código de Partidas. Dice la Base primera:

“El Código tomará por base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio”.

Y ya hemos dicho (82) que, quizá, dicho Proyecto acogió una sustitución pupilar radicalmente distinta a la de aquellos ordenamientos. Además, de entender que el Proyecto de 1851 no reguló ni la sustitución pupilar ni la ejemplar, ¿por qué habría de afirmarse que las actuales sustituciones serían las de nuestro Derecho histórico?, bien podrían ser otras distintas ya que dicho Proyecto no las acogió (83).

(80) Lo que se evidencia por el comienzo de los artículos 776 y 777 del Anteproyecto: “Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos...”, “El ascendiente podrá nombrar sustituto”; y por el artículo 638 del Proyecto de 1851, *vide* nota 73.

(81) *Vide supra*, II.C., y nota 71. Artículo 665, 1.º del Anteproyecto: “El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario” (cfr. con el art. 558 del Proyecto de 1851).

(82) *Vide supra*, II.D.

(83) Se esgrime por quienes entienden que las sustituciones pupilar y ejemplar del Código civil son las de nuestro Derecho histórico, que la Base 16.ª indica que se reformará la regulación de las sustituciones fideicomisarias, lo que supone que las demás no se modifican. Sin embargo, en contra, se puede decir que la Base 16.ª está en relación con la 15.ª, que establece que “el tratado de las sucesiones (del entonces futuro Código civil) se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación... adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882”, y dichos acuerdos se referían, entre otros temas, a las sustituciones fideicomisarias, de ahí que la Base 16.ª haga referencia a ellas. Como dice LÓPEZ LÓPEZ – “Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español”, *ADC*, t. XI, 1958, p. 4–, “el hecho de que no se diga nada (en la base 16.ª) acerca de las sustituciones pupilar y ejemplar no quiere decir que se siga la concepción tradicional; lo único que permite suponer es que no fueron necesarios especiales acuerdos para señalar cuál había de ser su regulación, lo que tanto puede deberse a que se aceptase continuar en su esencia la línea del Derecho español anterior al Código civil, como, por ejemplo,

Contra esto no es válido argumentar que la Ley de Bases dispuso que el Código civil se formularía *“sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes”*, pues, como indica la mencionada Base primera, *“podían adoptarse soluciones (para atender a necesidades nuevas) siempre que tuvieran un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas”* (84).

G. Conclusión.

De todo lo expuesto se deduce que nuestro Código civil, en sus artículos 775 y 776, podría no recoger las sustituciones pupilar y ejemplar tradicionales (Derechos romano y de Partidas), sino otras bien distintas que se empiezan a perfilar en el Proyecto de 1836 y cuyos caracteres más importantes (en cuanto aquí nos atañe) se exponen más adelante.

III. Fundamento

La sustitución pupilar, como ya se ha dicho (85), nace en Roma, no por una disposición legislativa, sino por la costumbre; probablemente, ante la necesidad de proteger la persona del impúber. La herencia del huérfano que moría sin llegar a la edad establecida para adquirir la testamentifacción activa pasaba, por ministerio de la ley, a sus más próximos parientes, y, siendo esto un incentivo para la codicia de los herederos legítimos, dio lugar a no pocas asechanzas y atentados contra la vida del causante. La necesidad de impedir tales abusos motivó esta clase de sustitución (86), para lo cual el jefe de familia hacía uso de las amplias facultades que la patria potestad le concedía.

Pero con el tiempo, además, se reconoció no sólo la utilidad de la sustitución pupilar como salvaguardia de la persona del impúber, sino también como poderoso medio de evitar la sucesión intestada a beneficio de la misma familia a la que el causante pertenece (87).

a la circunstancia de que hubiera indudable conformidad general acerca de seguir el criterio entonces imperante en los contados Códigos civiles que aún admitían tales sustituciones... Pudo ocurrir también que no fuese tratado el tema en aquellas reuniones por poco importante, dada la finalidad de éstas: establecer un acuerdo con los foralistas sobre las bases fundamentales de la futura regulación”.

(84) *Vide* LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., pp. 3 y 4.

(85) *Supra*, II.A.

(86) MANRESA, ob. cit., pp. 214 y 215.

(87) MANRESA, ob. cit., p. 215: “En Roma existía horror a la sucesión abintestato, de ahí que se multiplicasen los llamamientos para que alguien recibiese la herencia”; *vide supra*, II.A.

Constituye, pues, el fundamento de la sustitución pupilar en Roma la intensidad que tenía la patria potestad, encaminada ésta a dos fines: el jefe de familia, haciendo uso de sus amplias facultades, testa por el impúber para, por un lado, precaver las tentativas que contra su vida (aprovechando la debilidad propia de sus pocos años y tratando de conseguir la herencia a todo trance) pudieran realizar los parientes llamados a la sucesión abintestato (88), y por otro, evitar la ignominia de la sucesión intestada (89).

Pero la patria potestad va perdiendo paulatinamente su intensidad con el paso del tiempo (90), de ahí que hoy en día no se pueda justificar la sustitución pupilar por medio de esa razón (91).

La facultad que actualmente se concede al ascendiente para que nombre sustituto a su descendiente menor de catorce años se sustenta, no ya en la patria potestad (92), ni en el cariño e interés del ascendiente por su descendiente (93), sino, por una parte, en el principio de libertad que se reconoce al testador para ordenar su sucesión del modo que tenga por conveniente (94), y por otra, en la relación de parentesco existente entre sustituyente y sustituido; causas o fundamentos estos que permiten al primero nombrar para sus bienes el sustituto que quiera, para cuando el segundo muera antes de alcanzar la capacidad de testar; y además, poder disponer, en la sustitución, no sólo de sus bienes de libre disposición, sino también de los que debe como legítima al descendiente sustituido.

(88) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 573.

(89) GARCÍA BERNARDO, ob. cit., p. 50; CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., p. 145.

Por este fin de la sustitución pupilar (evitar la sucesión intestada del sustituido) abogan, en nuestro Derecho, los partidarios de la postura de que la sustitución pupilar actual se corresponde con la del Derecho romano, así como algunas sentencias del TS (2-12-1915, 10-6-1941 y 10-12-1929).

(90) Inclusive, como ya dijimos -p. 8-, en el propio Derecho romano.

(91) Como lo evidencia la redacción del artículo 775 C.c., que, alterando la antigua situación, permite sustituir, no sólo a los padres (que son los que ostentan la patria potestad, arts. 154 y ss. C.c.), sino también a cualquier ascendiente.

(92) Dice MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., p. 573) que las causas finales de la sustitución pupilar (el horror existente en Roma a morir intestado y precaver las tentativas que contra la vida del menor pudieran realizar sus parientes llamados a sucederle abintestato) han venido a anularse casi por completo dentro del carácter y de las condiciones de la sociedad moderna. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 682; y CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. 2.º, 8.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1979, p. 232, el cual mantiene que, en el Derecho moderno, y en el nuestro, al no ser ya necesaria la institución de heredero para la validez del testamento, ni ser incompatibles la sucesión testada e intestada, ni ignominioso morir sin testamento, han desaparecido las razones históricas que hicieron nacer las sustituciones hereditarias.

(93) Este es el fundamento que esgrimen los partidarios de la teoría del testamento sustitutorio (el ascendiente testa por el descendiente) como sustitutivo del de la patria potestad, al no ser este último válido para el Derecho actual, como ha quedado ya reflejado. Vide ALBALA-DEJO, *Comentarios...*, cit., p. 55; GARCÍA BERNARDO, ob. cit., pp. 48 y ss.; e *infra*, IV.B.c. primera.

(94) CASTÁN, ob. cit., p. 232.

Estos fundamentos de la sustitución pupilar valen igualmente para la ejemplar, ya que actualmente, y por las razones apuntadas, no puede basarse esta última sustitución en motivos altruistas ni en el cariño que profesa el ascendiente a su descendiente incapaz (95), causa que podía justificar la institución en Roma, pero no hoy.

IV. Naturaleza jurídica y objeto

A. Ideas previas.

Es en este punto en el que queremos centrar específicamente nuestra atención por parecernos el más debatido e interesante que presentan las sustituciones pupilar y ejemplar. Pero, antes de adentrarnos en el mismo, necesariamente tenemos que hacer tres puntualizaciones:

Primera. El motivo de que se haga el tratamiento conjunto de ambas materias (naturaleza jurídica y objeto) no es otro que el de que ambas cuestiones se hallan estrechamente interrelacionadas. Dependiendo de la postura que sobre la naturaleza de las sustituciones pupilar y ejemplar se mantenga, quedará delimitado el alcance u objeto de las mismas; es decir, se sabrá la contestación a la pregunta: ¿de qué puede disponer el sustituyente?

Segunda. Lo que aquí se diga será aplicable tanto a la sustitución pupilar como a la ejemplar, sin perjuicio de que, para ofrecer argumentos a las tesis mantenidas, o críticas a los mismos, nos basemos en la regulación exclusiva de una u otra sustitución, pues, como ya se ha dicho, la ejemplar o cuasipupilar, en sus orígenes, fue establecida a imagen y semejanza de la pupilar, y en nuestro Código son dos manifestaciones de una sola institución (96), por lo que participan de la misma naturaleza y tienen el mismo alcance objetivo.

Tercera. No pretendemos, en este punto, hacer un trabajo exhaustivo sobre las distintas teorías formuladas por la doctrina, ofreciendo todos y cada uno de los argumentos y contraargumentos esgrimidos por los autores en pro o en contra de sus posturas (97), sino tan sólo aportar algunos razonamientos a los ya hechos por aquélla, al tiempo que ofre-

(95) Fundamento que alega GARCÍA BERNARDO, ob. cit., pp. 50 y ss. Vide además, nota 93.

(96) Vide supra, I.B.

(97) Para ello bastaría consultar la mejor monografía que, sobre el particular, se ha publicado en nuestro Derecho: *Sustituciones hereditarias*, Ed. Gráficas Summa, Oviedo, 1956, pp. 143 y ss., del profesor ALBALADEJO, y su actualización en *Comentarios al Código civil...*, cit., pp. 59 y ss., donde pormenorizadamente se exponen las teorías, sus fundamentos y objeciones, así como las refutaciones a unos y otras.

ce mos nuestra opinión en este tema, que, como decía CASTÁN (98), es difícil de precisar, ya que, refiriéndose a la pupilar, aparece en Derecho romano como una figura anómala y extraña, mal encuadrada en el marco de las sustituciones.

B. Tesis que se mantienen: sus enunciados.

Sabido es que la doctrina jurídica española mantiene posiciones irreconciliables en orden a este tema; es más, según apunta PUIG PEÑA (99), “incluso los mismos tratadistas que se pronuncian por un sentido determinado, no dejan de expresar sus reservas sobre su mismo punto de vista, aumentadas aún más por la vaguedad de las disposiciones del Código y la falta de pronunciamientos en la doctrina de nuestra casación”.

En suma, son dos las tesis mantenidas (100):

1.ª Tesis amplia o del testamento sustitutorio.

Siguiendo la línea de nuestro Derecho histórico, sostiene que el sustituyente tiene poder para disponer de la herencia del sustituido, o lo que es lo mismo, para hacer testamento en su nombre (101).

2.ª Tesis estricta o de la sustitución.

En las sustituciones pupilar y ejemplar hay un llamamiento de herederos en orden sucesivo: el sustituyente, ante la idea de que su descendiente fallezca intestado y los bienes en que le suceda pasen a personas que no son de su agrado, nombra para sí mismo un segundo heredero (102).

De la primera postura, la del testamento sustitutorio, se desprende que el sustituyente puede disponer de todos los bienes del sustituido, y no solamente de los que él le dejó. Por contra, si se mantiene la segun-

(98) Ob. cit., p. 237; también BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Ed. RDP, Madrid, 1965, p. 339.

(99) Ob. cit., p. 466.

(100) Sin embargo, GARCÍA BERNARDO —ob. cit., pp. 35, 81 y 106— partiendo de la idea de que su tesis choca abiertamente con la lógica clásica o tradicional, rompe con el molde sempiterno de las dos tesis tradicionales, haciendo una especie de amalgama de las mismas, ya que toma de una lo relativo a la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar y de la otra su objeto. En efecto, entiende este autor que las sustituciones antedichas son sustituciones y no testamentos por otro, y se extienden a la herencia del sustituido y no solamente a los bienes dejados a éste por el sustituyente.

(101) Según ALBALADEJO, “sustituir es disponer la sucesión ajena” (*Comentarios...*, cit., p. 59).

(102) En palabras de ALBALADEJO —*Comentarios...*, cit., p. 59—, “sustituir, según la tesis estricta, es sólo designar un sucesor (en segundo lugar) para nosotros mismos”.

da tesis, la de la sustitución, tan sólo de estos últimos bienes puede disponer el sustituyente (aquellos en que éste instituyó al sustituido) excluidos los que, como legítima, corresponden al último.

a. Argumentos en pro del testamento sustitutorio y sus críticas.

La tesis amplia es seguida por numerosos autores (103), que la fundamentan en los siguientes argumentos:

Primero. Nuestro Derecho histórico (fundamentalmente las Leyes de Partidas, continuadoras, en esta materia, del Derecho romano), para el que las sustituciones pupilar y ejemplar no eran otra cosa que testamentos hechos por el ascendiente al descendiente (104). Derecho histórico que ha sido trasplantado al Código civil (105).

Se alega para justificar este argumento que, tal y como dice la Base 1.^a de la Ley de Bases de 1888, nuestro Código civil se redactó con el intento de continuar el Derecho español anterior al mismo, y se formularía *“sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos del Derecho histórico español”*. Sin embargo, este argumento de la Ley de Bases no es obstáculo para que el Código civil pueda haber acogido una configuración, de las sustituciones pupilar y ejemplar, diversa de la que tenían en el Derecho histórico, pues la misma Base 1.^a indica que *“podían adoptarse soluciones nuevas, siempre que tuvieran un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas”*.

(103) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 77; *Sustituciones...*, cit., p. 162; *Curso...*, cit., pp. 262 y 263; y *Comentario del Código civil*, t. I, artículos 775 y 776, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1902; BALLESTER, “Comprensión de la sustitución ejemplar”, *RGLJ*, t. 152, 1928, pp. 531 y ss.; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, t. V, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 127; CÁRDENAS, “La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación”, *RDP*, t. XXXV, 1951, pp. 928 y 929; CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., pp. 147 y 149; GONZÁLEZ PORRAS, “La sucesión de los impúberes en la Compilación de Derecho civil de Cataluña”, *ADC*, enero-marzo 1973, pp. 246 y 247; HERNÁNDEZ-GIL, A., “La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar”, *RDP*, t. XLIX, 1965, p. 381; MIGUEL TRAVIESAS, “Sustituciones hereditarias”, *RDP*, 1927, pp. 410 a 413; O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, 3.^a ed., Ed. RDP, Madrid, 1990, p. 210; OSSORIO MORALES, ob. cit., pp. 245 y ss.; PUIG PEÑA, ob. cit., p. 470; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., p. 475; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio “mortis causa”*, Ed. Edelce, Sevilla, 1951, p. 164; SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, t. VI, Ed. RDP, Madrid, 1979, pp. 436, 437 y 440; VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XI, artículo 813, Ed. RDP, Madrid, 1982, p. 160; VÁZQUEZ GUNDÍN, “La sustitución ejemplar”, *RCDI*, marzo 1942, p. 157.

(104) *Vide supra*, II.A. y II.B. Recuérdese, sin embargo, que los mismos romanistas no se ponen de acuerdo sobre si la sustitución ejemplar comprende tanto los bienes del ascendiente como los del enfermo mental, o si tan sólo la cuota legítima de éste.

(105) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 59 y 60.

Téngase en cuenta, además, que el Proyecto de Código civil de 1836 se aparta significativamente de nuestro Derecho histórico, y el de 1851 también, si se admite que tal Proyecto acoge la sustitución pupilar en la forma vista con anterioridad.

Segundo. La mayoría de los autores siguen esta tesis (106).

En contra de este argumento sólo cabe decir, sin ánimo de hacer un recuento pormenorizado y exhaustivo, que hoy viene a ser parejo el número de autores que apoyan una u otra teoría (107).

Tercero. Que las sustituciones tratadas no han sufrido modificación en su naturaleza al ser trasplantadas del campo de la legislación romana y alfoncina al del Código civil, cuyo artículo 777 (108) no modifica dicha naturaleza, antes bien la apoya, ya que, siendo la sustitución un testamento de los bienes del pupilo o incapaz, precisamente por ello es forzoso respetar el derecho de los herederos legitimarios (109).

Se añade que, limitado el testador a testar sobre lo suyo exclusivamente, los herederos forzosos del sustituido no tendrían acción, por derecho de legítima sobre sus bienes, contra el sustituto nombrado por el ascendiente para los suyos únicamente (110), porque se trata de una herencia ajena.

A lo hasta ahora expuesto cabe objetar:

1.º Que la naturaleza de las sustituciones pupilar y ejemplar sí ha cambiado, como lo ponen de manifiesto su evolución histórica y su distinto fundamento, así como la desaparición de las razones que motivaron su nacimiento. De todo ello hemos tratado ya con anterioridad (111).

2.º Que la disposición del artículo 777 C.c. es lógica, pues si lo único que se quiere proteger es la evitación de los efectos del abintestato en el primer llamado, no tendría sentido privar a los herederos forzosos del mismo de bienes que en conjunto recibirían aunque su causante pudiera hacer e hiciese testamento (112).

3.º Que el respeto a la legítima de los herederos forzosos del sustituido (art. 777) no prueba que la sustitución sea un testamento compren-

(106) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 60.

(107) En este sentido, *vide* nota 145.

(108) Artículo 777 C.c.: "Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores (**pupilar y ejemplar**), cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos".

(109) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 576. También, OSSORIO MORALES, ob. cit., pp. 247 y 248, y CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., p. 147.

(110) BALLESTER, ob. cit., p. 533.

(111) *Vide supra*, II. y III., y nota 92.

(112) LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 11.

sivo de todos los bienes de éste, puesto que podría referirse sólo a los recibidos del ascendiente, en el supuesto de que la legítima del citado heredero forzoso no pudiera detraerse de otros bienes propios del pupilo (113).

4.º El artículo 777 precisamente prueba lo contrario, es decir, que en las sustituciones pupilar y ejemplar el testamento es del sustituyente y no del sustituido, porque, si no fuese así, sería inútil y superfluo tal precepto, ya que los legitimarios del sustituido (si se tratase de un testamento de éste) quedarían protegidos con las normas contenidas en nuestro Código civil tendentes a tutelar la legítima. No se necesitaría de una norma específica (art. 777) en el mismo sentido.

Cuarto. Según el artículo 776, párrafo 2.º, C.c. (114), la sustitución ejemplar, análoga en su esencia a la pupilar, queda sin efecto por el testamento del ex-incapacitado; aplicación del principio de la revocabilidad del testamento anterior por el posterior perfecto, lo que prueba que la sustitución es una verdadera disposición *mortis causa* (testamento) de los bienes del incapacitado o del pupilo. El ascendiente hace el nombramiento de sustituto en nombre del descendiente, y no para disponer de bienes propios. En este sentido, el incapaz, que deja sin efecto la sustitución, revoca su propio testamento (115).

En contra, cabe decir que el referido párrafo no prueba que se trate de un testamento comprensivo de todos los bienes del incapacitado (o del pupilo) puesto que puede muy bien ser de sólo parte de ellos (116); además, no intenta establecer todos los casos de extinción de la sustitución ejemplar. La finalidad del precepto es más concreta: resolver el problema que plantea el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en la sustitución pupilar, el sustituido puede testar en determinadas circunstancias, a pesar de que la incapacitación continúa (117). La Ley sólo indica, en dicho párrafo, los diversos momentos en que el incapacitado puede hacer testamento, y señala las consecuencias que se producen si testa: la sustitución se extingue (118).

(113) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 580.

(114) "La sustitución de que habla el párrafo anterior (se refiere a la sustitución ejemplar) quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón" (art. 776, 2.º).

(115) MIGUEL TRAVIESAS (ob. cit., p. 411), quien considera, además, que "revocar el testamento ajeno, en el sistema del Código civil, no es anómalo, es absurdo".

(116) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 580.

(117) En la sustitución ejemplar, el sustituido puede testar válidamente, aun incapacitado, si lo hace en "un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón" (art. 776, 2.º), posibilidad ésta que no tiene su equivalente en la sustitución pupilar; en ésta el menor de catorce años no puede testar en ningún caso (art. 663, 1.º C.c.), y pasando de esta edad ya no cabe nombrarle sustituto pupilar (art. 775 C.c.).

(118) LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 6.

Para ultimar la crítica de este argumento, se aduce (119) que el artículo 776, 2.º dice: “*La sustitución... quedará sin efecto por el testamento del incapacitado...*”, expresando que es la sustitución, o sea el nombramiento, la designación del sustituto o sustitutos, lo que queda sin efecto, y no el testamento hecho por el sustituyente en nombre del incapaz.

Quinto. Porque sólo interpretando los artículos 775 y 776 en la forma que lo hace esta teoría tienen utilidad y sentido, ya que de otro modo resultan superfluos (120).

De no seguirse esta tesis no se explica por qué han sido reguladas en el Código civil las sustituciones pupilar y ejemplar. Si lo que el testador desea es nombrar un segundo heredero para el caso de que el primer llamado no llegue a serlo, puede utilizar el medio de la sustitución vulgar; si lo que pretende es nombrar un segundo heredero para el supuesto de que sea aceptada la herencia, puede servirse de la sustitución fideicomisaria (121), condicionando en ambos casos estas sustituciones para que sólo produzcan efecto si el menor fallece antes de llegar a los catorce años o el incapacitado muere en tal estado sin hacer testamento (122). Por ello, concluyen los partidarios de esta tesis, el contenido de las sustituciones pupilar y ejemplar sería perfectamente inútil e inoperante, habida cuenta que vendría a ser el mismo que compete a la sustitución vulgar o fideicomisaria.

Frente a este argumento se ha dicho (123) que ello podría tener importancia en un Código escrupulosamente meditado y elaborado, pero no la tiene en el nuestro, que tantas instituciones y normas superfluas ha sancionado.

(119) GARCÍA BERNARDO, ob. cit., p. 79.

(120) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 61, 71, 76 y 77, y autores por él citados. En este sentido, dice MIGUEL TRAVIESAS (ob. cit., p. 411), que es una anomalía el dogma según el cual el ascendiente no puede nombrar sustituto al descendiente, sino en cuanto a los bienes que el mismo ascendiente le deja; porque entonces se trataría meramente de la sustitución vulgar y el artículo 775 C.c. no tendría jamás aplicación. Sería este último un precepto superfluo en absoluto.

(121) Artículo 781 C.c.: “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

(122) Dice BALLESTER —ob. cit., p. 534— que “toda interpretación o inteligencia que conduzca al absurdo debe rechazarse; y al absurdo conduciría la afirmación de que los preceptos contenidos en los artículos 775 y 776 no tienen más alcance, fuera de la sustitución vulgar, que una semblanza de la fideicomisaria condicional, ya que tal facultad de sustituir, concretada a los bienes propios del testador, la goza toda persona con capacidad para testar, a tenor del artículo 781 C.c.”.

(123) CASTÁN, “Consulta. Sustitución ejemplar”, *RGLJ*, t. 137, 1920, p. 75.

Además de esta crítica, que por otra parte no parece muy convincente, más adelante (124) apuntamos otros razonamientos que creemos demuestran la radical distinción entre las sustituciones estudiadas y la vulgar y fideicomisaria.

También, sin perjuicio de lo anterior, conviene reseñar aquí, siguiendo a LÓPEZ LÓPEZ (125), que las sustituciones fideicomisarias, y entre ellas las de residuo, están sometidas a determinados y especiales requisitos (126), ya que suponen una profunda alteración del orden normal de suceder; requisitos cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de la disposición a que se refieren (sólo es válida la institución de heredero, art. 786). Pues bien, la finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es impedir que sobrevenga la nulidad de la disposición a favor del sustituido (127) a causa del incumplimiento de tales requisitos. Se trata, en otras palabras, de favorecer las sustituciones pupilar y ejemplar, cosa que no sucedería si se equiparasen con la fideicomisaria.

Aparte, ¿para qué exigir en las sustituciones pupilar y ejemplar que el sustituido sea menor de catorce años o esté incapacitado? Estas exigencias no se necesitan para nombrarle un sustituto vulgar o fideicomisario, lo que pone de manifiesto la distinción entre unas y otras sustituciones.

Por último, los defensores de esta teoría, en el afán de buscar razones que la avalen, ofrecen argumentos contradictorios, como lo son éste y el anterior (128), pues si el sustituido puede dejar sin efecto la sustitución (testando durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón, art. 776, 2.º), ya no puede tratarse de una fideicomisaria típica, a la que el fiduciario, por sí, nunca puede dejar sin efecto (129).

Sexto. El artículo 777 C.c. establece la necesidad de respetar la legítima de los herederos forzosos del sustituido, legítima que no se respeta en el supuesto de que el testamento sea del sustituyente (y, por lo tanto, éste disponga tan sólo de sus bienes y no de los del sustituido), porque acaso los bienes dejados (por el sustituyente al sustituido) constituyan en su día el total o la mayor parte del caudal relicto del pupilo.

(124) *Infra*, argumentos quinto y sexto de nuestra postura.

(125) Ob. cit., pp. 9 y 10. También LACRUZ Y SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 363.

(126) Tienen que ser dispuestas de una manera expresa (art. 785, 1.º), y los llamamientos a la sustitución deberán ser expresos (art. 783, 1.º).

(127) Cosa que puede acaecer porque frecuentemente resultará, de la interpretación de la voluntad del testador, incluso la nulidad de la institución de heredero.

(128) El poder revocar el incapaz el testamento que contiene la sustitución, por otro posterior, en aplicación del 2.º párrafo del artículo 776, es demostrativo de que se trata de un testamento suyo.

(129) LACRUZ Y SANCHO, ob. cit., p. 363.

Este argumento no parece muy fundado porque es cierto que si el testador (ascendiente) no le nombra sustituto a su descendiente y le deja sus bienes de libre disposición, éstos se computan para hallar la legítima de los herederos forzosos del descendiente. Pero no es menos cierto que el ascendiente es libre de dejar sus bienes de libre disposición a la persona o personas que quiera (no necesariamente a su descendiente), y, en el caso de dejarlos a un tercero, esos bienes nunca habrían sido del descendiente y, por lo tanto, no se tendrían en cuenta para configurar la legítima de sus legitimarios. Del mismo modo, el ascendiente tiene plenas facultades, si así lo desea, para nombrar sustituto en sus bienes de libre disposición al descendiente menor de catorce años o incapaz, sin que por ello se vea afectada la legítima de los herederos forzosos de éste.

Según este argumento, los bienes de libre disposición de los ascendientes son debidos obligatoriamente a sus descendientes (para que así se computen en la legítima de los legitimarios de éstos), lo que no deja de ser una auténtica barbaridad.

Séptimo. Esta tesis, decía ALBALADEJO (130), estaba refrendada por la *Compilación catalana*, cuyos artículos 156 y siguientes acogían las sustituciones pupilar y ejemplar dándoles la extensión que aquélla (la tesis amplia o del testamento sustitutorio) defiende para las del Código civil (131).

En contra, se puede decir: por un lado, que este argumento lo que viene a demostrar es la distinta regulación que hacía, en algunas materias, la *Compilación catalana* con respecto al Derecho común (132); y, por

(130) *Comentarios...*, cit., p. 62.

(131) En efecto, según la doctrina que ha estudiado este tema en el Derecho catalán, las sustituciones pupilar y ejemplar, en ese Derecho, son un testamento del impúber o incapaz otorgado por el ascendiente sustituyente, comprensivo de todos los bienes de aquél. *Vide* GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pp. 249 y ss.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., pp. 475 y 546; SANTOS BRIZ, ob. cit., pp. 462 y 463; PUIG FERRIOL, "La sustitución pupilar en el Derecho civil de Cataluña", *Anuario de Der. Foral*, t. I, 1975, pp. 307 y ss.; "La sustitución ejemplar en Cataluña", *Estudios de Derecho civil en honor de Castán*, t. III, Pamplona, 1969, pp. 410 y ss.; BONET RAMÓN, ob. cit., pp. 366 y 367; RIVAS, ob. cit., p. 109.

Actualmente vale todo lo dicho, pues el nuevo Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991, regula, en sus artículos 171 y ss., las sustituciones pupilar y ejemplar de la misma forma (con la única modificación de exigir para la validez de la sustitución ejemplar que la incapacidad del sustituido sea declarada en vida suya, aunque sea después del fallecimiento del sustituyente) a como lo hacía la *Compilación* de 1960.

(132) Piénsese que, precisamente, la *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, por ser Derecho foral, se aparta en las materias regidas por ella de las del Código civil. La evolución y la tradición de las instituciones catalanas son distintas a las del Derecho castellano, y así existen instituciones en aquél que no las hay o tienen distinta regulación en éste, p. ej., las legítimas, heredamientos, el principio de troncalidad en la sucesión de los bienes de los impúberes, derechos de viudedad, etc.

otro lado, que otro Derecho español vigente, el de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, acoge la solución adoptada por la tesis estricta o de la sustitución (133) [¿o acaso otra?, ya que la legítima en Navarra tiene un carácter meramente formal y sin contenido patrimonial exigible (Ley 267)]; en efecto, según su Ley 227:

“Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que éste fallezca antes de llegar a la pubertad o de que, habiendo sido declarado incapaz por enajenación mental, no haya otorgado testamento válido”.

Siendo esto así, ¿por qué el Código civil va a acoger la tesis que sigue la Compilación catalana, y no la de la navarra?, parafraseando al citado profesor: “con situaciones actuales y Derechos históricos paralelos, no se ve por qué se ha de desechar para el Derecho común la tesis estricta, que acoge el navarro” (134).

b. *Conclusión.*

Para esta teoría (amplia o del testamento sustitutorio) las sustituciones pupilar y ejemplar consisten en un testamento que hace el ascendiente (sustituyente) por su descendiente (sustituido) (135), o lo que es lo mismo, una institución de sucesor del sustituido, hecha por el sustituyente (136), testamento o institución que puede abarcar todos los bienes del descendiente-sustituido.

Ahora bien, si se adopta esta tesis, nos enfrentamos a un problema de difícil solución: ¿qué pasa en el caso de que sean varios los ascendientes que nombren sustituto a su descendiente? El alcance de la pre-

(133) En este sentido, *vide* RIVAS, ob. cit., p. 28. Es más, la Compilación navarra supone, en esta materia, una ruptura total con el Derecho anterior a la misma (¿inspirándose en el Código civil?). Antes de la Compilación, en las sustituciones pupilar y ejemplar el ascendiente podía disponer de todos los bienes del descendiente, ya que se regían, respectivamente, por las Leyes 8.^a y 9.^a del Título XXVI, del Libro VI del Código de Justiniano (BONET RAMÓN, ob. cit., p. 403), cosa que cambia radicalmente con la entrada en vigor de la Compilación, pues, según ésta (Ley 227), el ascendiente sólo puede disponer, en la sustitución, de **los bienes por él dejados a su descendiente**.

(134) ALBALADEJO, como defensor de la tesis del testamento sustitutorio, dice: “no se ve por qué se ha de desechar para el Derecho común la tesis amplia, que acoge el catalán” (*Comentarios...*, cit., p. 62).

(135) Dice MIGUEL TRAVIESAS —ob. cit., p. 410— que, el testador puede disponer de la herencia ajena, por virtud de la representación legal del sustituido que, para este efecto, el C.c. atribuye al ascendiente. Concluye, “el testamento, acto personalísimo, puede ser testamento para el descendiente, ocurriendo aquí como en todo supuesto de representación: el negocio representativo lo concluye el representante, pero el negocio es para el representado”.

(136) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 77.

gunta es trascendental, puesto que, teniendo cada sustituto derecho a la totalidad de los bienes del sustituido, siendo varios (los sustitutos nombrados por distintos ascendientes) ¿se reparten entre todos ellos por partes iguales la herencia del descendiente-sustituido?, ¿por partes desiguales?, o ¿se prefiere a alguno sobre los demás?, etc.

Para dar solución a este grave problema se ofrecen distintos criterios:

1. En el supuesto de concurrencia de distintas sustituciones, tendrá preferencia la establecida por el ascendiente, según el orden con que sea llamado por la ley para ejercer la patria potestad o la tutela legítima (137).

2. Si las diversas sustituciones son compatibles, valen todas; si son incompatibles, tendrá prioridad la establecida por el ascendiente, según el orden por el que sea llamado por la ley para ejercer la patria potestad o preferido para la tutela legítima o recibir la sucesión intestada del sustituido; y, por último, cuando siguiendo este sistema no hay preferencia posible (138), y las sustituciones son incompatibles, prevalece la de cada uno de los ascendientes en lo que dejó al hijo y se reducen proporcionalmente en el resto de lo incompatible (139).

3. Cada sustituto recibirá los bienes que el sustituido hubiese heredado del ascendiente que le nombró, y en los que el sustituido tuviese de otra procedencia, heredarán todos los sustitutos por partes iguales (140).

4. Se prefiere al sustituto nombrado por el ascendiente de grado más próximo, y en caso de que existan varios sustitutos designados por ascendientes del mismo grado, se distribuyen entre ellos por partes iguales los bienes del descendiente, dejando siempre a salvo las legítimas de los herederos forzosos (141).

(137) MIGUEL TRAVIESAS, *ob. cit.*, p. 412; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 5.ª ed., Ed. RDP, Madrid, 1978, p. 328. Claro está que este criterio no resuelve nada, ya que la patria potestad, actualmente, se confiere al padre y la madre (art. 154 C.c.), y se ejerce conjuntamente por ambos (art. 156 C.c.). ¿Qué sucede, pues, si los dos, padre y madre, nombran sustituto a su hijo? ¿Cuál sería preferido? Igual acontece con la tutela, *vide* artículos 234 y ss. C.c.

(138) Por ejemplo, en el caso de la nota anterior.

(139) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 93 a 98. En otras palabras, dice este autor: "los testamentos distintos de ascendientes del mismo grado, no hay sino coordinarlos en lo que quepa y en lo que no, u optar porque mutuamente se inutilicen o porque valgan pero con reducción proporcional de sus disposiciones, criterio, éste, que considero preferible, con la salvedad quizás de que en lo que pudiera haber dejado al incapacitado el sustituyente que sea preferente la sustitución que él establezca" (*Curso...*, cit., pp. 264 y 265).

(140) CLEMENTE DE DIEGO, *ob. cit.*, p. 151.

(141) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, p. 470. Este criterio, de proximidad en el parentesco, es seguido también por ROCA-SASTRE MUNCUNILL —*ob. cit.*, p. 482—, con la salvedad de que, en la hipótesis de ser varios los ascendientes del mismo grado, suceden en la herencia del sustituido todos los sustitutos nombrados, pero no en partes iguales, sino en las cuotas que resulten de aplicar a los respectivos ascendientes las normas de los llamamientos intestados a favor de éstos; partiendo de la base (sigue en este punto a ALBALADEJO, *vide* criterio 2.) de que si hay coincidencia o compatibilidad, subsisten todas las disposiciones coincidentes o compatibles entre sí.

5. Dar preferencia al sustituto designado en el último testamento, el de fecha posterior, porque es de estimar que si al testar el ascendiente actúa por el descendiente, el testamento otorgado últimamente revoca los anteriores (142). En otras palabras, la última sustitución revoca las anteriores si las hubiera, ya que es imposible la existencia de varios testamentos iguales sobre unos mismos bienes y otorgados por o en consideración a una misma persona.

6. Conceder el derecho de nombrar sustituto al ascendiente que falleciese en último término, al cual irían acreciendo las facultades de los demás (143).

Como se puede ver, son muchas las soluciones dadas para resolver el problema inicialmente planteado (144), pero también son muchas las dificultades a la hora de escoger alguno de los criterios propuestos. ¿Con cuál quedarnos? No parece que en un tema tan importante (saber a quién van a ir a parar los bienes, la herencia, del sustituido) la ley haya querido dejar un margen tan amplio al subjetivismo, a la interpretación doctrinal y jurisprudencial (piénsese que en algunas ocasiones la herencia del sustituido puede ser muy importante y dependiendo de qué solución se adopte pasará a unas u otras personas).

c. Razones que avalan la tesis de la sustitución y sus críticas.

Vistas ya algunas de las argumentaciones en pro de la teoría amplia, pasemos a apuntar algunas razones que avalan la teoría estricta, según los autores que la siguen (145):

(142) Este criterio lo ofrece CASTÁN *-Derecho civil..., cit., p. 241-* como posible, si se aceptase, cosa que no hace, la tesis amplia.

(143) Este criterio, estima MUCIUS SCAEVOLA *-ob. cit., p. 582-*, sería el más seguro y justificado, si se siguiese la tesis amplia. Igualmente lo ofrece como posible SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit., p. 684*.

(144) Inclusive algunos autores ofrecen soluciones eclécticas o intermedias de los criterios ya expuestos. Así, BALLESTER *-ob. cit., pp. 538 y 539-*, para el que la solución es dar preferencia a los padres durante su vida y, muertos ellos, al ascendiente más próximo que falleciese el último en vida del descendiente instituido. También, VÁZQUEZ GUNDÍN *-ob. cit., p. 156-*, quien piensa que, habiendo ascendientes de igual grado, no procede la distribución por igual, sino que son preferidos el padre, la madre y los demás a tenor del antiguo artículo 211 C.c., lo que en resumidas cuentas no es más que el criterio ya anotado con el número 1.

Por último, tampoco faltan autores para los que este problema no existe (el determinar la preferencia entre los varios ascendientes que sustituyen al mismo descendiente) porque, a su parecer, en las sustituciones pupilar y ejemplar se parte de la base (errónea, creemos) de la inexistencia de herederos forzosos del sustituido, fuera del sustituyente; ésta es la opinión de CÁRDENAS *-ob. cit., p. 929-*, para el que sólo puede usar de estas sustituciones el padre o ascendiente que sea único y desde el momento en que lo sea.

(145) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 274; BONET RAMÓN, *ob. cit., pp. 340 y 345*; CASTÁN, *Derecho civil..., cit., pp. 239 y 240*, y *Consulta, cit., pp. 75 y ss.*; DE BUEN, en Seix, pp. 159, 165 y 166, y *Derecho civil..., cit., p. 309*;

Primera. Las sustituciones pupilar y ejemplar no obedecen, en nuestro tiempo, a las causas que las justificaban en Roma (146); ni el temor a las asechanzas contra la vida del pupilo o incapaz, ni el horror a la sucesión abintestato existen jurídicamente hoy (147).

En contra, se puede decir que, aunque no se dé hoy ese horror al abintestato, ni sean tanto de temer las asechanzas contra la vida del menor o incapacitado, subsisten las razones de humanidad que fueron el motivo determinante de la aparición, primero, de la sustitución pupilar, y, más tarde, a su ejemplo, de la cuasipupilar o ejemplar (148).

Como contraposición a esta crítica, no parece que con el desenvolvimiento actual de la sociedad pueda justificarse un poder tan excepcional (como el de disponer por testamento de los bienes ajenos) por motivos humanitarios o del cariño que profesa el ascendiente a su descendiente. Ese cariño, ese amor, no puede fundamentar una facultad tan amplia, tan disonante con los principios generales de nuestro Derecho, si no está explícita o implícitamente acogida en la ley (149).

Además, en Roma se justificaba el testamento sustitutorio sobre la base de los derechos absolutos del padre, razón ésta que ha desaparecido desde que la patria potestad perdió su primitiva fuerza, y mucho más

LA REVISTA, "Consulta sobre sustitución ejemplar: validez de la misma en cuanto a bienes reservables del incapaz", *RDP*, t. IV, 1917, pp. 216 y 217; LACRUZ Y SANCHO, ob. cit., pp. 361 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., pp. 3 y ss.; MANRESA, ob. cit., pp. 215 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pp. 579 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 581 y 582; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 683; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, 4.ª ed., Ed. Cuesta, Valladolid, 1939, p. 189. También parece inclinarse (aunque no lo hace expresamente) a favor de la tesis estricta, DIEZ-PICAZO, *Estudios...*, cit., pp. 396 y ss., y *Sistema...*, cit., pp. 412 y ss.

(146) *Vide supra*, II.A.

(147) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 580; y DE BUEN, en Seix, pp. 159 y 165.

(148) BALLESTER, ob. cit., p. 536. Siguiendo esta línea, dice GARCÍA BERNARDO —ob. cit., p. 53— que "el cariño del ascendiente cristalizado en la institución sería de heredero del impúber o del incapaz es la causa legitimadora, la justificación, el fundamento jurídico en el Derecho actual de los institutos de las sustituciones pupilar y ejemplar". A este respecto, *vide* nota 93.

(149) Dice MIGUEL TRAVIESAS —ob. cit., p. 411— que "el ascendiente, al nombrar sustituto pupilar, obra en virtud de un poder legal (*poder de representación que la ley le atribuye*), que no puede delegar, de la misma manera que el padre, en virtud de la patria potestad, acepta, por ejemplo, una donación que se hace al menor".

Esto no hace más que reforzar nuestra argumentación; la ley al conceder un poder especial, lo hace expresamente, así el caso anterior: la aceptación de una donación hecha al menor, que se regula en el artículo 626 C.c. [que, por ende, exige, además, de unos determinados requisitos (art. 633 en relación con el 631)]; mientras que el Código no hace lo mismo para las sustituciones pupilar y ejemplar, siendo estos casos mucho más relevantes que el anterior, y que, de admitirse como poderes de representación que tiene el ascendiente, hubiese sido necesario regularlos más concisa y detalladamente a como lo hace el Código en sus artículos 775 y 776.

desde que el Código civil hace de las sustituciones en estudio una materia independiente del poder paterno. Ahora cualquier ascendiente (tenga o no la patria potestad) puede nombrar sustituto pupilar o ejemplar a su descendiente incapaz de testar.

Segunda. Esta tesis concuerda, al parecer de MUCIUS SCAEVOLA, con lo dispuesto en el Proyecto de 1851, base del Código vigente. En dicho Proyecto, afirma aquél, la sustitución “se limitaba a los bienes de libre disposición del testador, y debe suponerse que si el legislador, al mantener en el Código la sustitución pupilar, hubiera querido darle mayor alcance que su antecedente de 1851, lo hubiera manifestado expresamente” (150).

En oposición, se alega que en tal Proyecto no se regulan ni la sustitución pupilar, ni la ejemplar. “Es errónea su invocación para defender que el Código, a semejanza del Proyecto, las acogió restringidamente; de haber seguido realmente al Proyecto, el Código no las habría acogido de ninguna forma, ni amplia ni restringida” (151).

Frente a esta contraargumentación cabe decir lo que ya expusimos en su momento (152): existen indicios (eso sí, no definitivos) de que el Proyecto de 1851 podría acoger la sustitución pupilar, de una forma distinta a la del Derecho romano, con independencia del nombre que quisiera dársele.

Tercera. Si se siguiese la tesis amplia, la del testamento del impúber o incapaz hecho por el ascendiente, se atentaría al moderno principio de que el testamento es un acto personalísimo (153). Los artículos 670 y 830 del Código civil consagran indubitadamente dicho carácter personalísimo:

“El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente” (art. 670 C.c.).

“La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro” (art. 830 C.c.).

(150) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 581.

(151) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 68. Para este autor, como ya se vio (*supra*, II.D.), el Proyecto de 1851 no regula nada más que la sustitución vulgar, y la pupilar se trata de una fideicomisaria excepcional.

(152) *Supra*, II.D.

(153) CASTÁN, *Derecho civil...*, cit., p. 240, *Consulta...*, cit., p. 77; DE BUEN, en Seix, p. 166, *Derecho civil español común*, vol. II, 2.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 310; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 683; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 580.

Al regular el Código las sustituciones pupilar y ejemplar en la sección destinada a las sustituciones, y no a continuación de los preceptos donde consagra el carácter personalísimo del testamento (154), está haciéndonos ver que estamos frente a auténticas sustituciones, y no ante testamentos sustitutorios, delegaciones de la facultad de testar o mandatos o apoderamientos para testar a nombre de un impúber o de un incapaz (155).

Como objeción a este argumento se ha dicho (156) que el poder concedido por los artículos 775 y 776, de testar por otro, es una excepción al principio de que el testamento es un acto personalísimo, y nuestro Código, al establecer esta excepción, no vino sino a seguir una trayectoria histórica perfectamente definida, ya que el Derecho romano y el de las Partidas tenían preceptos en correspondencia al artículo 670 (157) y, sin embargo, tanto uno como otro acogieron las sustituciones pupilar y ejemplar.

También se esgrime (158) que el principio de que el testamento es un acto personalísimo va dirigido sólo a las personas que pueden testar, dándose el caso de que las sustituciones pupilar y ejemplar se refieren precisamente a quienes no pueden testar, por lo que aquí se produce un fenómeno parecido al poder legal de representación (159).

Como contrapunto a la primera objeción de las dos anteriores se puede alegar que se parte de una base, a nuestro juicio, errónea, la de entender que las sustituciones pupilar y ejemplar actuales son idénticas a las del Derecho romano y de Partidas. No siendo las mismas, como hemos dejado expuesto, da igual que en aquellos Derechos supusiesen excepciones al carácter personalísimo del testamento; y, precisamente por ello (por ser distintas las sustituciones pupilar y ejemplar actuales que las del De-

(154) De haberlo hecho así, es decir, de haberse ubicado las sustituciones en estudio inmediatamente después del artículo 670 C.c., sí podría haberse pensado que se trataban de excepciones al principio de que el testamento es un acto personalísimo; que se trataban, pues, de testamentos sustitutorios del descendiente hechos por su ascendiente. Esto ocurre con el artículo 831 C.c. donde, después de marcar en el anterior la regla general, fija la excepción: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior... puede el viudo o viuda... distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes..."

(155) GARCÍA BERNARDO, ob. cit., p. 79.

(156) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 71.

(157) Digesto 28,5,32,pr.: "La institución de «los que quisiese Ticio» es viciosa porque se deja al arbitrio ajeno, ya que bien claramente dejaron establecido los antiguos que los derechos testamentarios deben valer por sí mismos y no depender del arbitrio ajeno".

Partidas, 6,3,11: "Declarar debe e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estableciesse por heredero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdria, maguer dixesse assi, aquel sea mio heredero que fulano quisiere o estableciesse por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas, non debe ser puesto en albedrio de otro".

(158) PUIG PEÑA, ob. cit., p. 468.

(159) En igual sentido se manifiesta CÁRDENAS (ob. cit., p. 928), para quien en los artículos 775 y 776 de lo que se trata es de sustituir la facultad de testar.

recho histórico), es por lo que hoy no constituyen excepciones a ese principio (160).

Frente a la segunda objeción, si se admitiese que el ascendiente tiene una especie de poder legal de representación a la hora de testar por su descendiente, se llegaría a un supuesto más grave que el del testamento por comisario (161), pues en éste, por lo menos, hay una manifestación de voluntad del titular de los bienes y derechos, mientras que en el testamento hecho por el impúber o incapaz, éste no manifiesta voluntad de ninguna clase (162). Por otro lado, entre los poderes que tienen los padres (no todos los ascendientes) como representantes legales de sus hijos, enunciados en los artículos 162 y ss. C.c., no existe ninguno que les autorice a testar por éstos (163).

Cuarta. Si se admite la tesis amplia, se llega a consecuencias que ni admitió nuestro Derecho tradicional, ni puede consentir nuestra legislación vigente, como la de que un ascendiente cualquiera pudiera privar al padre de toda la parte de libre disposición de la herencia de uno de sus hijos (164), o como la de que un ascendiente se nombre a sí mismo en la porción libre del incapaz (165), perjudicando así a otros ascendientes que tengan mejor derecho, o al menos, igual que él.

Para salvar estas consecuencias inadmisibles, se ofrecen, por los partidarios de la tesis del testamento sustitutorio, fundamentalmente dos soluciones, a saber:

a. Esas consecuencias no se pueden dar porque la sustitución queda sin efecto por premoriencia del sustituido (166).

Ahora bien, esto no encaja: si la sustitución es un testamento del sustituido ¿cómo se extingue aquélla por la muerte de éste?, cuando debería ser todo lo contrario, a la muerte del sustituido producir la sustitución (ya que es un testamento suyo) todos sus efectos (167).

(160) *Vide* además, nota 154.

(161) El testamento por comisario está prohibido por el artículo 670 C.c.

(162) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 580.

(163) *Vide* también nota 149.

(164) DE BUEN, *Derecho civil...*, cit., p. 310.

(165) Hipótesis prevista, como posible, por VÁZQUEZ GUNDÍN, ob. cit., p. 158.

(166) CÁRDENAS, ob. cit., p. 928.

(167) Entiende ALBALADEJO *-Comentarios...*, cit., p. 108— que el único orden de fallecimientos posible para que la sustitución no se extinga es: sustituyente, sustituido y sustituto, porque si el sustituyente no premuere al sustituido, el testamento sustitutorio no puede regir la sucesión, y si el sustituido no premuere al sustituto, éste no le puede suceder.

Este razonamiento, que es completamente exacto, sin embargo no concuerda con la afirmación de la tesis amplia (mantenida por este autor) de que las sustituciones tratadas son testamentos del sustituido, porque nos llevaría a decir que la muerte de una persona opera o produce la apertura de la sucesión de otra, la muerte del sustituyente provoca la sucesión del

Lo que pone de manifiesto esta solución es, precisamente, todo lo contrario a lo que predica la postura de sus defensores, que no es sino que el testamento es del sustituyente y no del sustituido.

b. En la sustitución pupilar y ejemplar se parte de la base de la inexistencia de herederos forzosos del sustituido, fuera del sustituyente (168).

Esta solución, aparte de ser un tanto forzada y arbitraria, ataca frontalmente al artículo 777 C.c., precepto que, por otra parte, se aduce para justificar la postura de la tesis amplia.

Dicho precepto lo que hace es declarar la validez de las sustituciones pupilar y ejemplar, **“en cuanto no perjudiquen los derechos legítimos de los herederos forzosos del sustituido”**, pero en ningún caso excluye la posibilidad de la existencia de dichos herederos. Antes bien, el artículo 777 lo que prevé es esa posibilidad.

Quinta. Esta tesis es la que más fielmente sigue los principios generales de nuestro Derecho, entre ellos el de que la sustitución no puede abarcar más que la institución (169).

Se concluye, en contra de este argumento, que ello obedece a la actual impropiedad del nombre **sustitución**, que ha continuado dándose a tales instituciones. Esta crítica no parece muy plausible, porque habría que suponer, no sólo la dejadez o desidia del legislador de llamar sustituciones a estas figuras si no lo fuesen realmente, sino, además, suponer que el legislador también se equivocó al ubicarlas en la sección tercera del capítulo II, del título III, del Libro III del Código civil, que se rubrica **“De la sustitución”**, lo que nos parece mucho suponer.

Sexta. El Código no determina preferencia ninguna entre los ascendientes a quienes concede la facultad de sustituir, se limita a disponer: **“Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos...”**, para la sustitución pupilar; y **“El ascendiente podrá nombrar sustituto...”**, para la ejemplar, de tal suerte que no autoriza directa ni indirectamente el es-

sustituido, cosa que no parece admisible en nuestro Derecho, para el que sólo se abren las herencias de personas muertas (arts. 657 y 661 C.c.) o declaradas fallecidas (art. 196 C.c.), y la herencia del sustituido (de seguir conjuntamente la tesis amplia y el orden de fallecimientos expuesto arriba) se trataría de herencia de una persona viva.

Tampoco sirve decir (ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 88, y CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., p. 150) que la herencia se defiende al fallecimiento del sustituido, porque ello equivaldría a decir que el testamento es de éste, pero no nos resolvería el problema que tratamos en este punto de solucionar: el de las graves consecuencias que acarrea admitir la tesis amplia.

(168) CÁRDENAS, ob. cit., p. 929. Igual solución, en el fondo, vienen a dar VÁZQUEZ GUN-
DÍN, ob. cit., p. 158, y BALLESTER, ob. cit., pp. 538 y 539.

(169) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 581.

tablecimiento de preferencias entre los diversos sustitutos, o lo que es lo mismo, entre los diversos sustituyentes (170).

De entenderse que la sustitución abarca todos los bienes del sustituido, nacería el conflicto de la elección entre los diversos sustitutos, inconveniente y dificultad que desaparece desde el momento en que la sustitución se limita a los bienes del que la ordena.

Contrariamente, se argumenta (171) que “no es aceptable adoptar una posición buscando apoyo en que sea la más cómoda para el intérprete, en cuanto elimina problemas”. Se añade (172) que “si surgiera litigio, caso de concurrir dos o más sustituciones a la sucesión del incapaz de testar, los Tribunales se verían constreñidos, en observancia del antiguo artículo 6.º (actual art. 1.4), a suplir por analogías o por los principios generales del Derecho la insuficiencia de los preceptos del Código”.

En contra de lo anterior cabe alegar que la tesis estricta no se basa, exclusivamente, en que sea la más fácil, la que menos inconvenientes plantea, sino que, fundándose en argumentos sólidos y razonados, si además es la que menos problemas acarrea, mejor que mejor.

Además, como dice MUCIUS SCAEVOLA (173), los Tribunales (en cumplimiento de la obligación que les impone el art. 1.7 C.c.) se atribuirían el derecho a legislar, al establecer preferencias entre los diversos sustitutos, cuando fuesen varios los ascendientes que nombraran sustituto al descendiente y la sustitución comprendiera todos los bienes del sustituido, creando con ello arbitrariedad y dando lugar a graves injusticias (174).

Séptima. Si la sustitución fuese una disposición de los bienes del descendiente, la institución de una persona, con la omisión consiguiente del heredero forzoso, constituiría una preterición de éste, lo cual, conforme al artículo 814 C.c., determinaría la nulidad de la llamada sustitución. No cabría, pues, llamar como sustituto a un no legitimario del sustituido (cuando éste los tuviere), porque la sustitución quedaría sin efecto, totalmente desvirtuada (175).

(170) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 581; DE BUEN, *Derecho civil...*, cit., p. 310; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 683.

(171) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 69 y 70.

(172) BALLESTER, ob. cit., p. 538.

(173) Ob. cit., p. 582.

(174) Sobre este particular, *vide supra*, IV.B.b.

(175) Por ello, algunos autores —*vide supra*, notas 144 y 168— estiman que el sustituido no ha de tener legitimarios además del sustituyente, lo que no deja de ser un tanto raro, porque el presupuesto del artículo 777 C.c. (aplicable a las sustituciones pupilar y ejemplar) no es otro que la existencia de dichos legitimarios —*vide supra*, cuarta razón que avala la tesis estricta—.

También se podría mantener, para salvar el obstáculo planteado por este argumento, que en las sustituciones pupilar y ejemplar los sustitutos nombrados, necesariamente han de ser los

Además, si se dice que en tal caso sería de aplicación el artículo 777 C.c. (**la sustitución es válida, en cuanto no perjudique los derechos legítimos de los herederos forzosos del sustituido**), y no el 814, estaríamos frente a la paradoja de que, en palabras de ALBALADEJO (176), “se da más fuerza a la institución de heredero ajeno (regiría el art. 777) que a la del propio (se aplicaría el art. 814)” (177). En otros términos, mientras que el artículo 814 (para la institución de heredero propio) sanciona con más dureza (anulación de la institución de heredero) el perjuicio de la legítima de los herederos forzosos del causante, el artículo 777 (para la institución de heredero ajeno, caso de las sustituciones pupilar y ejemplar) lo hace con menos rigor, ya que se sanciona de invalidez **sólo** en lo que les perjudique a aquellos.

En contra de este razonamiento, se dice (178) que el artículo 777 supone una excepción a la norma contenida en el artículo 814 (179).

Ahora bien, parece raro, cuando no incongruente, que el Código civil, saliéndose de su tónica (p. ej.: arts. 830 y 831, 670 y 671, 841 y 842), establezca primero la excepción (art. 777) y después señale la regla general (art. 814). Más adecuado sería pensar (180) que los artículos 777 y 814 no guardan ninguna relación. El primero no contempla el supuesto de *preterición de los legitimarios del sustituido* (de ahí la distinta regulación de éste y el 814), porque no puede producirse, al no haber testamento de su herencia; si fuese la sustitución pupilar o ejemplar un testamento del sustituido se aplicaría, como a cualquier otro testamento, el artículo 814, pero como no lo es, se aplica el 777.

Luego, aquéllas son auténticas sustituciones que para un caso concreto tienen su precepto especial –art. 777–, distinto del artículo 814, que rige (para el mismo caso) en la institución de heredero, como regiría en las sustituciones pupilar y ejemplar, de estimar que éstas son testamentos del descendiente-sustituido.

legitimarios del sustituido, cuando los tenga. Solución ilógica, pues a los mismos resultados se llegaría sin hacer la sustitución, ya que los herederos intestados del sustituido serían, precisamente, sus legitimarios; la sustitución carecería de sentido y de utilidad.

(176) *Comentarios...*, cit., p. 121.

(177) Lo señalado entre paréntesis es mío.

(178) CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit., p. 158; PUIG PEÑA, ob. cit., p. 472, nota 16; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., p. 487.

(179) Igual parecer tiene ALBALADEJO –*Comentarios...*, cit., p. 121–, según la literalidad del artículo 777.

(180) LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 17.

d. *Conclusión.*

Por todos los razonamientos expuestos, la tesis estricta o de la sustitución cree que las sustituciones pupilar y ejemplar son auténticas sustituciones, por las que el testador-sustituyente-ascendiente le nombra sustituto a su descendiente, menor de catorce años o incapaz por enajenación mental, tan sólo en los bienes que le dejó, excluidos los que al sustituido le corresponden como legítima.

Esta tesis tiene, aparte de otras ventajas (181), la virtud de no enfrentarse con el importante problema, como sucede en la amplia (182), de la concurrencia de varios ascendientes a la hora de nombrar sustituto a un mismo descendiente.

Cuando son varios los sustitutos nombrados a un mismo descendiente por distintos ascendientes, cada uno de aquellos recibirá, únicamente, los bienes procedentes del ascendiente que le nombró, al producirse el supuesto de hecho de cada una de las sustituciones: muerte del sustituido antes de cumplir catorce años o antes de haber recobrado la razón sin haber testado válidamente.

C. *Jurisprudencia.*

Comenzaremos diciendo, al igual que PUIG PEÑA (183), que “nuestro Tribunal Supremo no ha dictado ningún fallo que permita precisar con certeza las líneas directrices de las sustituciones pupilar y ejemplar en la técnica de nuestro Código civil”.

Dicho esto, no se puede omitir que el mayor número de sentencias de nuestro Alto Tribunal (184) siguen, con mayor o menor acierto, explícita o implícitamente, el criterio de la tesis amplia o del testamento sustitutorio, pero con una matización: si bien todas ellas se pronuncian en favor de que se testa por otro (el ascendiente testa por el descendiente), sin embargo, no se pronuncian explícitamente acerca de los bienes que comprende la sustitución (185).

Por ejemplo, y a modo de resumen, la sentencia de 6 de febrero de 1907 establece, en el primero de sus considerandos, que, “dada la facul-

(181) Que la tesis estricta sea la que más fácil construcción hace de las sustituciones pupilar y ejemplar y la que menos problemas suscita, no quiere decir que sea la incorrecta (por esos solos hechos), pues muchas veces los intérpretes de la Ley, buscando obstáculos donde no los hay, forzamos la construcción de las figuras jurídicas.

(182) *Vide supra*, IV.B.b.

(183) *Ob. cit.*, p. 466.

(184) Ss. de: 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941 y 20 de mayo de 1972.

(185) *Vide* ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., nota 22 de la p. 60.

tad otorgada por la ley al ascendiente para testar por y en nombre del descendiente para el caso de que, siendo éste incapaz, muera en tal estado, es manifiesto que cuando existe, como en el caso del presente recurso, un testamento otorgado por la madre en sustitución de su hijo, por causa de incapacidad, no se puede estimar que éste haya muerto intestado... porque tal testamento produce los mismos efectos que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia...”; lo que no deja lugar a dudas de que la sustitución es un testamento del sustituido hecho por su ascendiente. Pero continúa dicha sentencia: “... sin perjuicio de discutir en el juicio correspondiente su validez absoluta o su extensión y eficacia...”, lo que pone de manifiesto su no-pronunciamiento sobre la cuestión fundamental, el alcance o extensión del testamento.

Un giro radical en nuestra jurisprudencia lo representa la sentencia de 20 de marzo de 1967 (referida a la sustitución ejemplar, también es aplicable a la pupilar), que opta inequívocamente por la tesis estricta. En efecto, y como dice PUIG BRUTAU (186), dicha sentencia después de referirse a los precedentes romanos y al sistema español, que culmina con la promulgación del Código civil, cuyo artículo 670 proclama que el testamento es un acto personalísimo, añade que contra esta norma general y absoluta del Derecho civil común únicamente se pueden admitir las derogaciones que, de manera expresa y terminante, se establecen en el propio Código, que son las contenidas en los artículos 671 y 831; y, “fuera de estos casos, en las regiones sometidas al derecho civil común no puede formarse testamento por otra persona”.

Añade: “si, pues, con arreglo a nuestro derecho sucesorio no puede otorgarse testamento por otro sino en los casos taxativamente dispuestos por la ley, se comprende que en el caso de la sustitución ejemplar el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima”.

Es obvio, pues, que, según esta sentencia, las sustituciones pupilar y ejemplar no suponen excepción al carácter personalísimo del testamento, y por lo tanto, el sustituto sólo hereda los bienes que el ascendiente haya dejado a su descendiente, excluidos los que a éste le correspondan como legítima.

Para concluir, diremos que, si bien es cierto que una sola sentencia no significa jurisprudencia ni impide cambiar de criterio, no lo es menos que, por la misma razón y por no ser la jurisprudencia fuente de nuestro orde-

(186) Ob. cit., p. 582.

namiento jurídico (art. 1, n.º 1 y 6 C.c.), los jueces y Tribunales irán resolviendo, de acuerdo con sus preferencias y a su prudente arbitrio, los casos que conozcan, inclinándose por una u otra posición de las dos adoptadas por las tesis tradicionales (amplia y estricta), o quizá por otra distinta, que es la que nosotros defendemos y exponemos a continuación.

D. Postura adoptada.

Como conclusión a este trabajo, y en vista de todo lo expuesto y lo que después diré, creo que las sustituciones pupilar y ejemplar son auténticas sustituciones y que su objeto está formado por los bienes que el ascendiente deje a su descendiente, incluida la legítima que a éste corresponda. Es, pues, la legítima debida al menor o incapaz lo que diferencia nuestra postura de las dos clásicas.

Frente a la tesis amplia, que afirma que las sustituciones estudiadas son testamentos sustitutorios que abarcan todos los bienes del sustituido, mantenemos que son sustituciones que abarcan tan sólo los bienes del sustituido provenientes, bien en concepto de libre disposición, bien como de legítima, de su ascendiente-sustituyente (187); y frente a la tesis estricta, postulante de que las sustituciones sólo comprenden los bienes de libre disposición dejados por el ascendiente a su descendiente, afirmamos que también se incluyen en aquéllas los bienes que como legítima debe aquél a éste.

La tesis que aquí mantenemos se fundamenta, además de por las razones expuestas para defender la tesis estricta (188), las objeciones a las críticas de éstas (189) y las críticas a los argumentos aducidos en favor de la tesis amplia (190), por los siguientes argumentos:

Primero. Es la más acorde con la evolución histórica de las figuras tratadas (191). El Proyecto de Código civil de 1851, antecedente legalmente señalado de nuestro Código vigente, bien podría culminar la ruptura total con el Derecho romano y de Partidas, y regular la sustitución pupilar (art. 638, 2.º) como sustitución comprensiva de los bienes de libre disposición que deje el sustituyente al sustituido.

Ahora bien, el legislador del Código vigente silenció, suprimió, en sus artículos 775 y 776, la limitación establecida en el Proyecto de que la sus-

(187) Por ello, para que surtan efecto las sustituciones, el ascendiente-sustituyente ha de premorir al descendiente-sustituido, y éste al sustituto.

(188) *Vide supra*, IV.B.c.

(189) *Supra*, IV.B.c.

(190) *Supra*, IV.B.a.

(191) *Vide supra*, II. En particular el Proyecto de Código civil de 1851.

titución sólo se extendía a los bienes de libre disposición del testador, lo que demuestra que hoy la sustitución también comprende la legítima debida por el ascendiente a su descendiente; de no ser así, se hubiese incluido en los artículos referidos, como en el Proyecto, la citada limitación.

En contra de este argumento no vale decir (192) que el silencio del legislador se debe a precipitación y falta de estudio, porque el sólo hecho de suprimir una expresión (la referida a los bienes de libre disposición del testador) implica, de por sí, un estudio detallado, máxime tratándose de una cuestión tan trascendental y tan pormenorizadamente tratada y regulada en el Código, como es la relativa a las legítimas.

Aparte, de admitirse tal crítica, cualquiera, y en cualquier tema, podría ofrecer la teoría que quisiere, porque bastaría para fundamentarla decir que de nuestro legislador todo se puede esperar, ya que ha legislado precipitadamente y sin el estudio suficiente.

Segundo. Si cualquier testador puede, por medio de la sustitución vulgar o fideicomisaria, sustituir a su heredero, para el caso de que muera incapacitado para testar (193), ¿por qué el Código civil limita esa facultad, en sus artículos 775 y 776, a los padres y ascendientes del sustituido? La contestación a esta pregunta no puede ser otra que, al ser aquellos, precisamente, los que deben legítima a sus hijos y descendientes, el legislador quiso que las sustituciones pupilar y ejemplar comprendieran, también, dicha legítima.

Así, mientras las sustituciones estudiadas comprenden los bienes de libre disposición que deje el ascendiente a su descendiente y los que conformen la legítima debida por aquél a éste, las sustituciones vulgar y fideicomisaria sólo tienen por objeto los primeros (194).

(192) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 584.

(193) De ahí que los partidarios de la tesis amplia, para fundamentar su postura (en la sustitución se dispone o se puede disponer de todos los bienes del sustituido) esgriman que, si no se adopta ésta, las sustituciones pupilar y ejemplar carecerían de sentido, pues a los mismos resultados se llega con la sustitución vulgar (si no heredó el sustituido) o fideicomisaria (si heredó). *Vide* quinto argumento en pro de la tesis del testamento sustitutorio.

(194) Acerca de la cuestión de si la sustitución pupilar (y ejemplar) implica la vulgar, o lo que es lo mismo, si lleva consigo una sustitución vulgar tácita [el sustituto pupilar es designado para el supuesto de que el sustituido muera antes de los catorce años, pero también debe considerarse (tácitamente) como sustituto vulgar para el caso de que el sustituido no llegue a ser heredero por premorir al sustituyente] está resuelta de suyo.

La sustitución pupilar (y ejemplar) no puede comprender el supuesto de la sustitución vulgar. El sustituto pupilar no puede entenderse que sea, implícita o tácitamente, un sustituto vulgar. Las razones que abonan esta opinión son: a. el párrafo 2.º del artículo 774 parece indicar que los casos de sustitución sólo deben aplicarse a los supuestos expresamente previstos por el testador, y no por extensión a casos distintos (OSSORIO MORALES, ob. cit., p. 251); es decir, el sus-

Además, se corrobora este argumento por la distinta redacción que da el Código vigente a sus artículos 775 y 776, respecto al artículo 638, 2.º del Proyecto de 1851. En éste se dice: **“Puede también el testador dar sustituto...”**, luego, cualquier testador; mientras que en aquellos se prescribe: **“Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos...”** (art. 775), y **“El ascendiente podrá nombrar sustituto...”** (art. 776).

Lo que evidencia que, en el Proyecto citado, cualquier testador puede nombrar sustituto, porque la sustitución se refiere, exclusivamente, a sus bienes de libre disposición, mientras que en el vigente Código sólo pueden nombrar sustitutos los ascendientes (que son los que deben legítima a sus descendientes), porque la sustitución se refiere tanto a los bienes de libre disposición como a los que integran la legítima debida por aquellos a sus descendientes sustituidos.

Tercero. El artículo 777 C.c. sería innecesario si no se incluyese en la sustitución la legítima debida por el ascendiente a su descendiente. Los derechos legitimarios de los herederos forzosos del sustituido estarían salvaguardados por las reglas generales que los protegen, pero como se comprende la legítima (en la sustitución), se dicta el artículo 777 para que ésta (la legítima del descendiente) también se tenga en cuenta a la hora de fijar la de los legitimarios del sustituido (195).

En otras palabras, el artículo 777 (196), al abarcar las sustituciones pupilar y ejemplar la legítima del descendiente, prevé la posibilidad de detraer, de los bienes que correspondan al sustituto, los que se necesiten

tituto nombrado para un caso, no lo es para los demás; **b.** toda sustitución debe de constar expresamente por considerarse como una carga o gravamen (PUIG PEÑA, ob. cit., p. 472); **c.** el supuesto de hecho de la sustitución pupilar (que el sustituido muera antes de los catorce años) es completamente distinto al de la vulgar (que el sustituido no herede); **d.** la sustitución pupilar no surte efectos si premuere el sustituido al sustituyente, mientras que en la vulgar ocurre todo lo contrario; **e.** la extensión, el objeto de ambas sustituciones es distinto, como ha quedado reflejado en el argumento que aquí anotamos.

Todo lo dicho vale como regla, sin perjuicio de que la voluntad del testador es soberana. Por ello, en la mayoría de los casos, se tratará de una cuestión de interpretación de dicha voluntad, y la solución dependerá de los términos en que haya sido ordenada la sustitución.

(195) *Vide* además, en este sentido, cuarta objeción al tercer argumento de la tesis amplia. También conviene reseñar aquí, la distinta redacción del actual artículo 777 con respecto a su concordante del Anteproyecto de 1882-1888 (que, como sabemos, da casi idéntica redacción a las sustituciones pupilar y ejemplar que el Código civil). El artículo 778 del referido Anteproyecto declara válidas aquellas sustituciones **sólo cuando el sustituido carece de herederos forzosos** (lo que permitiría pensar que las sustituciones abarcan todos los bienes del sustituido –*vide* la cuarta razón que argumenta la tesis estricta–), pero el actual artículo 777 lo que hace es todo lo contrario, **declarar válidas las sustituciones si el sustituido tiene herederos forzosos, siempre que se respeten sus derechos legitimarios.**

(196) Precepto que sólo es aplicable a las sustituciones pupilar y ejemplar, pues comienza diciendo: **“Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores...”**.

hasta completar la legítima de los herederos forzosos del sustituido; y, precisamente, como también se detraen (de los bienes que corresponden al sustituto) bienes de la legítima del sustituido (que pasan igualmente al sustituto) es por lo que se ha dictado un precepto específico (art. 777), cosa que no se ha hecho para la sustitución vulgar (197).

Cuarto. Apoya nuestra postura el que el legislador haya incluido el segundo párrafo del artículo 776, ya que el testador-sustituyente dispone de parte de bienes que son del sustituido: la legítima que debe a éste; en otro caso, si el testador estuviese compelido a testar sobre sus bienes de libre disposición exclusivamente, es obvio que el sustituido, una vez vuelto a la razón, no podría revocar, por su propio testamento, la sustitución hecha por su ascendiente.

Por ello, por abarcar la sustitución la legítima del sustituido, es por lo que el artículo 776, 2.º dice literalmente: **“La sustitución... quedará sin efecto por el testamento del incapacitado...”**, luego sólo queda sin efecto la sustitución, no así el testamento del sustituyente, que no se puede revocar por otro de persona distinta (el sustituido).

Quinto. El artículo 782 del Código civil viene a reforzar nuestra postura cuando dice: **“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima...”**. Como este precepto sólo se refiere a las sustituciones fideicomisarias, y para la pupilar y ejemplar no se ha redactado ninguno semejante, se desprende que éstas últimas sí pueden gravar la legítima, en su consecuencia, pueden abarcar la legítima del sustituido (198).

Sexto. Por último, en contra de nuestra postura, se podría alegar el párrafo 2.º del artículo 813 C.c. que prescribe: **“Tampoco podrá (el testador-sustituyente) imponer sobre ella (legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie...”**. Pero dicho precepto, como expresamente ha manifestado algún autor (199), no juega con las sustituciones

(197) Se desprende de lo expuesto en este argumento que, no es válido el criterio según el cual: el respeto a la legítima de los herederos forzosos del sustituido (art. 777) da por supuesto que se trata de todos los bienes de éste, ya que de todos los bienes se hace cuestión en la legítima; y no es válido porque, efectivamente, de todos los bienes del sustituido, incluida la legítima que le corresponde del sustituyente, se está conformando la de sus herederos forzosos, pero no de aquellos otros bienes que le deje el ascendiente, que son los que le dan el carácter de sustitución a las instituciones tratadas. *Vide* además, sobre este particular, la crítica que se hace al sexto argumento de la tesis del testamento sustitutorio.

(198) Respecto a la posibilidad de que la sustitución vulgar (al igual que la pupilar y ejemplar) pueda gravar la legítima (como se desprendería del argumento expuesto), *vide* en contra, la quinta razón que se expone en el argumento siguiente.

(199) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 122.

pupilar y ejemplar. Las razones (200) por las que no es aplicable el artículo 813, 2.º a las sustituciones estudiadas son:

1.ª Las sustituciones pupilar y ejemplar no son tratadas por el legislador como disposiciones de la herencia del ascendiente, sino como normas de la sucesión al menor o incapaz (201).

2.ª Estas sustituciones no suponen limitación alguna respecto del heredero instituido. Si el menor llega a la edad de testar o si el incapaz recobra la capacidad o hace testamento válido, queda sin efecto la sustitución, y tanto uno como otro pueden disponer libremente de sus bienes (202).

3.ª Cuando el Código civil manda, en su artículo 777, que se respeten los derechos legitimarios de los herederos forzosos del sustituido, no hace lo mismo para la legítima de éste en la sucesión del ascendiente, como lo requeriría el artículo 813 (203). Por esto, dicho precepto rige en la sucesión del sustituido, pero no en la del testador-sustituyente.

4.ª Si el párrafo 2.º del artículo 813 fuese aplicable a las sustituciones pupilar y ejemplar, holgaría el artículo 777, puesto que los derechos legitimarios de los herederos forzosos del sustituido estarían protegidos por aquél, al no poder el testador imponer sobre la legítima (del sustituido) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie.

En otras palabras, como **sí puede el testador-sustituyente disponer**, en la sustitución, **de la legítima que debe al sustituido** (en contra de lo que establece el art. 813), es por lo que se dicta el artículo 777 para salvaguardar la legítima de los legitimarios de éste.

5.ª El artículo 813, 2.º no viene sino a reafirmar la regla preceptuada en el 782 (referente a las sustituciones fideicomisarias) y extenderla a la sustitución vulgar. Si, como dijimos en el argumento anterior, de la aplicación del artículo 782 quedan exceptuadas las sustituciones pupilar y ejemplar, podría pensarse que la vulgar del artículo 774 también quedaba al margen de lo reglado en aquel precepto (art. 782), siendo así que tal cosa no acontece realmente por lo dispuesto en el artículo 813, 2.º.

En definitiva, el artículo 813, 2.º se dicta, habida cuenta que de su aplicación quedan excluidas las sustituciones pupilar y ejemplar, para que, al igual que ocurre con las sustituciones fideicomisarias (que tienen su precepto específico, art. 782), la sustitución vulgar no pueda nunca gravar la legítima.

(200) Algunas de ellas expuestas por autores que defienden la tesis amplia. Es evidente que dichos autores mantienen el mismo criterio que nosotros en este punto, puesto que para ellos las sustituciones tratadas comprenden todos los bienes del sustituido, incluidos, cómo no, los que le corresponden de su ascendiente como legítima.

(201) OSSORIO MORALES, ob. cit., p. 248; MAURA, *Dictámenes*, t. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, pp. 302 y 303.

(202) CÁRDENAS, ob. cit., p. 927.

(203) MAURA, ob. cit., p. 303.

V. Conclusiones

Por todo lo expuesto, su evolución histórica, su fundamento actual y las razones apuntadas más arriba, pensamos que las sustituciones pupilar y ejemplar son verdaderas y auténticas sustituciones, con identidad propia, distintas de la vulgar y de la fideicomisaria, y objetivamente extensibles a los bienes que el ascendiente deje al descendiente (menor de catorce años o mayor de esta edad, pero incapaz por enajenación mental), incluida la legítima que aquél deba a éste.

En su consecuencia, el sustituto hereda, en el caso de morir el sustituido antes de cumplir catorce años (pupilar) o en el de morir antes de haber recobrado la razón sin testar válidamente (ejemplar), los bienes que el ascendiente-sustituyente dejó a su descendiente-sustituido, incluida su legítima.

Y, de ser varios los ascendientes que hayan nombrado sustituto al impúber o incapaz, cada uno de los sustitutos heredará la parte respectiva del ascendiente que le designó, incluida la legítima que el sustituyente deba al sustituido, deduciéndose de ésta, en su caso, los bienes necesarios para completar la de los herederos forzosos del sustituido; y para el resto de bienes propios de éste se abrirá la sucesión abintestato, pues hoy, como lo demuestran el artículo 912 y el último párrafo del 658 C.c., no existe obstáculo para la concurrencia de la sucesión testada e intestada.

Bibliografía

- ALBALADEJO, *Sustituciones hereditarias*, Ed. Gráficas Summa, Oviedo, 1956.
- *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- *Comentario del Código Civil*, t. 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, artículos 775 y 776.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2.º, Ed. RDP, Madrid, 1984.
- “Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido”, en *Actualidad Civil*, n.º 20, 1988, pp. 1193 y ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho Hereditario*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, 18.ª ed., Ed. RDP, Madrid, 1986.
- BALLESTER, “Comprensión de la sustitución ejemplar”, en *RGLJ*, 1928, t. 152, pp. 528 y ss.
- BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. M. Fairén, Barcelona, 1960.
- BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, t. V, *Sucesiones*, Ed. RDP, Madrid, 1965.

- “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 1941”, en *RDP*, t. XXV, 1941, pp. 420 y ss.
- BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, 3.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1965.
- BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, t. V, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- CÁRDENAS, “La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación”, en *RDP*, t. XXXV, 1951, pp. 926 y ss.
- CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. 2.^o, 8.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1979.
- “Consulta. Sustitución ejemplar”, en *RGLJ*, t. 137, 1920, pp. 72 y ss.
- CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1932.
- DE BUEN, *Derecho civil español común*, vol. II, 2.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1931.
- “Voces «Sustitución», «Sustitución directa», «Sustitución pupilar» y «Sustitución ejemplar»”, en *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, t. XXIX.
- DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 1981.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 5.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 5.^a ed., Ed. RDP, Madrid, 1978.
- FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. III, 2.^a ed., Imp. Fco. Núñez Izquierdo, Salamanca, 1882.
- FERNÁNDEZ NOVOA, *¿Debe reformarse el art. 776 del Código civil?*, Tipográfica Galaica, Santiago, 1910.
- FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Gráficas E. Sánchez, Madrid, 1978.
- GARCÍA BERNARDO, “Apuntalamiento de la sustitución ejemplar”, en *RDN*, julio-diciembre 1972, pp. 31 y ss.
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974.
- GONZÁLEZ PORRAS, “La sucesión de los impúberes en la Compilación de Derecho civil de Cataluña”, en *ADC*, 1973, enero-marzo, pp. 241 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, A., “La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar”, en *RDP*, t. XLIX, 1965, pp. 371 y ss.
- HERNÁNDEZ-TEJERO, *Lecciones de Derecho romano*, 3.^a ed., Ed. Darro, Madrid, 1978.
- IGLESIAS, *Derecho romano*, 10.^a ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1990.
- LA REVISTA, “Consulta sobre sustitución ejemplar: validez de la misma en cuanto a bienes reservables del incapaz”, en *RDP*, t. IV, 1917, pp. 214 y ss.
- LACRUZ Y SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- LASO, *Crónica de la codificación española*, 4, *Codificación civil*, vols. I y II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.
- LÓPEZ LÓPEZ, “Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español”, en *ADC*, t. XI, fasc. I, 1958, pp. 3 y ss.
- MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. I, 8.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1973.
- MAURA, *Dictámenes*, t. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.

- MIGUEL TRAVIESAS, "Sustituciones hereditarias", en *RDP*, t. XIV, 1927, pp. 404 y ss., y 1928, págs. 1 y ss.
- MOLINA RAVELLO, "Caso práctico sobre la sustitución ejemplar", en *RDP*, t. XXIV, 1940, pp. 142 y ss.
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XIII, 5.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1943.
- O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, 3.^a ed., Ed. RDP, Madrid, 1990.
- OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- "Comentario a la sentencia de 10 de junio de 1941", en *RGLJ*, t. II, 1941, pp. 409 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.^o, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
- PUIG FERRIOL, "La sustitución ejemplar en Cataluña", en *Estudios de Derecho civil en honor de Castán*, III, Pamplona, 1969, pp. 405 y ss.
- "La sustitución pupilar en el Derecho civil de Cataluña", en *Anuario de Derecho. Foral*, I, 1975, pp. 307 y ss.
- PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. III, vol. 1.^o, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. 1.^o, 2.^a ed., Ed. RDP, Madrid, 1974.
- RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, t. II, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. I, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Ed. Edelce, Sevilla, 1951.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.^o, 2.^a ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.
- SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, t. VI, Ed. RDP, Madrid, 1979.
- TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Sociedad Cooperativa Librería General, Zaragoza, 1987.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, 4.^a ed., Ed. Cuesta, Valladolid, 1939.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XI, artículo 813, Ed. RDP, Madrid, 1982.
- VÁZQUEZ GUNDÍN, "La sustitución ejemplar", en *RCDI*, núm. 166, marzo 1942, pp. 145 y ss.

**REFLEXIONES SOBRE EL TESTAMENTO
OTORGADO EN CONSIDERACIÓN
AL COMPORTAMIENTO DEL CÓNYUGE HASTA
ESE MOMENTO, Y AL QUE SE INSTITUYE
HEREDERO, PRODUCIÉNDOSE CON
POSTERIORIDAD A LA INCAPACITACIÓN
DEL TESTADOR, UN INCUMPLIMIENTO
DE LOS DEBERES CONYUGALES POR
EL CÓNYUGE INSTITUIDO HEREDERO,
Y EN ESPECIAL EL ABANDONO**

SUSANA JIMÉNEZ BAUTISTA

Juez sustituto

SUMARIO: **I.** JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO. EXPOSICIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO. CONCEPTO DE ABANDONO. **II.** DIFERENCIACIÓN DE LOS DOS MOMENTOS O SITUACIONES. **a)** En vida del incapacitado: posibles facultades del tutor. Acción de separación judicial. **b)** A la muerte del incapacitado, sin haberse ejercitado acción de separación judicial. Posibles soluciones. **b.1.** *Desheredación.* **b.2.** *Pérdida de eficacia del testamento.* **b.3.** *Indignidad.* **c)** Supuesto especial del artículo 742.2 del Código civil: revocación presunta de testamento cerrado. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. Justificación del trabajo. Exposición del supuesto de hecho. Concepto de abandono

Pretende el presente ser una reflexión sobre un tema que si bien no es frecuente en la práctica, la importancia del mismo por sí solo justifica su acometimiento.

Trata de exponer una realidad que aun no habiendo sido objeto de estudio, ni doctrinal ni jurisprudencialmente (pues no existe obra, tratado o comentario alguno sobre ello), he constatado en la práctica; no estando en el ánimo del autor de este artículo dar una solución, sino llamar la atención sobre su objeto, y de esta forma poder acercarnos cada vez más a la realidad, que día a día se refleja en los despachos notariales y en las oficinas judiciales, y entre todos encontrar la solución que reclama. Una vez más hemos de reconocer que es en los despachos, y ante la realidad que en ellos se expone, donde nacen y gestan las reformas y avances legislativos de toda índole.

Para una debida exposición del presente vamos a distinguir el supuesto de hecho del que partimos, para a continuación diferenciar las posibilidades ante las cuales nos podemos encontrar, intentando, a la vista de cada una de ellas, encajar alguna de las fórmulas que nos ofrece el Ordenamiento Jurídico, aun cuando sea teóricamente, para en último lugar llamar la atención sobre la necesidad de dar una solución ante el eventual planteamiento del supuesto de hecho a estudiar.

Hechas las anteriores precisiones, y entrando en el fondo del presente artículo, el supuesto de hecho sería el siguiente: un incapacitado casado que otorgó testamento con anterioridad a su incapacitación, y no pudiendo con posterioridad volver a testar (por así establecerlo los términos de la *sentencia de incapacitación* y no hallarse con posterioridad en estado de intervalo lúcido, art. 665 del Código civil), sufre el hecho de que su cónyuge (si bien el supuesto de hecho es extensivo a cualquier otro legitimario) le abandone, o en general incumpla sus deberes conyugales (o paterno filiales), poniéndose de manifiesto dicha circunstancia con ocasión de dicha incapacitación, y por tanto habiendo realizado el testador su testamento desconociendo dicha circunstancia, y en consideración a un estado de cosas que si bien existían al testar, posteriormente varía. Siendo que, bien por dicha conducta, puesta de manifiesto ya durante la tramitación del proceso de incapacitación, o bien por otros motivos distintos, como veremos posteriormente, el nombramiento de tutor no recae en el cónyuge, ante las facultades que en orden a ello tiene la autoridad judicial.

Debo precisar y ello justifica el título, la utilización de los términos abandono e incumplimiento de los deberes conyugales, distinguiendo los

mismos, en lo que pudiera entenderse en el sentido de no considerarse el abandono como un incumplimiento de los deberes conyugales. La precisión es útil en la medida en que la materia que vamos a desarrollar en el presente estudio, y regulada en el Código civil, tiene un marcado carácter imperativo, de *ius cogens*, siendo de interpretación restrictiva.

No existe al respecto, en el Código civil, una definición de abandono. La única aproximación la encontramos en el término desamparo que utiliza el artículo 172.1, párrafo 2.º, en relación con los menores, cuando establece que tal situación se produce como consecuencia de la falta de ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, al quedar privados de la necesaria asistencia moral o material.

En tal sentido, podemos entender el abandono como una desatención, una dejación de los deberes de un cónyuge respecto del otro, que se puede traducir tanto en una falta de asistencia material como moral y afectiva. Al respecto, los artículos 67 y 68 de aquel cuerpo legal consagran como deberes conyugales el respeto y ayuda mutua, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Empero el abandono puede producirse sin vulnerar tales deberes, por falta de atención afectiva o del cuidado preciso (entendiendo de esta forma el deber de respeto en un sentido muy amplio). Así, puede haber abandono aun viviendo ambos cónyuges juntos, y viceversa, no producirse abandono viviendo separados; piénsese, verbigracia, en el caso en que uno de los consortes tenga que ser internado en un establecimiento especial. De suerte que dentro de dicho concepto de abandono, entenderíamos tanto el material como el afectivo.

A tal efecto, el artículo 82 en relación a las causas de separación, en su número 1.º, enumera como tales “el abandono injustificado del hogar...”, en lo que pudiera ser entendido como una referencia clara e inequívoca a un abandono de tipo material y físico, lo cual excluiría el otro tipo de abandono como causa de separación.

A mi juicio y no obstante ello, una interpretación conforme al artículo 3 del Código civil, permite incluir dentro del número 1 del artículo 82 –que además del motivo expuesto como causa de separación, recoge “la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales”–, el abandono como causa de separación. De la misma manera ello nos permitiría incluir la atención de todo tipo entre los cónyuges como uno de los deberes conyugales reconocidos en los artículos 67 y 68.

En pura lógica considero que el abandono de un cónyuge por el otro está incluido en el número 1 del artículo 855 como causa de desheredación,

cuando considera como tal: “haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”.

No obstante lo cual y ante cualquier duda al respecto, a lo largo de la exposición voy a utilizar y, en su caso, diferenciar ambos conceptos.

II. Diferenciación de los dos momentos o situaciones

Siendo este el supuesto de hecho, vamos a diferenciar dos momentos, reflexionando sobre cada uno de ellos; el primero sería el que se produciría en vida del incapacitado, y por tanto antes de la apertura de su sucesión, pues el incapacitado no puede otorgar testamento al no reunir la capacidad precisa para ello, por lo que cualquier iniciativa y actuación al respecto le correspondería, de tenerla, al tutor, como tendremos ocasión de ver a lo largo del presente. Distinguiendo a su vez que el tutor ejerce la acción de separación judicial o no.

El segundo, verdaderamente problemático, sería el que se produciría a su muerte, y por tanto con ocasión de la apertura de su testamento, sin que se hubiera producido la separación judicial, apuntando alguna solución, en la medida que nos lo permita la rígida e imperativa normativa relativa a la legítima. Pues, como sabemos, la normativa relativa a la legítima es de Derecho necesario o cogente, es decir, formada por normas imperativas sustraídas a la libre disponibilidad, tanto de los legitimarios como del propio causante (1).

Debemos precisar, aunque ahora sólo sea un mero apunte, pues ello será objeto de desarrollo con posterioridad, que además los verdaderos problemas surgen con motivo de la legítima, ya que conforme al artículo 763, párrafo 2.º, “el que tuviere herederos forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”, remitiéndose en consecuencia a los artículos 806 y ss., y entre los cuales debemos citar al 813, en cuya virtud, “el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley, no pudiendo imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”.

Al respecto y sobre la mejora, el artículo 824 dispone que sobre ella “no podrán imponerse otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes”. En consecuencia y ante la situación descrita anteriormente, en la búsqueda de una solución, nos en-

(1) Así, Sentencia de 23 de octubre de 1992 (*Act. Civ.* 161/93) en su Fundamento Tercero dice que “bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho”.

contramos con el muro de la protección absoluta que el Ordenamiento Jurídico dispensa a los legitimarios, así como la rigidez y absoluto formalismo de las instituciones sucesorias, por otro lado totalmente justificado, que incluso impide prever dicha situación en el testamento, de modo que el testador ante una eventual incapacitación, si el comportamiento de sus legitimarios no fuera el correcto, abandonándole o incumpliendo sus obligaciones respecto de él, prevea que ello conlleve determinadas consecuencias que afecten a su llamamiento en la sucesión. Sobre ello volveremos posteriormente.

Consecuentemente, en la situación que estamos estudiando, solo sobre la porción que constituye su tercio de libre disposición el testador podría hacer en su testamento las previsiones que estime más convenientes al respecto, ante la previsión de un cambio de actitud en el instituido que le haga desmerecer tal nombramiento y su imposibilidad de otorgar nuevo testamento, imponiendo las condiciones y gravámenes más oportunos para ello, artículo 790 del Código civil.

Ahora bien, antes de desarrollar los distintos supuestos enunciados como a) y b), debo precisar que la materia no se agota en el supuesto de la sucesión legítima, aun cuando sobre ella me voy a centrar; por el contrario, igualmente se puede presentar en el caso en que teniéndose que abrir la sucesión intestada, el cónyuge fuera el único llamado, teniendo que soportar los hermanos del causante que el cónyuge que abandonó y/o incumplió sus deberes con su hermano, le suceda; es más, es posible que el cónyuge fuera instituido heredero universal por el testador, y que no obstante su mal comportamiento con él, le suceda; con la agravante que aun existiendo sentencia de separación judicial entre ellos, no quedaría privado de su llamamiento.

a) Situación en vida del incapacitado: posibles facultades del tutor. Acción de separación judicial.

Vamos a comenzar con el primero de los momentos apuntados, esto es, que en vida del incapacitado y con ocasión de la causa de incapacitación, y ya sea desde que se inicia el proceso de incapacitación, ya sea con posterioridad, se revela que su legitimario (si solo tiene uno), o alguno de ellos (si concurren varios), artículo 807 del Código civil, le abandona o en general incumple los deberes conyugales o paterno filiales con respecto de él. Incurriendo de hecho dicho legitimario en alguna de las causas previstas en los artículos 852 a 855 y 756, como causas de desheredación y de indignidad respectivamente, así como en alguna de las causas de separación previstas en el artículo 82, o incumpléndose los deberes que imponen los artículos 154 y 155 a los padres e hijos, artículos todos ellos del

Código civil. Recordemos que el incapacitado otorgó testamento antes de la declaración de incapacitación, sin que quepa duda alguna sobre su plena capacidad al tiempo de otorgarlo, y con una situación familiar que calificamos de absoluta normalidad, sin la más mínima sospecha de un cambio de actitud en sus seres queridos.

Evidentemente la incapacitación (que siempre presupone la existencia de una sentencia de incapacitación, pues en otro caso hablaríamos de un incapaz) determina la existencia de un tutor. Tutor que habrá sido nombrado por la autoridad judicial, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 234 y ss. del Código civil, que como ya apuntamos, podrá designar tutor, a la vista de las circunstancias y a pesar de existir consorte, a un pariente del incapacitado, incluso a un tercero, que estime idóneo, si redundando en beneficio de aquél. Lo cual puede ocurrir por una negativa injustificada del consorte a ocupar tal cargo, que denote un desentendimiento como tal respecto del tutelado, y a pesar de que la función tutelar constituye un deber, artículo 216 del Código civil; pues más allá del cumplimiento de un deber, lo que preocupa a la autoridad judicial es que el cargo se desempeñe además de con efectividad, dentro de los cauces de la armonía y cordialidad, que mal encaja con la imposición. Pero también por la concurrencia en dicho cónyuge de alguna de las causas que dan lugar a la excusa del cargo, artículo 251 del Código civil, ya sean motivos de edad, salud, ocupaciones...

Ello entronca directamente con el problema de la función que desempeña el tutor, su margen de actuación, en la esfera personal del tutelado, esto es, del incapacitado; concretamente las facultades que tiene para realizar como tal aquellos actos que calificamos de personalísimos, y que por tanto, desde una escrupulosa aplicación de la ley, sólo podría hacer el incapacitado. Y concretamente el caso de otorgamiento del testamento, acto personalísimo por excelencia, y por ende también el de la revocación del mismo.

En efecto, el tutor es el representante legal del tutelado, artículo 267, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; así como el administrador legal de su patrimonio, estando obligado a ejercer tal administración con la diligencia de un buen padre de familia, artículo 270; requiriéndose autorización judicial para la realización de aquellos actos que determina el artículo 271, o la aprobación judicial en los del artículo 272, para lo cual, y conforme al artículo 273, se deberá oír al ministerio fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años, o se considerase oportuno por la autoridad judicial, recabando los informes que le sean solicitados o estime pertinentes. Debiendo informar al juez puntualmen-

te sobre cualquier incidencia que en el desarrollo de su función observe, al objeto de adoptar las medidas oportunas.

Así, en ocasiones se ha reclamado a la autoridad judicial por parte de algún tutor una solución, ante el incumplimiento de los deberes conyugales por parte del esposo-a del tutelado, y lo que es más grave, el abandono de aquél-la a éste, con motivo de la enfermedad o accidente que causa la incapacitación, determinando la actitud del consorte que incluso durante la tramitación del procedimiento de incapacitación, se decida que la función del tutor recaiga en una persona distinta del consorte.

En consecuencia, y habida cuenta de las facultades de decisión que la ley le atribuye a la autoridad judicial, en beneficio del incapacitado, conforme a los artículos 234 y ss., y 242 del Código civil, el cargo habría recaído en un hijo o en un pariente cercano, incluso en un extraño, pudiendo recaer el nombramiento en una persona jurídica.

Vuelvo sobre la apreciación de que, *mutatis mutandis*, lo que se va a exponer respecto del cónyuge del testador incapacitado, es extensivo a cualquier otro legitimario, es decir, hijos o descendientes, y padres o ascendientes, tal y como ya resultaba del planteamiento general realizado líneas más arriba.

Incumplidos dichos deberes esenciales con respecto del incapacitado, y con independencia de la existencia o no de un testamento otorgado en su momento por el tutelado, lo cierto es que el tutor es testigo privilegiado de un comportamiento con respecto a su pupilo, cuanto menos reprobable, por parte de un legitimario de aquél, consciente de que su conducta era correcta antes de su incapacitación y conociendo dicho tutor que en su condición de tal legitimario, éste tiene unos derechos sucesorios, pero también unas obligaciones.

Con arreglo a nuestro sistema sucesorio, el cónyuge que no esté separado o lo esté por culpa de su consorte, es su legitimario, artículo 807 del Código civil, y tendrá derecho al usufructo viudal, en una cuantía que oscilará según concurra con otros legitimarios, y teniendo derecho incluso a conmutar su derecho si concurre con ciertos legitimarios, artículos 834 y ss. del Código civil.

Igualmente tiene derecho a suceder en la sucesión intestada, conforme a los artículos 943 y ss. del Código civil a falta de descendientes y ascendientes, y salvo que se encuentre separado por sentencia firme o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. No pudiendo privársele de tales derechos sino a través de la institución de la desheredación, artículos 848 y ss., solo posible en sede de sucesión testada, al requerir que se haga por el testador expresamente en su testamento, o a través de la institución de la indignidad, artículos 756 y ss., aplicable tanto en la sucesión testada como en la intestada.

En efecto, puede acontecer en la práctica que el incapacitado, antes de padecer su enfermedad o accidente, y por tanto sin la más mínima sospecha de poder llegar a serlo, y en atención a la buena marcha de su matrimonio, otorgue testamento en el que favorezca a su consorte, dentro de los límites que nuestro Derecho sucesorio permite. Pero posteriormente, y como apuntábamos al principio, con ocasión de su incapacitación, puede ser abandonado por su consorte o incumplir éste sus deberes conyugales con respecto de él, incurriendo así en causa de separación, artículo 82 del Código civil, y en causa de desheredación y/o de indignidad. Instituciones de desheredación e indignidad, que posteriormente analizaremos, que permiten que el testador-causante ante determinados comportamientos moral y legalmente reprobables pueda incluso privar de su legítima en el primer caso, y de los derechos sucesorios en el otro, a aquellos legítimos que incurran en ellas.

Con el anterior planteamiento, y en relación con los derechos sucesorios del incapacitado, observamos que éste, ante una situación como la descrita anteriormente, en que su consorte se desentiende de él, y sin la más mínima posibilidad de hacer testamento, en realidad de modificarlo, bien por así establecerlo expresamente la sentencia de incapacitación, bien por no hallarse en ningún momento en intervalo lúcido, artículo 665, nada puede hacer. Pero es más, el tutor, que está encargado de velar por él, que es su representante, y cuya toda actuación debe redundar en exclusivo interés y beneficio del incapacitado, al ser un acto personalísimo tampoco puede actuar.

La única vía que el tutor, ante la situación descrita, podía intentar sería la de obtener, en beneficio del tutelado, la separación judicial. De esta forma podría conseguir la privación de los derechos legítimos del cónyuge, tanto de existir testamento como si no; no obstante, esta posibilidad choca con el carácter personalísimo de la acción, por lo que tradicionalmente se negaba legitimación activa al tutor para el ejercicio de la misma, con las consecuencias tan fatales que ello implicaba para el tutelado, colocándole en una situación de indefensión total frente a su cónyuge. Afortunadamente esta situación ha variado, de modo que actualmente se reconoce al tutor legitimación activa para ejercitar, en beneficio del tutelado, la acción de separación judicial. Y ello como consecuencia de la labor importantísima y fundamental que la jurisprudencia ha realizado al respecto, pues con ningún reconocimiento de otra índole contamos; siendo así que hasta el determinante y esperado fallo del Tribunal Constitucional al que nos referiremos a continuación, tutores y fiscales se encontraban con la sistemática revocación de las escasas sentencias que, en Primera Instancia, lograban entrar a resolver sobre el fondo del asunto, admitiendo la legitimación activa del tutor, y acordaban la solicitada separación judicial.

Así, y después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000 y como *ut supra* exponía, en contra de la postura hasta entonces mantenida, se reconoce legitimación activa al tutor para ejercitar la acción de separación, en interés y beneficio de su tutelado, haciendo una realidad, para el incapacitado, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la CE, y la protección que sus artículos 39 y 49 consagran a favor de los más desprotegidos.

En esta misma línea debemos resaltar cómo el Tribunal Constitucional reconoce que los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española exigen una discriminación positiva a favor de los colectivos discriminados al objeto de hacer efectiva la tutela judicial y la igualdad (2).

Debemos resaltar que aun cuando sería de desear acometer una reforma al respecto urgentísima, la realidad que vivimos obliga a adecuar a ésta las normas de que disponemos, conforme determinan los artículos 3 y 4 del Código civil, bajo el principio del beneficio o interés del tutelado. En tal sentido, el ya citado artículo 216.1 consagra la función tutelar como un deber que se ejercerá en beneficio del tutelado, estando bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, y el artículo 269 del mismo cuerpo legal consagra la obligación del tutor de velar por el tutelado.

En la práctica, la acción de separación ejercitada por el tutor, en beneficio o interés del incapacitado, tiene una incidencia directa e inmediata en él (3), lo cual justifica por sí mismo la posibilidad de su ejercicio. Y ello, pues, en ocasiones, y al margen de la connotación de tipo afectivo y ético, el daño al tutelado es real y directo en él.

Resulta, en consecuencia, que si el tutor, conociendo el comportamiento del consorte del tutelado, y que además como legitimario tiene unos derechos sucesorios, no informara debidamente a la autoridad judicial, en virtud de su obligación de velar y actuar siempre en interés del incapacitado, estaría incumpliendo tales obligaciones. Ahora bien, sus facultades le impedirían ir más allá, por lo que en la práctica no solucionaría mucho.

(2) Así, Sentencias de fecha 25 de enero de 1983, 20 de enero de 1994, 3 de octubre de 1994, inspirándose para ello en tres principios fundamentales: el de supresión de barreras legitimarias para adquisiciones patrimoniales del incapacitado; la eliminación o flexibilización de las trabas judiciales en la gestión de su patrimonio; y la concesión de una mayor gama de fórmulas particulares de atribución patrimonial a su favor.

(3) Piénsese, verbigracia, en los efectos económicos que en su beneficio pueden derivarse de una separación judicial, en este sentido el artículo 102 del Código civil especifica los efectos que se producen con la simple presentación de una demanda de nulidad, separación o divorcio, incluso con tal separación se produciría la cesación de la presunción de hijo matrimonial del artículo 116 del Código civil...

Por otro lado, téngase presente que el artículo 1.393, caso 1.º, del mismo cuerpo legal, permite al juez declarar la disolución de la sociedad de gananciales, a instancias de un cónyuge, en caso de declararse judicialmente la incapacitación del otro.

Pues por mucho que el artículo 271 le faculte para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, con la debida autorización judicial, sin duda la actitud obstruccionista del cónyuge puede provocar perniciosas dilaciones y en general graves perjuicios. Piénsese que a veces los enormes gastos que supone la incapacitación obligan al tutor a enajenar bienes del tutelado, que en el caso que estamos estudiando está casado, y generalmente bajo un régimen de sociedad de gananciales, obstaculizando por ello cualquier negocio o acto que el tutor quiera realizar al objeto de obtener la solvencia económica que precisa para mantener al incapacitado.

Ejercitada la acción de separación judicial por el tutor, y acordada ésta, los efectos que va a producir tienen una proyección absoluta tanto en la esfera personal como patrimonial del incapacitado, y no solo respecto de sus actos *inter vivos* sino también respecto de los *mortis causa*; en este último sentido el consorte se vería privado de sus derechos legítimos, evitando así la situación que aquí estamos denunciando.

Evidentemente el campo se encuentra totalmente vedado para el tutor en lo que se refiere al testamento realizado por su tutelado, al ser un acto personalísimo por excelencia, como se establece expresamente en el artículo 670 del Código civil. Pero también lo era, como expusimos, el ejercicio de la acción de separación judicial, ¿qué lo hace diferente, siendo ambos actos personalísimos?

A mi juicio, el fundamento sería distinto en el caso del testamento, pues tan solo la reprochable idea de que suceda quien ha abandonado a su causante en vida cuando estaba más necesitado de un mayor cuidado y atención, siendo además su consorte, es lo que justificaría una intervención o modulación en la materia; es claro que el tutelado no va a resultar perjudicado directamente, toda vez que su testamento, y por tanto las disposiciones en él contenidas solo van a desplegar efectos a su muerte. No debemos pasar por alto que pueden existir hijos, incluso es posible que el tutor sea uno de ellos, ante el desentendimiento de su progenitor cónyuge del incapacitado, y que los mismos presencien cómo su comportamiento es causa de desheredación, pasando por el trance de la apertura de la sucesión del incapacitado fallecido y tener que contemplar cómo aquél sucede a éste, con la absoluta seguridad que de haber conocido dicha situación, el testador no lo habría permitido a través de los mecanismos que la ley prevé.

Por tanto, en vida del incapacitado, ningún margen de actuación tiene el tutor respecto de su testamento. A tal efecto debemos partir de los artículos 662 y ss. del Código civil. Del primero de ellos resulta que podrán testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Para a continuación, reconocer el artículo siguiente que están incapacitados

para ello los menores de catorce años de uno y otro sexo, y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (sin perjuicio de que para otorgar testamento ológrafo se requieran dieciocho años, conforme al artículo 688 del mismo cuerpo legal). Siendo el momento para apreciar la capacidad el del otorgamiento del testamento, artículo 666, y siendo válido en consecuencia el realizado antes de la enajenación mental, artículo 664. Reconociéndose a continuación, en el artículo 665, que siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su 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. En cuyo caso apreciada ésta, el testador podrá, atendiendo a las nuevas circunstancias que está viviendo, y ante la situación que estamos denunciando, adoptar las medidas oportunas dentro de los márgenes legales que conocemos.

En efecto, y con arreglo a lo expuesto, debemos distinguir aquellos casos en que el testador haya sido incapacitado, en cuyo caso la única posibilidad que tiene de testar es en intervalo lúcido (razón que justifica la presente exposición, y a la que se trata de dar una solución), de aquellos en que no hay sentencia de incapacitación, en cuyo caso se presume la capacidad, debiéndose acreditar la incapacidad de modo evidente y completo, tal y como se ha confirmado en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo (4).

Al respecto, y haciendo un necesario inciso, habrá que precisar que tratándose de un testamento notarial, la intervención del notario disipa cualquier duda sobre la calificación de la capacidad del testador (arts. 145, párrafo 2.º, y 156.8º del Reglamento Notarial), pues el juicio de aquél sienta una fuerte presunción, aunque no una verdad absoluta, ya que como presunción *iuris tantum* puede destruirse por prueba en contrario. Y ello pues, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 1972, la fe pública ampara la creencia del notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea, al tratarse de una apreciación psíquica, no de un hecho que se exteriorice siempre mediante signos perceptibles al jurista (5). Así, el artículo 685, párrafo 1.º, inciso 2.º, establece que también el notario deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. De igual

(4) Así, 18 de marzo de 1988, 7 de octubre de 1982, 21 de junio de 1986, 10 de abril de 1987.

(5) En igual sentido las de fecha 18 de marzo de 1988, 10 de abril de 1987, 7 de octubre de 1982, en las que se establece la posibilidad de destruirse la apreciación de la capacidad a través del proceso declarativo correspondiente.

modo, establecen los artículos 696, respecto del testamento abierto ordinario, y el 707, n.º 4, respecto del cerrado, que el notario dará fe de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Ahora bien, tratándose de cualquier otro testamento sin intervención de notario, sí pueden surgir dudas sobre la aptitud de aquellos ante quienes se otorga el testamento, en caso de hacerse en presencia de alguien, en orden a hacer tal calificación de capacidad, dado que no se les exige pericia alguna, piénsese, verbigracia, en los testigos. Así, el artículo 685, párrafo 2.º, del Código civil, establece que en los casos del artículo 700 y 701 (testamento en caso de peligro de muerte y de epidemia respectivamente), los testigos tendrán obligación de conocer al testador y “procurarán” asegurarse de su capacidad. Y aun cuando sea distinto el supuesto en que tan solo intervienen testigos, de aquellos otros casos en que interviene una autoridad, como un oficial que como mínimo sea contador, capitán o patrón, agente consular o diplomático.

Nada podemos objetar, por tanto, si el incapacitado, por los términos de la sentencia o por tener un intervalo lúcido, puede hacer por sí testamento, pues otorgándolo puede hacer los cambios y precisiones oportunas si es su deseo, y no otorgándolo puede mantener el mismo, dejando pues clara su intención de que a pesar de las circunstancias sobrevenidas, es su deseo que nada cambie. No olvidemos que no basta con que exista causa de desheredación sino que además el testador debe expresar en su testamento su voluntad de desheredar, no debiendo existir además y con posterioridad reconciliación; y tratándose de la institución de la indignidad y sus causas, conforme al artículo 757, éstas dejan de producir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después las remitiere en documento público. Las dudas se plantean en los restantes casos.

Por tanto, la cuestión se centra en lo siguiente: el tutelado que ya testó, no puede volver a testar, y por ende tampoco puede revocar su testamento, no obstante las circunstancias sobrevenidas; en consecuencia, su testamento refleja una voluntad que no es la última.

Siendo el fundamento de todo testamento, cumplirse la última voluntad del testador (6), aquí no es posible ello, pues el testador no puede manifestarla. Última voluntad que vendrá determinada y formada, fundamentalmente, por los últimos acontecimientos que viva; por lo que po-

(6) En la jurisprudencia, la repetición del principio de la preeminencia absoluta de la voluntad del causante y la necesidad de buscar siempre su intención, es incesante, y se cifra en centenares de decisiones. Así, Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 1985, 10 de febrero de 1986, 5 de marzo de 1991 y 16 de julio de 1998.

demos presumir que ante ellos, de poder hacerlo, cambiaría su testamento; pues repugna no solo al testador sino también a la sociedad, que quien mantiene una conducta reprobable con el testador le suceda. Voluntad del testador que, conforme al artículo 675 del Código civil, deberá presidir la interpretación del testamento, y que puede llegar a conocerse con la correspondiente labor de investigación e interpretación.

Cierto es que en el supuesto de haber hecho testamento el tutelado, el mismo contiene su voluntad, lo que verdaderamente quería, pero al tiempo de otorgarlo, y en un determinado contexto, de modo que no habiendo desheredado a su consorte, e incluso atribuyéndole una cuota superior a la que por ley le corresponda, llamándole expresamente en su testamento, su voluntad o intención es clara: que le suceda. Pero insisto, probablemente otra muy diferente sería dicha voluntad de haber tenido ocasión de conocer la reacción, el comportamiento de su consorte ante las circunstancias sobrevenidas.

Como exponíamos líneas más arriba, el cambio de la actitud del consorte en situaciones de plena capacidad del testador no tiene mayor trascendencia, pues el testador es libre de hacer el cambio que considere oportuno, llegando incluso a la desheredación, dentro de los límites que el Derecho sucesorio le impone, incluso mantener su testamento a pesar de ello; en cualquier caso quedaría clara, inequívoca, su voluntad. Ahora bien, esa voluntad inequívoca no se produce en los casos que estamos estudiando, pues desconocemos qué habría hecho: revocarlo o mantenerlo. Desconociendo su voluntad, la única solución que podemos dar con la legislación vigente es que el testamento sea eficaz, con todas sus consecuencias.

No olvidemos que iniciado el proceso de incapacitación, y fundamentalmente declarada la situación de incapacitación, conforme a los artículos 216, en relación con el 232 y 233 todos ellos del Código civil, la tutela se ejercerá siempre bajo la vigilancia de la autoridad judicial y el ministerio fiscal, y siempre en beneficio e interés del incapacitado, siendo responsabilidad de estos recuperar el orden y la paz transgredidos con dicho comportamiento, o cuanto menos, y en la medida que ello escape de sus atribuciones, adoptar las medidas oportunas, por lo que alguna solución se reclama por razones de justicia material.

Hasta aquí nos hemos referido a las facultades del tutor en vida del tutelado, a continuación nos vamos a centrar en la protección que el Ordenamiento Jurídico puede dispensar, y en consecuencia en las posibilidades que el mismo ofrece ante la situación que estamos estudiando, una vez fallecido el incapacitado, con ocasión de la apertura de su sucesión, y por supuesto extinguida la tutela, pues conforme al artículo 276, número 3, del Código civil, la tutela se extingue por el fallecimiento del tutelado.

b) Situación a la muerte del incapacitado, sin haberse ejercitado la acción de separación judicial. Posibles soluciones.

Se plantea con las circunstancias expuestas, si el testamento otorgado por el incapacitado antes de su incapacitación deviene inamovible o inatacable, o si por el contrario se puede, eso sí a instancia de parte legítima, dejar sin efecto un llamamiento en él contenido a favor de un legítimo, ante su comportamiento. No debemos obviar que fallecido el tutelado, el tutor cesa en su función, por lo que éste y en su condición de tal ya no interviene, sin perjuicio de que si el nombramiento de tutor hubiera recaído en un legítimo, tenga ahora la intervención que le corresponda como tal (7). Igualmente debemos precisar que en la situación en que nos encontramos no ha habido separación judicial entre el cónyuge del incapacitado y éste, después de otorgarse el testamento, y de la incapacitación, pues de existir, el consorte habría perdido todo derecho legítimo que le pudiera corresponder.

Nos podemos encontrar con el supuesto de que a pesar de las circunstancias existentes, el tutor no ejerce la acción de separación, aun a pesar de concurrir causa en que apoyarse; piénsese en el caso en que el tutor sea un extraño a la familia y no quiera profundizar en un aspecto tan íntimo como el que nos ocupa, o incluso que sea un hijo que no quiera enfrentarse, por motivos de muy diversa índole, a su otro progenitor a pesar de ser testigo privilegiado de su comportamiento, obviando incluso, en la medida de lo posible, dicho comportamiento. Y ello a pesar del deber que la ley impone al tutor de velar por el tutelado, y de actuar en su interés, como ya expusimos, incluso y tal vez por ello, evitando entrar en una batalla frontal contra su otro progenitor, en vida del tutelado.

Expuestos así los hechos, ciertamente las fórmulas a nuestro alcance son muy limitadas, habida cuenta que chocamos con materia, como la relativa a la capacidad, forma de testar y legítimas, que es de *ius cogens*, tal y como ya adelantamos. Amén del carácter solemne que tiene el testamento. Pero en cualquier caso todas las opciones pasan por utilizarse, a instancia de parte legítima, y a través del procedimiento judicial oportuno, en el que habrán de acreditarse debida y oportunamente todos los extremos.

Una última precisión antes de entrar en las distintas opciones, es que tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, dado el carácter solemne y personalísimo que tiene el testamento, el intérprete no puede, so pretexto de interpretar, crear una disposición nueva, aun cuando estuviera

(7) Llamo la atención sobre lo expuesto al principio de este trabajo, y es la posibilidad de que, *mutatis mutandis*, el supuesto de hecho se extienda a los casos en que el llamamiento fuera a favor de cualquier otra persona no legítima, lo cual exigiría también las oportunas reflexiones.

claro que el testador la hubiere querido. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que cuando las cláusulas son inexpressivas en algún punto, el sentido literal de las disposiciones testamentarias insuficientemente expresado, puede ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, del cual pueda extraerse, de modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente (8).

Hecha la indicada precisión, las opciones serían:

b.1. Desheredación.

Entender que se ha producido una causa de desheredación, que en este caso sería tácita y sobrevenida al testamento, inexistente al tiempo de otorgarse aquél.

En efecto, establece el artículo 855 del Código civil las causas de desheredación al cónyuge, entre las cuales obviamente estaría incluido el comportamiento del consorte que aquí denunciarnos: incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, negar alimentos a los hijos o al otro cónyuge (estimándose que el concepto de alimentos debe entenderse en sentido amplio, y por tanto con el contenido que establece el artículo 142), incurrir en causa de privación de la patria potestad conforme al artículo 170, y haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

El supuesto de hecho sería que el cónyuge del incapacitado, después de testar éste y de declarársele incapacitado, incurriese en algunas de las causas de desheredación que hemos visto. Para un mejor entendimiento, y aun cuando ello exceda de la pretensión de este trabajo, someramente debemos recordar que la desheredación es el acto formal por el cual el testador invocando una causa legal y cierta excluye de su derecho a un legitimario. Obviamente y aun cuando nada diga al respecto el Código civil, la capacidad para desheredar es la misma que para testar, pudiendo ser desheredados los herederos forzosos (art. 807, esto es, los descendientes, ascendientes y cónyuge). No especificando el Código la capacidad para ser desheredado, la doctrina establece diversas opciones; estiman algunos autores que la imputabilidad debe ser ponderada por los Tribunales, según su arbitrio, atendiendo a las circunstancias del caso; otros ponen énfasis en que la causa de la desheredación constituya un delito penal o sea un acto civil culposo o doloso (9).

(8) Así, Sentencias de 6 de marzo de 1944 y 26 de noviembre de 1974.

(9) BONET RAMÓN mantiene que debe tener capacidad delictual civil o penal según los casos, por ser necesario, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad, que el acto le sea imputable.

Por otro lado, la desheredación deberá realizarse a través de testamento, eso sí, puede ser en cualesquiera de las formas admitidas, debiéndose designar claramente al desheredado y expresándose la causa legal en que se funde, que conforme al artículo 858 sólo podrán ser las que expresamente señala la ley. Tratándose las mismas de causas taxativas, según unánime doctrina y jurisprudencia, sin posibilidad de analogía, interpretación extensiva, ni siquiera argumentación de *minoris ad maiorem*, al objeto de evitar la arbitrariedad, según justifica la doctrina (10).

Ahora bien, considero preciso llamar la atención sobre el siguiente hecho: si quien incumpliera sus deberes respecto del testador, abandonándolo, fuera su hijo o descendiente, o fuera un padre o ascendiente, dicha conducta no se recoge como causa de desheredación en los artículos 852, 853 y 854. Por lo que si se me permite debemos convenir que de la lectura de los artículos 852 a 855 resulta una especie de insatisfacción, que se pone de manifiesto en la práctica forense, al no incluirse expresamente dicho supuesto, salvo que lo entendamos comprendido en alguno de los enunciados, ya sea en los artículos 852 a 855, ya sea en el 756, al que se remiten dichos artículos. Piénsese que los artículos 154 y 155 del Código civil enmarcan los deberes que impone a padres e hijos respectivamente, dentro del periodo que abarca el ejercicio de la patria potestad, pero extinguida ésta, ¿qué ocurre?, ¿podemos desentendernos de nuestros padres y de nuestros hijos?

No obstante, estimar que existe una causa de desheredación tácita y sobrevenida al otorgamiento del testamento choca con dos realidades incuestionables, no solo por así establecerlo expresamente el Código civil, sino también por reconocerlo así de forma unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia:

— La primera, que la desheredación debe ser expresa y existir al otorgamiento del testamento, y

— la segunda, que la razón o causa que aquí estamos contemplando, no está expresamente prevista como causa de desheredación en el Código civil.

Todo ello hace prácticamente imposible utilizar esta vía para obtener un *pronunciamiento judicial de desheredación* que se apoyara en la existencia de una causa tácita y sobrevenida.

No obstante lo expuesto sobre el carácter taxativo de sus causas, lo cual ocurre no solo con las causas de desheredación sino también con las

(10) Así, en Sentencia de 19 de diciembre de 1988 (*Act. Civ.* 374/89) contempla el supuesto de una desheredación basada en una causa que no es ninguna de las que prevé la ley; declaró que "... tal cláusula de desheredación deberá estimarse por no puesta".

VALLET DE GOYTISOLO, en *Comentario del Código Civil*, cit., p. 2079, dice que es el único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad.

de indignidad, como tendremos ocasión de ver a continuación, y al hilo de lo expuesto líneas más arriba sobre el supuesto en que el comportamiento reprochable fuera de los hijos o descendientes y padres o ascendientes, modestamente este comentarista quiere llamar la atención sobre una cuestión incidental, y aun cuando ello suponga exceder el ámbito de este artículo, cual es considerar la conveniencia de estimarse como causas de desheredación las causas anteriormente mencionadas; proponiendo para ello una reforma legislativa que corrija, a mi modesto juicio, el desajuste que se produce con la realidad; y en tanto ello no ocurra, hacer un esfuerzo de interpretación extensiva, justificada en razones de justicia material. Pues lo contrario provoca, como de hecho ocurre en la práctica, un desconcierto y escepticismo poco conveniente, que sitúa al testador en una perplejidad total, al obligarle a permanecer impasible, no pudiendo hacer nada, ante una situación de abandono de su hijo o descendiente, o padre o ascendiente, que no implique negarle alimentos, ni maltratarle o injuriarle gravemente, pero que de hecho puede ser más dolorosa; y ello pues la institución de la desheredación y la indignidad no le sirven como armas de presión, de intimidación hacia aquellos legitimarios que incumplen sus más esenciales deberes como tales respecto de su causante, y aun cuando ello sobrepase o trascienda los límites de lo jurídico, invadiendo el campo de lo ético.

Pues la realidad a la que nos enfrentamos demuestra cómo es cada día más frecuente el abandono que sufren los padres por los hijos, abandono que como exponía no necesariamente ha de ser económico, poniendo en peligro su subsistencia material, sino afectivo, el cual es tan importante o más si cabe que aquél, tal y como revela un mínimo contacto con todos aquellos que se encargan, a través de distintas profesiones, de velar por personas de la tercera edad o personas que se encuentren en determinadas circunstancias especialísimas, ya estén o no incapacitados, o incluso simplemente observando a dichas personas, y tal y como se revela también, cuando con ocasión del ejercicio de nuestra profesión, visitamos tales centros, al objeto de practicar un reconocimiento judicial.

Por otro lado, esta situación, que con la intervención del notario en el testamento por excelencia, puede corregirse o subsanarse en la práctica, a través de su labor integradora, ofreciendo al testador la solución más idónea a esta situación, y haciendo las prevenciones oportunas en el testamento, como tal experto, sí se convertiría en un problema cuando el testador utiliza una clase de testamento en que tal autoridad no interviene, encontrándose la realidad anteriormente descrita, y que resulta del Código civil.

Con todo, la opción que considero más viable para evitar esta situación sería la posibilidad de una desheredación condicional, y ello ante el silencio del legislador. Consistiría en subordinar el llamamiento al hecho de que a la apertura de la sucesión el llamado no estuviera incurso en

causa de desheredación. No obstante, la doctrina es unánime en mantener que no es válido que el testador deje en su testamento prevista una desheredación para el caso en que el legitimario incurriera en el futuro en causa de desheredación. En apoyo de esta postura se cita el artículo 848 cuando exige que en el testamento se exprese la causa legal en que se funde, lo cual requiere que la misma se haya producido con anterioridad al otorgamiento del testamento. Es VALLET quien mantiene la posibilidad de la existencia de una desheredación condicional (11). Con todo, este comentarista considera que el mayor escollo lo encontraríamos ante la prohibición que el artículo 813, párrafo 2.º, establece a imponerse condiciones sobre la legítima (12).

Ahora bien, con una interpretación rigurosa y estricta, como no podía ser de otro modo, y habida cuenta de la alarma que el supuesto de hecho crea, y por justicia material ante las consecuencias que se tratan de evitar, podría justificarse esta solución. Es decir, el testador, para el único y exclusivo supuesto en que fuera incapacitado, especifica que si sus legitimarios o cualesquiera de ellos incurriera en causa de desheredación, sería-n desheredado-s, precisando como causa de desheredación el abandono en cualquier modalidad en que éste se pueda dar.

Pudiéndose incorporar al testamento a modo de cláusula de estilo, justificándose la misma en que concurriendo la causa de desheredación, y ante una eventual falta de capacidad para testar, el testador hace una previsión al respecto. Por otro lado y conforme a los artículos 790 y ss., una condición de tal naturaleza estaría dentro de los límites legales. Obviamente, abierta la sucesión, y estando incapacitado el testador con posterioridad a haber otorgado el testamento, contradicha la causa de desheredación por el desheredado, debería acreditarse tal circunstancia por los otros llamados, de existir, y en todo caso con intervención del ministerio fiscal, lo cual, no olvidemos el contexto en que todo ello se produce, no va a resultar difícil, por el control y vigilancia sobre la marcha de la tutela llevado a cabo por la autoridad judicial y el ministerio fiscal, y el correspondiente conocimiento sobre los hechos que los mismos van a tener, bien directamente, bien a través del tutor.

Con todo, estimo que la utilización de esta posibilidad, para evitar el

(11) VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, t. I, p. 2081; mantiene estas conclusiones y analiza con detalle la doctrina; y, “¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?”, en *RDN*, 1957, pp. 179 y ss.

(12) La legítima goza de una intangibilidad cualitativa que se plasma en la prohibición de gravar la misma. Así, Sentencia de 20 de noviembre de 1990 (*Act. Civ.* 174/91), parte “del principio de intangibilidad de las legítimas, incluso contra la voluntad del testador”, y añade “la referida intangibilidad de las legítimas (art. 806 del Código civil) no puede eludirse por vía de la partición realizada por el de cuius y menos aún por el albacea como mandatario post mortem y ejecutor de su voluntad”.

posterior problema que aquí tratamos, es también una solución forzada, fundamentalmente por lo ya anunciado, el límite que supone el artículo 813, párrafo 2.º, y el excesivo formalismo propio de esta institución.

b.2. Pérdida de eficacia del testamento.

Una segunda posibilidad sería la de considerar que el testamento ha perdido con posterioridad su eficacia, al producirse un cambio en las circunstancias que rodearon su otorgamiento, ajenas totalmente a la voluntad del testador, y que vician la misma; es decir, el supuesto del artículo 912.1 del Código civil (y aun cuando el mismo dice erróneamente perder la validez) y cuya consecuencia sería la apertura de la sucesión intestada. Como previa apreciación destaquemos que el Código civil carece de la precisión necesaria en la materia. Partimos de su artículo 743, según el cual “caducarán los testamentos o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”. Como es bien sabido, de aquí resulta la prohibición de interpretación extensiva, así como analógica.

Ineficacia que con arreglo a la doctrina, se produciría cuando el testamento carece de efectos en todo o en parte, pudiéndose producir por una causa coetánea al otorgamiento, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de nulidad, por un cambio de voluntad del testador, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de revocación, o por falta de las solemnidades posteriores, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de caducidad. Por razones obvias nos centramos en la nulidad, ya que el testador no ha podido realizar testamento, ni se dan los presupuestos para que opere la caducidad.

En efecto, establece el artículo 673 que “es nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”. Supuestos a los que debe añadirse el error, conforme establece la mayoría de la doctrina, interpretándose por la misma que la omisión de dicho vicio es una laguna del legislador, que debe subsanarse, incluyendo tal vicio. En este sentido se pronuncia LA-CRUZ, si bien estima que el error habrá de ser sustancial, pudiendo recaer sobre cualesquiera de los elementos de la disposición, rigiéndose en cada caso por las normas del Código directamente referidas a él, si las hay, y subsidiariamente por los principios del Código en materia de contratos, adaptados a este supuesto de manifestación unilateral (13).

En efecto, en este último vicio encajaríamos el supuesto de hecho, pues la voluntad emitida por el testador al otorgar su testamento estaría

(13) Así, TRAVIESAS y ROCA SASTRE han mantenido que el error invalida el testamento, en base al artículo 675, que exige que se aplique la verdadera voluntad del testador (dice el primero), o en base a la aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265 (según el segundo).

En el mismo sentido GORDILLO CAÑAS, “El error en el testamento”, en *ADC*, 1983, p. 747.

formada y se emitiría en atención a unas circunstancias determinadas, la actitud de su consorte hasta ese momento, de modo que si en atención a ella la emitió, y con posterioridad aquella actitud cambia totalmente, de suerte que puede presumirse que el testador de poder hacerlo privaría a dicho consorte de sus derechos legitimarios, que es lo máximo que podría hacer; la consecuencia es que la intención del testador al tiempo de otorgar el testamento no coincide con la que tiene al momento de la apertura de la sucesión.

Por otro lado, también podríamos barajar la posibilidad de la existencia de dolo en la formación de la voluntad del testador, como consecuencia de la existencia de un engaño, o maquinación insidiosa, utilizando la expresión del artículo 1.269, en el consorte que con su actitud determinaría en el testador la emisión de una voluntad en su testamento favorable, a sabiendas de que el mismo por razones de edad, o de salud, y por tanto ante una más que probable incapacitación, no podría otorgar posteriormente testamento, aun cuando le abandonara o incumpliera sus deberes conyugales. Evidentemente habrá una dificultad extrema en probar la existencia de este vicio, incluso en aquellos supuestos en que las circunstancias del matrimonio entre el posteriormente incapacitado y su consorte hagan presumir su existencia. Y ello, pues, en la práctica, el contacto permanente con los incapacitados nos revela que generalmente son las circunstancias sobrevenidas, y no una intencionalidad al respecto, lo que determina que el consorte del incapacitado a veces se sienta superado, imposibilitado de hacer frente a la situación, abandonando a su consorte, por lo que no existiría una actitud dolosa del mismo.

Convengamos, en consecuencia, que en la práctica generalmente lo que se produciría sería un error en la formación de la voluntad del testador; error que al decir de la doctrina debe ser en el motivo y ser relevante: desconocer o tener la falsa creencia de que el consorte cualesquiera que sean las circunstancias, cumplirá siempre con los deberes conyugales esenciales, y en razón a esa creencia otorgar su testamento.

Pero como exponíamos al principio, la nulidad determina la existencia de un vicio o defecto concurrente al tiempo de otorgarse el testamento, y ya hemos dejado claro que no es el caso, pues el testador había otorgado su testamento sin la concurrencia de vicio o defecto alguno.

También, en consecuencia, esta solución se antoja en exceso forzada, máxime teniendo en cuenta que como se ha mantenido reiteradamente en materia de ineficacia, no caben ni la interpretación extensiva ni la analógica (14).

(14) Así Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, en volumen IV, *Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. Octava edición, p. 408, donde mantienen que la materia relativa a la ineficacia testamentaria deberá tratarse con carácter restrictivo, pues el legislador así lo considera en el artículo 743.

b.3. Indignidad.

Una tercera opción sería la vía del artículo 912.4 del Código civil, procediendo a la apertura de la sucesión intestada como consecuencia de ser el heredero instituido incapaz para suceder. En efecto, se trataría de interpretar el término incapaz extendiéndolo a la indignidad, y por tanto por ser el heredero instituido indigno para suceder. Y ello aun cuando el supuesto que estamos contemplando no esté expresamente previsto como causa de indignidad en el artículo 756 del Código civil, como exponíamos al tratar la solución de la desheredación.

En efecto, para que la sucesión sea efectiva es necesario que la persona llamada tenga capacidad para suceder. Conforme al Código civil podrán suceder todos los sujetos de derecho, tanto personas físicas como jurídicas, sin que se requiera capacidad de obrar o de ejercicio, aunque sí se exigirá ésta para aceptar.

Sabido es que, dada la literalidad del artículo 745 del Código civil, no existen incapacidades absolutas, pero sí prohibiciones o incapacidades relativas para suceder en relación con un determinado causante. Se trataría de supuestos en que existe un sujeto idóneo para suceder pero que por circunstancias especiales está excluido de la sucesión. Distinguiéndose así entre los supuestos de los artículos 752, 753 y 754 del Código civil, que se fundan en la existencia de hechos lícitos incluso irreprochables pero que implican una causa de prohibición, tratándose de evitar el peligro de captar la voluntad del testador por la especial relación que le liga con él. Así sería el caso del sacerdote que le hubiera confesado en la última enfermedad; el del tutor o curador del testador, salvo alguna excepción; o el del notario autorizante de su testamento; así como aquellos otros supuestos que se basan en una actitud, aunque lícita, desconsiderada frente al testador, como son los casos del artículo 257 del Código civil, que se refiere al supuesto en que el tutor renuncia al cargo, o del artículo 900, cuando quien renuncia es el albacea.

Pero junto a las prohibiciones o incapacidades relativas está la indignidad, respecto de la cual nos encontramos, en esencia, con dos posturas: aquella que la configura como una circunstancia que no impide al indigno aceptar la herencia pero sí conservarla (de forma que los indignos sí pueden heredar, pero en forma claudicante, al poder ser privados de la herencia, de modo que de momento el indigno puede llegar a ser heredero mediante la aceptación, pero puede ser excluido de la herencia), y aquella otra que configura la indignidad como una circunstancia que hace al indigno incapaz para suceder y le impide desde el principio que opere a su favor la vocación y delación hereditaria.

Esta es la postura adoptada en nuestro Ordenamiento Jurídico, y así

lo ratifica el Tribunal Supremo: se considera que es una causa de incapacidad para suceder de carácter relativo, pues opera exclusivamente en relación con una determinada sucesión, la del causante frente al que el llamado a su herencia ha cometido cualesquiera de los hechos tipificados en el Código civil como causa de indignidad. Se produce, de esta forma, una equiparación de efectos entre incapacidad relativa e indignidad, consistente en que ambas impiden que opere la vocación y delación a favor del relativamente incapaz y del indigno.

Empero, las diferencias entre la indignidad y la incapacidad relativa radican en que en el primer caso la razón se basa en la conducta inmoral o no ética del indigno con el causante, considerándose como una pena privada, que puede levantarse, aplicándose además la indignidad a todo tipo de sucesión tanto testada como intestada; notas que no se dan en el caso de la incapacidad relativa.

Las causas de indignidad están previstas en el artículo 756, las cuales se consideran taxativas, junto con las de los artículos 713 y 111; son actos ilícitos, basados en una transgresión jurídica que se funda en una presunción *iuris tantum*, la de que si el causante hubiera conocido el hecho constitutivo de la indignidad hubiera excluido de la sucesión al indigno, y ello porque el momento de apreciar la existencia de dicha causa es al tiempo de la muerte del causante, artículo 758 del Código civil; de modo que la ley excluye de la sucesión al conjeturarse cuál sería la voluntad del testador de haber conocido el hecho. El legislador se preocupa de que al concurrir una causa de indignidad, desconocida por el testador al hacer su testamento, se pueda hacer efectiva su voluntad de que su herencia no quede en manos de ingratos o indeseables. Debiendo tener en cuenta que conforme al artículo 757 del Código civil, las causas de indignidad dejan de producir efecto si el testador las conocía al tiempo de otorgar el testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público. De modo que la indignidad solo operaría si la causa es posterior al otorgamiento del testamento, y aun así siempre que no la perdonara en documento público (art. 1.216 del Código civil).

Ahora bien, ello así expuesto, y aun cuando pareciera la solución o vía más adecuada al problema, resulta que siendo taxativas las causas de indignidad, el supuesto de hecho que estamos contemplando no se recoge entre las que enumeran los artículos citados. Y solo a través de una aplicación analógica y extensiva del supuesto previsto en el número 1 del artículo 756, que se refiere al caso en que el padre abandonara, prostituyere o corrompiere a sus hijos, permitiría aplicar esta institución, extendiéndolo a los supuestos en que dichos actos los realizaran los hijos y/o el cónyuge. Dicha fórmula se ampararía en los artículos 3 y 4 del Código civil, así como en el 675, que obliga a tener en cuenta la intención o vo-

luntad del testador, y en *el favor testamentii*, así como en el propio fundamento de la institución de la indignidad, que como exponíamos es la presunción legal de que si el testador hubiera conocido el comportamiento del llamado, le habría privado de cualquier llamamiento en su testamento, atendiendo para ello al momento de la muerte del testador, y no al del otorgamiento del testamento. Lo cual es indicativo de la preocupación del legislador por la posibilidad de que las circunstancias varíen desde el momento del otorgamiento del testamento, habida cuenta de la posibilidad de un cambio de actitud en los llamados en él. Por lo que por extensión, también deberíamos entender que operase la institución de la indignidad cuando el testador no pueda testar por estar incapacitado, y se ha producido ese cambio de actitud en el llamado a la herencia. Estando, a juicio de este comentarista, más justificada si cabe la aplicación de la misma, supliendo esa falta de capacidad del testador.

De suerte que iniciado el correspondiente procedimiento judicial, a instancia de parte legitimada para ello, se trataría de obtener un pronunciamiento favorable a la existencia de una causa de indignidad en el comportamiento del cónyuge (o en su caso del hijo), pues como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 1946 “es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad *ab initio* para suceder, por lo que la declaración de indignidad debe hacerse por sentencia firme”, máxime cuando, como en el presente caso, la causa ni tan siquiera es una de las expresamente previstas en la ley.

Con todo, esta sería la vía más adecuada para poner freno a la situación que a través del presente se denuncia, por ser la menos traumática atendiendo a los estrictos cauces en los que nos estamos moviendo y al poco margen de actuación que la ley nos deja.

c) Supuesto especial del artículo 742.2 del Código civil: revocación presunta del testamento cerrado.

Por último quiero hacer una reflexión sobre aquellos supuestos en que el incapacitado hubiera realizado un testamento cerrado, antes de su incapacitación, conforme a los artículos 706 y ss. del Código civil, y a su fallecimiento se encontrara el mismo en su domicilio con las cubiertas rotas, o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que los autoricen. Como es sabido, y conforme al párrafo 1.º del artículo 742 (el cual recoge la revocación presunta) se presume en tal caso que el testamento ha sido revocado.

No obstante, a continuación el indicado precepto lo presume válido si se probare que el desperfecto se hizo sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia. La cuestión que se

suscitara sería la de determinar el momento en que se produjo el desperfecto, y ello por las distintas consecuencias; si el desperfecto se hizo antes de la incapacitación, y por tanto con una intención claramente revocatoria, sería válida dicha revocación. Ahora bien, habría que acreditar dicha circunstancia, existiendo una extraordinaria dificultad para probarlo.

Si por el contrario dicho desperfecto se hizo una vez incapacitado, la presunción es de validez del testamento. Por tanto, acreditando que el testador ya estaba incapacitado para testar al destruirlo, la presunción es de validez del testamento. Presunción del artículo 742 que es *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario. Así, se podría destruir la indicada presunción probando que el testador incapacitado ha utilizado dicha forma de revocación al serle imposible acudir a un notario al objeto de otorgar testamento en intervalo lúcido, única posibilidad que tiene para, estando incapacitado, poder testar; y por tanto acreditando que en dicho instante podía testar al tener la capacidad necesaria. La consecuencia de estimarse la destrucción del testamento sería la apertura de la sucesión intestada, conforme al artículo 912 del Código civil, puesto que la doctrina de forma unánime así lo estima. En cualquier caso, la dificultad probatoria es extrema, y el supuesto planteado de laboratorio, no obstante lo cual creo merecía dedicarle unas líneas.

Por último, resaltar la trascendencia práctica de todo lo expuesto, e insistir en la necesidad de adaptar el Derecho a las necesidades actuales y a las nuevas técnicas. A tal efecto nos podemos encontrar ante el supuesto que contempla el artículo 9 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que permite al marido consentir en escritura pública o en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Consentimiento para la aplicación de las técnicas, que con arreglo al número 4 del mismo precepto, puede ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. Dejo meramente apuntado un último problema, en relación con el tema que motiva este breve estudio: ¿quid si incapacitado el testador con posterioridad a haber otorgado su consentimiento para la utilización de su material reproductor en su esposa, bien en escritura pública, bien en testamento, se produce un cambio total de las circunstancias, no teniendo el esposo capacidad para revocar el consentimiento?

Bibliografía

- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen II/2. *Derecho de Familia y Sucesiones*, Tecnos, 1998.
- GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, José María Bosch Editor, SA, Barcelona, 1992.
- LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, Tecnos.
- O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo V. *Derecho de Sucesiones*, Edersa.
- Seminario organizado por el Consejo General del Notariado, dirigido por D. Rafael Martínez Díe, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, 2000.
- RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones: común y foral*, Dykinson, 1987.
- SAURA MARTÍNEZ, *Incapacitación y tuición*, Tecnos.

NORMATIVA TESTAMENTARIA APLICABLE A LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS EN MISIONES EXTRANJERAS

JUAN LUIS MARTÍNEZ CALDEVILLA

y

RAMÓN FERRER BARQUERO

del Cuerpo Jurídico Militar

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ASPECTOS SUSTANTIVOS. CÓDIGO CIVIL. **A)** Ámbito personal, espacial y temporal. **B)** Otorgamiento. **C)** Conservación, protocolización y caducidad. **III.** ASPECTOS PROCESALES. **A)** Ley Procesal Militar. **B)** Ley de Enjuiciamiento Civil. **IV.** CONCLUSIÓN INFORMADA.

I. Introducción

El periodo de globalización en que nos encontramos lleva consigo que cada vez sea más habitual el desplazamiento de unidades militares de un país a otro, ora como fuerzas de implementación de la paz comandadas

por la OTAN, ora como misiones que se encargan del cumplimiento de las resoluciones de la ONU. Conviene recordar, en este punto, las principales acciones que en tal sentido afectan a nuestro país.

El 27 de noviembre de 1986 el Consejo del Atlántico Norte, máximo órgano de la OTAN, acordó el establecimiento de una nueva misión en Bosnia-Herzegovina que sustituyera a la Fuerza de Implementación (IFOR), una vez alcanzado el objetivo inicial de garantizar el cese de las hostilidades, interviniendo activamente fuerzas españolas (1). El 12 de diciembre, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1088 por la que se autorizó el despliegue de las Fuerzas de Estabilización (SFOR) en el marco de una nueva operación que se denominaría *Join Guard*, a la que continúa aportando efectivos nuestra nación (2).

Por otro lado, el acuerdo teórico militar suscrito por la OTAN y la República de Yugoslavia el 9 de junio de 1999 determina la retirada de las tropas serbias de la provincia a la vez que contempla el despliegue de una fuerza multinacional de seguridad en Kosovo (KFOR), liderada por la Alianza Atlántica. De hecho, el 10 de junio de ese año el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1244 por la que se legitimaba la KFOR (3).

Apuntemos, por último, que el Gobierno español ha aprobado, el 14 de diciembre de 2001, la actuación de diversas unidades militares en Afganistán, por un periodo inicial de tres meses. Este acuerdo se ha tomado sobre la base de distintas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU y a solicitud de la Coalición contra el Terrorismo liderada por Estados Unidos, en el marco de la Operación Libertad Duradera (*Enduring Freedom*).

Como dato indicativo de la entidad de fuerzas españolas desplazadas y de los múltiples problemas, sociales y jurídicos, que ello puede ocasionar, pensemos que el Ministerio de Defensa español tiene desplazados en misiones internacionales, a fecha de 1 de diciembre de 2001, un total de 2.848 efectivos (entre personal militar y civil), repartidos en lugares diversos que van desde Bosnia al Congo, pasando por Etiopía, Macedonia, Georgia o Guatemala.

(1) Dicha fuerza tenía como objetivo mantener un marco de seguridad en la zona que impidiera la reanudación de la lucha armada, y lograrse la estabilización del escenario para hacer posible la reconstrucción civil y el establecimiento de nuevas instituciones.

(2) A partir de entonces, la SFOR vela por la seguridad en la celebración de las elecciones, intenta consolidar los acuerdos de paz, mantiene el respeto a los derechos humanos y controla el armamento.

(3) El mandato de la KFOR abarca disuadir a las partes para que no reanuden las hostilidades, verificar el cumplimiento del acuerdo técnico militar y, en caso necesario, imponerlo, y otras labores, como las de control de armas o apoyo a los refugiados.

En efecto, sirva lo anterior para mostrar que vinculan a España compromisos internacionales que exigen un ingente esfuerzo humano, y ello ya ha supuesto lamentables fallecimientos de militares españoles fuera de su hogar, en ocasiones por accidente de tráfico, pero también en otras por disparos o explosiones de granada (4), lo que nos lleva a reflexionar sobre la normativa aplicable en materia de testamentaria a esas personas en campaña.

Por consiguiente, nos referiremos en estas páginas a las condiciones necesarias para que el testamento militar, regulado en el Código civil, entre en vigor.

Conviene apuntar, como estima O'CALLAGHAN, que el testamento militar, primero de los testamentos especiales enumerado en el artículo 677 del Código civil, no se puede considerar un privilegio concedido a ciertas personas, en cuanto ni pueden otorgarlo siempre los militares, ni sólo ellos. Efectivamente, los militares no pueden otorgar este testamento especial por el mero hecho de serlo, sino sólo si se dan condiciones como estar "en campaña" y "en tiempo de guerra", conceptos que ahora estudiaremos. Además, no pueden otorgarlo sólo los militares, sino todas las personas empleadas en el ejército —aunque sean civiles, como los intérpretes—, o que sigan a éste, —aunque sean de otro ejército, como los prisioneros de guerra (5).

II. Aspectos sustantivos. Código civil

Así pues, la posibilidad de que la normativa relativa al testamento militar entre en vigor, ya no es actualmente tan improbable como lo ha sido hasta ahora, pues si bien no estamos en tiempo de guerra, no faltan militares españoles desplazados al extranjero que pueden estar en zona de guerra, e incluso en peligro de ataque armado, de manera que no tengan otra opción para testar que acudir a esas disposiciones.

El Código civil español regula el testamento militar en su sección 6.^a (arts. 716 a 721), dentro del capítulo 1.º, que se dedica a los testamentos, en el título III ("De las Sucesiones"), del Libro III ("De los diferentes modos de adquirir la propiedad").

(4) Así, entre otras, tuvieron gran impacto social las muertes del teniente A. M. C., víctima de la explosión de una granada de mortero en Mostar, el 11 de mayo de 1993; o la del teniente J. A. F., que recibió un disparo en el cuello. Por otro lado, el soldado J. L. murió víctima de una granada lanzada contra el cuartel de Jablanika el 30 de julio de 1993, que casi causa una masacre, y el capitán F. A. falleció al estallar una mina cuando reconocía un terreno en Salakovac, el 4 de diciembre de 1993.

(5) *Vid.* en ese sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pp. 164 a 167.

A) Ámbito personal, espacial y temporal.

Permite el artículo 716.1 C.c. que, en tiempo de guerra, se otorgue testamento ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de capitán, y pueden acogerse a esa posibilidad no sólo los militares en campaña, sino también “los voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste”. Además, se especifica en el precepto que esa disposición es aplicable a los individuos de un ejército que se hallen en país extranjero.

Coincide la doctrina civilista en que la expresión “tiempo de guerra” debe interpretarse de modo amplio y vulgar, bastando, así, que las tropas españolas participen en una guerra ya declarada por otros. En efecto, las desgraciadas muertes de militares españoles en Bosnia, víctimas de disparos y granadas, y la caótica situación de Afganistán –donde empiezan a llegar, al escribir estas líneas, tropas españolas–, dan idea de lo peligroso de las zonas en que se presta servicio, y permiten hablar, siquiera sea en sentido amplio, de zonas “en tiempo de guerra”.

Amén de la extensión amplia que la doctrina otorga a esa expresión, no olvidemos que existe una interpretación auténtica –recogida en el artículo 14 del Código Penal Militar–, que entiende “tiempo de guerra” como el periodo de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas. Entendemos que el concepto de guerra es una noción fáctica, que abarca también las guerras civiles, bien tengan lugar en España o en el extranjero, en las que se da una lucha armada entre dos bandos (6).

El requisito de estar “en campaña” supone que el testador ha de encontrarse en la zona donde se desarrollen operaciones bélicas, aunque por el momento el frente se halle inactivo (7). Estamos ante el antiguo

(6) En ese sentido se muestran RODRÍGUEZ MOURULLO o SERRANO ALBERCA. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al art. 15 de la Constitución”, en *Comentarios a las leyes políticas*, editorial Edersa, Madrid, 1983; SERRANO ALBERCA, J. M.: “Delimitación de tiempo de guerra”, capítulo XV de la obra colectiva *Comentarios al Código Penal Militar*, editorial Civitas, Madrid, 1988.

(7) Puntualizan LACRUZ y SANCHO REBULLIDA que el concepto zona de guerra varía con el alcance de las armas modernas, mas no les parece que se extienda a las poblaciones de retaguardia simplemente amenazadas de ataques aéreos; se requiere la presencia actual del enemigo a una distancia razonable (solución distinta, acaso para el combatiente desde o contra el aire). Desde luego, la campaña no supone zona rural. LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 253 a 255. También O'CALLAGHAN entiende tiempo de guerra en sentido amplio, y dice que no es precisa una declaración oficial de guerra, sino que basta la situación real de guerra, sea en el propio país

requisito de “hallarse en hueste”, que supone que el militar esté en la zona por razón de su cargo. De hecho, no creemos que se encuentre “en campaña” el militar que teniendo su destino en otra unidad se halle de permiso en un lugar que sea zona de guerra, pues se encuentra allí desprovisto de su condición castrense, sin perjuicio de que se incorpore voluntariamente a la unidad de esa zona y se “militarice”.

Marca este requisito el límite temporal de vigencia de la normativa, pues indica el artículo 719 C.c. que los testamentos mencionados en el artículo 716 C.c. caducarán cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña.

B) Otorgamiento.

Debemos diferenciar tres posibilidades:

1.ª Testamento abierto.

Los sujetos enumerados en el artículo 716 podrán otorgar testamento ante un oficial que tenga por lo menos categoría de capitán. Si el testador estuviera enfermo o herido podrá otorgarlo ante el capellán o el facultativo que le asista. Si estuviera en destacamento, ante el que lo mande, “aunque sea subalterno”. La expresión “subalterno” parece, en principio, aplicable sólo a los suboficiales, pero una interpretación sistemática del precepto nos lleva a incluir allí no sólo a éstos (la categoría de suboficial abarca desde sargento hasta suboficial mayor), sino también a los oficiales con rango inferior a capitán (es decir, teniente o alférez).

En todos estos casos será necesaria la presencia de dos testigos idóneos, que habitualmente serán compañeros de unidad del testador, pero nada impide que tengan carácter civil. El supuesto podría verse dificultado por el idioma, pues es imaginable que un oficial o suboficial español deba recibir testamento a un extranjero cuya lengua no entiende, por ejemplo, un prisionero afgano, lo que haría necesaria la asistencia de intérprete oficial.

Las formalidades del testamento abierto serán las esenciales que se puedan exigir a una persona de cultura media sin conocimientos jurídicos, esto es, deberán constar el lugar y fecha de otorgamiento, los datos de las personas intervinientes en el acto y determinarse los bienes testados y las personas beneficiarias de los mismos, todo ello firmado por los intervinientes en prueba de conformidad, de lo que dará fe el capitán (o, en su caso, el subalterno que mande destacamento, el capellán o el facultativo que asistan al testador).

o en el extranjero. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones*, cit., p. 164.

2.^a *Testamento cerrado.*

De ser cerrado, rige, según el artículo 721, lo prevenido en los artículos 706 y 707, pero se otorgará ante el oficial y los testigos que para el abierto exige el mencionado artículo 716, debiendo firmar todos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

Apunta, además, el artículo 717 que las personas del artículo 716 podrán otorgar testamento cerrado ante un comisario de guerra que ejercerá en este caso las funciones de notario, observándose lo dispuesto en los artículos 706 y siguientes. Los dos preceptos mencionados son similares, previendo uno la asistencia del comisario de guerra y los cinco testigos y otro la de un oficial y dos testigos (8).

3.^a *Testamento urgente por peligro de acción de guerra.*

Conforme al artículo 720, durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

En opinión de LACRUZ y SANCHO REBULLIDA este “peligro próximo” puede provenir, en la retaguardia, de un bombardeo aéreo o naval, en cuyo caso momentáneamente el territorio deviene zona de guerra a tales efectos. Ahora bien, dicen, acaso esto vale sólo para quienes defiendan el territorio específicamente contra el ataque aéreo o, a lo más, para las tropas que sirvan de objetivo al mismo (9).

C) Conservación, protocolización y caducidad.

Según el artículo 718.1 los testamentos otorgados con arreglo a los dos preceptos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general y, por éste, al Ministerio de la Guerra (actualmente Ministerio de Defensa). También los testamentos extraordinarios deben remitirse al Ministerio, aunque debe tenerse en cuenta que quedan sin eficacia en caso de salvarse el testador del peligro en cuya consideración testó. Por otro lado, si no se salvase, sería igualmente ineficaz si no se formaliza por los testigos ante el auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército (art. 720).

Recibido el testamento por el Ministro, lo remitirá, si fallece el testador, al juez del último domicilio del difunto, y no conociéndolo, al deca-

(8) El artículo 721 C.c. era el único precepto que figuraba en el proyecto de 1884 para regular el testamento cerrado ordinario en el ámbito militar, pero en la redacción definitiva del Código civil se añadió otra norma similar, el actual artículo 717. *Vid.*

(9) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 254.

no de los de Madrid, para que éste cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deben solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). De ser cerrado el testamento, el juez procederá a su apertura, según esa ley, con citación e intervención del ministerio fiscal, y después de abierto lo comunicará a herederos y demás interesados (art. 718.2.º y 3.º).

Como anticipábamos al ocuparnos del ámbito temporal de estos testamentos, caducarán cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña. Es obvia esta limitación temporal, en tanto que el fundamento del testamento militar es posibilitar la prestación de su última voluntad a personas que se encuentran en campaña y difícilmente pueden acceder a un notario, de modo que en situación de normalidad vuelven a regir los modos ordinarios de testar.

III. Aspectos procesales

A) Ley Procesal Militar.

El carácter innovador de la participación española cada vez mayor, fuera de nuestras fronteras con contingentes de las Fuerzas Armadas, nos lleva a replantearnos, en primer lugar, el tema de la limitada competencia que se otorga a la Jurisdicción Militar. Desde luego se trataría de una Jurisdicción especializada y por tanto más conocedora del aspecto personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y por tanto también del testamento militar.

El artículo 4 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LO 4/1987, de 15 de julio, en adelante LOCO) dispone que la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes. Tal vez esa garantía de testar ante un peligro inminente de muerte, podría incluirse aquí. De hecho, señala CALDERÓN SUSÍN que “el camino para salvar recelos existentes en relación con la expresión ‘estrictamente castrense’ y su reducción de competencias hacia la jurisdicción militar no es vaciar su competencia, sino llevar al proceso todas las garantías constitucionales” (10).

Por otro lado, la Ley Procesal Militar (LO 2/1989, de 13 de abril, en

(10) *Vid.*, al respecto, la obra de ROJAS CARO, J.: *Derecho procesal penal militar*, editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 58.

adelante LPM) bajo el epígrafe “Del procedimiento de carácter civil” en su Libro IV, y título único recoge estas escasas normas, que más que procesales podríamos encuadrarlas dentro del nuevo derecho operativo de las Fuerzas Armadas. Choca además que este procedimiento se encuentre enmarcado y bajo ese título dentro de un Código Procesal Penal tan especializado y estanco. Estas diligencias de prevención además de lo exiguo de su contenido, se limitan a eso, a una mera prevención, desaprovechando la preparación técnica de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que acompañan a las Fuerzas Armadas desplazadas al extranjero y a las garantías de los derechos sucesorios de los futuros herederos de los militares fallecidos en campaña. Al respecto, el artículo 519 de la LPM dispone:

“La prevención de juicio de testamentaría y abintestato de miembros de las Fuerzas Armadas que fallecieren en campaña o navegación se limitará a las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes, libros y papeles y su entrega a los herederos instituidos o a los que sean abintestato dentro del cuarto grado civil, siendo mayores de edad y no habiendo quien lo contradiga.

Siempre que hubiera menores, salvo que estuvieren debidamente representados, no resultare plenamente justificado el derecho hereditario o se plantear cualquier cuestión cuya resolución fuere incompatible a juicio del instructor, con la naturaleza sumaria del procedimiento se pasarán las diligencias al juzgado a quien corresponda el conocimiento de la testamentaría o del abintestato, dejando a su disposición los bienes, libros y papeles inventariados.

En ningún caso se hará por el instructor a prevención, declaración de herederos ni de otros derechos sucesorios”.

En este artículo no se hace referencia a la necesidad de que el fallecimiento deba ser en tiempo de guerra, a diferencia de lo que establecía la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero en opinión de MALDONADO RAMOS, con arreglo al principio “*Lex posterior derogat anterior*”, debería prevalecer lo dispuesto en la LPM, por lo que no parece exigible ese requisito (11). Hay que destacar varias cuestiones, la primera estaría relacionada con la competencia y el conflicto de intereses que podría surgir ante la posibilidad de que el instructor, miembro del Cuerpo Jurídico Militar acompañante de las fuerzas desplazadas actuara como notario militar y como instructor a prevención, poniendo en peligro la imparcialidad y objetividad de su función. Para solucionarlo la LOCO y el propio Código civil nos orientan a este respecto. Así, el artículo 115 de la LOCO, dis-

(11) MALDONADO RAMOS, J.: *Comentarios a las leyes procesales militares*, editado por el Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, p. 2236.

pone la intervención de un oficial asistido de un secretario en las diligencias penales a prevención, para incoar atestado sin perjuicio de que por el medio más rápido posible el jefe –bien de la unidad, bien de las fuerzas aisladas o con atribuciones sobre un territorio–, lo comunique al juez togado militar competente. Este mismo instructor sería quien debería practicar las diligencias de prevención de los juicios de testamentaría y abintestato.

El artículo 116 de la LOCO regula el levantamiento del cadáver con asistencia de facultativo, práctica de autopsia si procede, recogida de efectos, etc. Precepto que si bien se refiere a unas diligencias de prevención penales, sería de mucha utilidad para el instructor a prevención de los juicios de testamentaría y abintestato.

Dispone ese mismo artículo que tan pronto como comience a actuar el juez togado militar, cesarían las diligencias de prevención, entregándose el atestado a dicho juez.

Asimismo, permite el Código civil en lo relativo a testamentos militares, como ya vimos, la intervención de un oficial en el testamento abierto y de un comisario de guerra en el cerrado, que ejercería las funciones del notario.

El artículo 520 de la LPM establece:

“Será competente para prevenir los juicios de testamentaría y abintestato el juez togado militar en cuya demarcación se hubiera producido el fallecimiento, o aquel que acompañe a las fuerzas a las que perteneciere el difunto y en su caso el instructor contemplado por el artículo 115 de la LOCO, cuando en la plaza donde hubiere acaecido el fallecimiento no existiere juez togado.

A la misma designación de instructor se procederá cuando el fallecido perteneciere a una unidad que se hallare en lugar aislado o lejano, o el fallecimiento tuviere lugar en buque o aeronave en navegación”.

Asimismo, el artículo 63 de la LOCO ha previsto para el desplazamiento fuera del territorio, con carácter duradero, el acompañamiento por Órganos Judiciales Militares, nutridos por miembros del Cuerpo Jurídico Militar.

Habría sido interesante que existiera una cláusula supletoria expresa en la Ley Procesal Militar para el procedimiento que estamos comentando, llamado de carácter civil, similar al previsto en la disposición adicional primera de la LPM que dispone:

“La Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias, serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente ley”.

B) Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 1/2000 suprime la referencia en sus títulos a los juicios de testamentaria y abintestato de la antigua y regula en el Título II, del Libro IV, Capítulo I, bajo la rúbrica “De la división de la herencia” un conjunto de normas relativas a la sucesión hereditaria.

El artículo 52.4 determina la competencia de los juicios sobre cuestiones hereditarias al tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

Es importante tener en cuenta el artículo 718 del Código civil, que dispone la misma regla de competencia al juez del último domicilio del difunto y si no es conocido, al decano de los de Madrid para que cite a los herederos y demás interesados en la sucesión, quienes deberán solicitar que se eleve a escritura pública en la forma prevenida en la LEC.

Esta ley dispone que el juez, una vez solicitada la división de la herencia y comprobado con arreglo al testamento, cuáles son los herederos, coherederos o legatarios de parte alícuota, estos podrán instar la división de la herencia, acompañando el certificado de defunción y el documento que acredite la condición de heredero o legatario del solicitante.

Se recoge en la nueva ley la posibilidad de ordenar la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario, incluso la convocatoria de una junta formada por los herederos, legatarios de parte alícuota y el cónyuge supérstite y si hubiera menores o incapacitados e incluso ausentes, el ministerio fiscal, e incluso a los acreedores cuando se hubieren personado en el procedimiento.

Se prevé todo el proceso bajo control judicial, y siendo el secretario judicial quien presida la junta, donde se nombre al contador quien practicará la división del caudal.

Después de la práctica de las operaciones divisorias puede que haya acuerdo, en cuyo caso termina con la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada partícipe y si hay desacuerdo continuará el procedimiento y se formularían alegaciones al respecto, tramitándose el procedimiento con arreglo a las normas del juicio verbal y terminando con la sentencia y su ejecución y entrega de bienes.

Señalemos que, en cualquier estado del juicio puede adelantarse el acuerdo de los interesados que ocasionaría el sobreseimiento del juicio y la puesta de los bienes en poder de los herederos.

La intervención del caudal hereditario permite una serie de medidas judiciales competencia del juez de primera instancia cuando no conste la existencia de testamento, ni ascendientes, descendientes, cónyuge o

persona en situación de hecho asimilable y colaterales dentro del cuarto grado.

El actual juicio abintestato se recoge en la LEC como medidas de intervención judicial tendentes a averiguar si existe testamento para lo que se exige el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad y el certificado de defunción. Ambos certificados se podrían adelantar en las diligencias de prevención antes de su entrega al juez competente. Respecto al certificado de defunción expedido por facultativo militar respecto al difunto en campaña o navegación, efectos del difunto, repatriación del cadáver, testamento si lo hay, debería remitirse por el instructor a mayor brevedad.

Otras de las medidas dispuestas en la LEC son la intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o la división de la herencia, citación de los interesados para la formación de inventario, resolución sobre la administración, custodia y conservación del caudal hereditario, representación de la herencia por el administrador y finalmente liquidación.

IV. Conclusión informada

Respecto al derecho sustantivo manejado, es obvio que ha quedado anticuada la normativa testamentaria militar. Así, ha desaparecido hace años el todavía denominado en el Código civil “Ministerio de la Guerra”, pues debe hablarse del Ministerio de Defensa. En lo referente a los intervinientes, conviene aclarar que las referencias del Código civil a “auditor de guerra” y a “comisario de guerra” deben entenderse hechas –con arreglo a los cometidos descritos en los artículos 39 y 40 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas–, respectivamente a los miembros de los Cuerpos Jurídico Militar y de Intervención. De hecho, dispone el artículo 39 que los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, agrupados en una Escala Superior de Oficiales, tienen como cometidos “los que conforme al ordenamiento jurídico les corresponden en la jurisdicción militar y los de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus organismos autónomos”. Por su parte, el artículo 40 de esa misma ley encomienda a los miembros del Cuerpo Militar de Intervención ejercer la función de “Notaría militar en la forma y condiciones establecidas por las leyes”.

Desde el punto de vista procesal llama la atención la similitud de las medidas de intervención de la LEC para el aseguramiento de los bienes, libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación con las medidas de prevención recogidas en la LPM,

y en concreto en su artículo 519. Ahí se pretende el aseguramiento de bienes y la efectividad de la sucesión de los miembros de las Fuerzas Armadas que fallecieren en campaña o durante la navegación, con las limitaciones previstas en el citado artículo. Esa duplicidad nos parece innecesaria y bastaría una remisión de la ley más general, LEC, a la más especial, LPM.

Deseamos incidir en la novedad de la cuestión relativamente reciente de la intervención de las Fuerzas Armadas en el extranjero, reconociendo que la realidad va muy por delante del legislador, y la evolución en el terreno de la intervención en operaciones de mantenimiento de la paz implica situaciones de riesgo asumidas y de muerte del personal de las Fuerzas Armadas, en algunos casos, con una normativa escasa en nuestra LPM y confusa y dispersa en otros textos.

Hay que considerar a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar una formación más que suficiente en materias como el Derecho civil y el Derecho procesal, ya que la especialización de estos supone un conocimiento previo, y profundo, del Derecho común.

Y por último, la escasa utilización del Derecho sucesorio testamentario militar no debe servir para justificar su dejadez o ignorancia, sin miedo a reformas o a su estudio, en el marco de leyes tanto de carácter general como el Código civil, o especial como la Ley Procesal Militar, para servir de instrumento no de privilegio sino de igualdad frente al peligro del militar en situaciones de riesgo para la vida.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES E INCAPACES EN EL DERECHO SUCESORIO

CAROLINA MESA MARRERO

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** DE LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO. **1.** Incapacidad por razón de la edad. **2.** Incapacidad por falta de cabal juicio. **2.1.** *Apreciación de la capacidad del testador.* **3.** El testamento otorgado por la persona incapacitada. **3.1.** *Tipos de testamento que puede otorgar el incapacitado y formalidades exigibles.* **III.** LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS. **1.** La falta de idoneidad de los menores de edad para ser testigos. **2.** La falta de idoneidad de los que no estén en su sano juicio. **IV.** LAS SUSTITUCIONES PUPILAR Y EJEMPLAR. **1.** Concepto y régimen jurídico de las sustituciones pupilar y ejemplar. **1.1.** *Los sujetos.* **1.2.** *La controversia acerca del objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar.* **V.** LA CAPACIDAD PARA ACEPTAR O REPUDIAR LA HERENCIA. **1.** La aceptación y repudiación por el menor de edad. **2.** La aceptación y repudiación por un incapacitado. **VI.** LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. **1.** El ejercicio de la acción de partición por el coheredero menor de edad. **2.** La acción de partición por el coheredero incapacitado. **3.** La posición jurídica de los coherederos menores o incapacitados en los distintos tipos de partición. **3.1.** *La partición realizada por el contador-partidor designa-*

do por el testador o por el contador-partidor dativo. 3.2. La falta de capacidad de los coherederos menores e incapacitados para realizar la partición convencional. 3.3. La partición arbitral y la partición judicial. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. Introducción

En el Derecho español, suele afirmarse que tanto la edad como la incapacitación son cualidades de la persona que determinan su posición jurídica en la comunidad. Ello se relaciona con que ambas situaciones acostumbran a configurar un concreto estado civil de la persona que afecta a su capacidad de obrar, condicionando por ende, la eficacia de los actos jurídicos que realiza.

En efecto, la edad es el dato objetivo que el legislador tiene en cuenta para valorar el grado de madurez de una persona y, por tanto, presumir su capacidad de entendimiento y voluntad, en la medida en que ésta es indispensable para actuar válidamente. Así, el estado civil de la mayor edad supone la total independencia de la persona y determina una plena capacidad de obrar, si bien para determinados actos la Ley puede exigir una capacidad especial que suele concretarse en una edad superior (como sucede en materia de adopción, cfr. art. 175 C.c.).

Por contra, el estado civil de la menor edad se caracteriza, de un lado, porque durante esta etapa de la vida el menor se encuentra bajo la dependencia de otras personas a las que se encomienda su protección: los padres como titulares de la patria potestad o, en su caso, el tutor; y de otro, por las limitaciones que afectan a su capacidad de obrar. Sin embargo, no parece razonable calificar la situación del menor de edad en términos absolutos, esto es, prescindiendo de la aptitud natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla a lo largo de esa etapa. Este planteamiento (1) nos lleva a entender que la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad no puede ser, por razones obvias, idéntica, de modo que tanto la capacidad de actuación que se le reconozca como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse en función de la aptitud natural del menor.

(1) Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derecho Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 166-167.

Entre uno y otro estado civil se encuentra el menor emancipado, en cuanto que éste recibe un tratamiento jurídico similar al del mayor edad, aunque tampoco idéntico si se tienen en cuenta las restricciones que la Ley impone a su capacidad de obrar.

Por lo que se refiere a la incapacitación, se trata de un estado civil de la persona que tiene su origen en alguna enfermedad o deficiencia física o psíquica que le impide gobernarse por sí misma, y que se constituye en virtud de sentencia. Esta situación jurídica conlleva una limitación de la capacidad de obrar, que difiere según cual sea el grado de discernimiento de la persona, quedando sometida ésta a un régimen de tutela o guarda.

Como es obvio, cabe la posibilidad de que existiendo la enfermedad o deficiencia, no haya declaración judicial. Me refiero al incapaz natural, respecto del que se presume la plena capacidad de obrar, aunque esta presunción no impide que puedan invalidarse los actos jurídicos que realice si se demuestra cumplidamente que en el momento de prestar consentimiento carecía de la aptitud mental exigible.

Estas precisiones generales acerca de la edad, la incapacitación y la incapacidad natural, nos sirven para aproximarnos al objeto del presente trabajo: el régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio.

En efecto, en las siguientes páginas se pretende analizar el tratamiento jurídico que se dispensa en este ámbito normativo concreto a quienes no tienen la plena capacidad de obrar por razón de la edad o porque padecen alguna deficiencia que afecta sus facultades intelectuales y volitivas. Con este fin, se estudia la situación jurídica de los menores e incapaces en las distintas instituciones que conforman el Derecho sucesorio en nuestro Código civil, ya que un estudio del Derecho autonómico excede de la pretensión del mismo.

Delimitado el ámbito normativo objeto de estudio, conviene subrayar que el análisis del tema en los términos expuestos anteriormente se va a efectuar desde la perspectiva del Derecho sucesorio, esto es, examinando cada una de sus instituciones con el propósito de clarificar, en la medida de lo posible, si existe un régimen unitario en cuanto a las limitaciones que afectan a la capacidad de obrar de los menores e incapaces o si, por el contrario, las restricciones a la capacidad son diferentes en cada caso. Se trata de dilucidar, en definitiva, si la tradicional equiparación entre el estado civil del menor y el del incapacitado se produce realmente en el Derecho sucesorio. Así pues, se analizará la posición jurídica de los menores e incapaces en relación a la capacidad testamentaria, fundamentalmente en los testamentos notariales; igualmente, su eventual intervención como testigos en los testamentos, el régimen jurídico de las sustituciones pupilar y ejemplar; la capacidad para aceptar o repudiar la herencia a la que

sean llamados; y, por último, su situación jurídica en materia de partición.

Por otro lado, se intenta establecer si la limitación a la capacidad de los menores de edad en esta materia es idéntica en todos los casos o si, por el contrario, existen diferencias respecto a los menores emancipados y a otros menores a partir de cierta edad. Y, por último, si el tratamiento jurídico de quienes están incapacitados también es aplicable a quienes padecen un trastorno mental, pero no han sido incapacitados judicialmente.

En suma, el análisis que se realiza en las siguientes páginas permitirá concluir que el régimen jurídico de los menores e incapaces en materia sucesoria no es de ningún modo idéntico, dada las diversas modulaciones que se producen en la capacidad de obrar de éstos según el tipo de institución de que se trate.

II. De la capacidad para otorgar testamento

La regla general sobre la capacidad para disponer por testamento viene recogida en el artículo 662 C.c., según el cual “[p]ueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente” (2). En virtud de dicho precepto, el testamento, como cualquier otro acto jurídico, requiere que el sujeto que lo otorga tenga la aptitud necesaria para realizarlo eficazmente.

Por tanto, se extrae una presunción favorable a la capacidad testamentaria (3) de la que goza toda persona a la que la ley no priva expre-

(2) Sobre la capacidad para testar, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil V, Sucesiones*, edic. al cuidado de RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2001, pp. 159 y ss.; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.ª edic., Tecnos, Madrid, 1992, pp. 354-355; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 662 a 666 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, pp. 67 y ss.; PUIG FERRIOL, L., “Comentario al artículo 662 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1668-1670; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, pp. 66-68; LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 276-289; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 35-50.

(3) Como afirma la STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 5545), “toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívocamente y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer, sin verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición testamentaria en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental”. Sobre esta cuestión, *vid.* “La capacidad de testar en la jurisprudencia”, *RJN*, n.º 33, 2000, pp. 315-322.

samente de este derecho. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse mediante prueba en contrario que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (4), demuestre de forma inequívoca y concluyente que en el acto del otorgamiento el sujeto no se hallaba en su cabal juicio.

Sin duda, la apreciación de la capacidad del testador ha de referirse al estado en que éste se encontraba en el mismo momento en que otorgó el testamento, conforme prevé el artículo 666 C.c. Es esencial, por tanto, valorar la capacidad del testador al tiempo del otorgamiento, ya que si en nuestro Derecho sucesorio se proclama como regla general la presunción de capacidad para testar, de acuerdo con el tradicional principio del *favor testamenti*, sólo puede combatirse dicha presunción con una prueba clara y definitiva que acredite que, al tiempo del otorgamiento, el testador no se encontraba en las condiciones necesarias para emitir una disposición de última voluntad.

Teniendo en cuenta que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, sólo carecen de la facultad para testar las personas que la ley menciona expresamente, de tal forma que en esta materia no es posible recurrir a la analogía ni a la interpretación extensiva de otras normas que declaren la incapacidad (5).

Es el artículo 663 C.c. el que especifica, con carácter general, qué personas son incapaces para testar: “1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Por lo tanto, la incapacidad para testar (6) afecta exclusivamente a las personas mencionadas en el precepto, esto es, a quienes no han alcanzado la edad de catorce años y quienes habitual o accidental-

(4) En este sentido, SSTS 27 de enero de 1998 (RJ 394), 27 de noviembre de 1995 (RJ 8717), 1 de junio de 1994 (RJ 4567), 13 de octubre de 1990 (RJ 7863) y 30 de noviembre de 1991 (RJ 8582), entre otras muchas.

(5) Sobre la imposibilidad de acudir a la interpretación extensiva o analógica de otras normas que declaren la incapacidad, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 160, que señala lo siguiente: “sin que a estos efectos tengan aplicación las limitaciones y especificaciones de la capacidad general de obrar ni otras normas especiales, ni quepa recurrir a la analogía ni a la interpretación extensiva para inducir otras causas de incapacidad distintas de las expresamente fijadas en la ley”. En el mismo sentido se pronuncian PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1669, y RIVAS MARTÍNEZ, J. J., cit., p. 17.

(6) Conviene recordar que las particularidades de algunas formas testamentarias también impiden otorgar testamento a las personas que sufren determinadas deficiencias. Así, el artículo 708 C.c. prohíbe otorgar testamento cerrado a las personas ciegas y a las que no sepan o no puedan leer. Por lo que se refiere al testamento ológrafo, la edad mínima para utilizar este tipo de testamento se fija en la mayoría de edad, por lo que las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho no pueden otorgar esta forma testamentaria; tampoco podrán hacerlo las personas que no sepan o no puedan escribir, ya que la autografía del testador es un requisito esencial para la validez de este testamento (*cfr.* art. 688.2 C.c.).

mente carecen de cabal juicio. Estas causas de incapacidad para testar se fundamentan en la falta de discernimiento que, presumiblemente, afecta a la persona que es menor de catorce años o a quien carece del suficiente juicio como consecuencia de un trastorno psíquico persistente o accidental, impidiendo al sujeto emitir una declaración de voluntad plenamente consciente.

Se aprecia un cierto paralelismo entre las circunstancias que impiden la capacidad para testar, a las que acabamos de referirnos, y las limitaciones a la capacidad de obrar de la persona, que son la menor edad y la incapacitación (7) declarada judicialmente (art. 200 C.c.). Aun así, no existe una coincidencia total. De un lado, porque en materia de testamento activa la incapacidad por razón de la edad no alcanza a todas las personas menores de edad, sino sólo a quienes no han cumplido catorce años. Y de otro, porque la incapacidad para testar derivada de la falta de cabal juicio afecta únicamente a la persona que, en el instante del otorgamiento, sufra un trastorno mental que le priva del discernimiento necesario, lo que significa que esa circunstancia provoca la falta de capacidad para testar tanto al incapacitado judicialmente como al afectado por una incapacidad de hecho.

1. Incapacidad por razón de la edad.

Como ya se ha dicho, de conformidad con lo establecido en el artículo 663.1.º C.c., los menores de catorce años de uno y otro sexo (8) no pueden otorgar testamento. De este modo, y con la salvedad del testamento ológrafo (9), para el cual es preciso ser mayor de edad (cfr. art. 688.1 C.c.),

(7) Sobre la incapacitación, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 289 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 59 y ss.; RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 273 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, 2.ª edic., revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., Dykinson, Madrid, 2000, pp. 143 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *cit.*, pp. 121 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", en *Los discapacitados y su protección jurídica*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 13-22; MARTÍNEZ DIE, R., "Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección", en *Los discapacitados y su protección jurídica*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 173-205; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo", *AC*, n.º 4, mayo-2000, pp. 15-49.

(8) Con esta referencia "a uno y otro sexo", el artículo 663 C.c. unifica la capacidad para testar fijando la edad mínima de los catorce años, y desechando la distinción que el Derecho anterior al Código civil establecía al permitir que los varones pudieran otorgar testamento a partir de los catorce años, mientras que las mujeres podían testar a partir de los doce años.

(9) Como señalara DE CASTRO Y BRAVO, F., *cit.*, p. 180, "[l]a excepción respecto a la forma ológrafa de testar se explica por el peligro de desconocer su trascendencia, dada su carencia de solemnidad".

la ley fija una edad mínima –catorce años (10)– para testar, de tal forma que las personas que no han alcanzado dicha edad carecen de la capacidad necesaria para disponer *mortis causa*.

Así pues, en materia de capacidad testamentaria la Ley es, sin duda, más flexible que en el ámbito de la capacidad negocial (11), pues rebaja considerablemente la edad con la que una persona actúa con plena capacidad de obrar, reconociendo la validez del acto testamentario realizado por los menores no emancipados, que tengan al menos catorce años (12). Por el contrario, el legislador es más riguroso en la ineficacia del acto testamentario realizado por un menor incapaz para otorgarlo –menor de catorce años–, que en la ineficacia del contrato celebrado por un menor no emancipado. Mientras que en el primer caso la sanción legal es la nulidad del testamento, a causa de la falta de capacidad del testador, en el segundo supuesto el grado de ineficacia del contrato es menos intenso, pues el contrato celebrado por un menor suele considerarse doctrinalmente como meramente anulable.

Con carácter general, el reconocimiento de capacidad testamentaria a los menores a partir de los catorce años se viene justificando por las siguientes razones (13): de un lado, porque el carácter personalísimo del testamento (cfr. art. 670) excluye toda posibilidad de representación, de tal forma que sólo el interesado puede otorgar su testamento, decidiendo por sí mismo el destino de sus bienes para después de su muerte y evitando así la aplicación de las reglas de la sucesión intestada; de otro lado, porque el carácter revocable del testamento permite que el intere-

(10) La doctrina se venía planteando la duda acerca de cuál es el momento concreto en que se alcanza la capacidad para testar, es decir, si la edad de catorce años se alcanza a las cero horas del día en que se cumplen los años o si, por el contrario, es el día del catorce aniversario y a la hora concreta en que tuvo lugar el nacimiento. Sobre tal cuestión parece haber una posición unánime que considera preferible la primera opción, esto es, que la capacidad para testar se alcanza al iniciarse el día del catorce aniversario, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 315.2.º C.c.: “[p]ara el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”. En este sentido, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 70; PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1670.

(11) Recuérdese que el artículo 1.263.1.º C.c. establece que “[n]o pueden prestar consentimiento los menores no emancipados”.

(12) ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 70, critica que la ley fije una edad tan baja para testar y considera que “[d]ebería pedirse la mayoría de edad o quizás la emancipación, ya que ésta supone que se estima maduro antes de la edad normal de la mayoría, y el acto de testar es muy importante para dejarlo en manos de párvulos”.

Para PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1670, “debe verse en dicho artículo 663.1.º una particular manifestación del tradicional principio del *favor testamenti*, que preside el Derecho sucesorio español”.

(13) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 161, que señala diversos puntos de vista que justifican la diferencia entre la edad exigida para testar y la que se exige para tener capacidad negocial. En el mismo sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., cit., p. 36.

sado pueda modificar la disposición testamentaria cuando lo estime oportuno y, además, al tratarse de un acto *mortis causa*, sólo produce efectos desde el fallecimiento del testador.

Junto a los argumentos señalados anteriormente, cabría añadir también que el legislador, con el ánimo de favorecer la utilización del testamento como instrumento para decidir el destino del patrimonio de la persona para después de su muerte, otorga a los menores esta capacidad especial en el ámbito sucesorio al considerar que, a partir de los catorce años, las personas tienen el suficiente grado de conocimiento y madurez que se requiere para otorgar testamento. En efecto, a pesar de que el menor carece de la plena capacidad de obrar que confiere la mayoría de edad y de la ampliación de capacidad que otorga el *status* de menor emancipado, lo cierto es que se trata de una persona potencialmente capaz (14) que, exceptuando los casos en que el ordenamiento restringe su ca-

(14) Es sabido que tradicionalmente se han mantenido dos tesis contrapuestas acerca de la situación jurídica del menor: de un lado, la mantenida por DE CASTRO, F., cit., pp. 174 y ss., según la cual el menor es una persona capaz, aunque su capacidad esté restringida para realizar determinados actos, es decir, la regla es la capacidad mientras que la excepción es la incapacidad; y de otro, la que sostiene CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, vol. 2.º, reimpresión de la 14.ª edic., al cuidado de DE LOS MOZOS, J. L., Reus, Madrid, 1987, pp. 179 y ss., según la cual el menor es una persona incapaz, aunque excepcionalmente el ordenamiento le reconozca capacidad para ciertos actos, es decir, en esta tesis la regla es la incapacidad y la excepción es la capacidad. La doctrina actual se inclina mayoritariamente a favor de la primera tesis, fundamentalmente porque en nuestro ordenamiento no existe una norma que establezca la incapacidad del menor, de modo que se le debe considerar capaz para aquellos actos jurídicos que no le están prohibidos. Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 120; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil, Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 1996, p. 116; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 9.ª edic., Tecnos, Madrid, 1998, p. 232; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *ADC*, octubre-diciembre 1992, p. 1433.

Pero, junto a las posiciones doctrinales expuestas, cabe destacar también la tesis defendida por VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R., cit., pp. 166 y ss., según la cual "las limitaciones que se establezcan sobre su capacidad de obrar deben responder en cada momento a la aptitud del menor de edad, de acuerdo con el papel que tiene asignado en la sociedad. Por ello no se puede enjuiciar las reglas sobre su capacidad en términos generales, sin tener en cuenta las distintas etapas de desarrollo, ya que no es igual el menor recién nacido, que el que ha cumplido 16 años, por ejemplo; al primero parece lógico que se le prive de toda capacidad de obrar; al segundo, por el contrario, debe reconocérsele un ámbito mayor de capacidad. Tampoco deben ser analizados con el mismo criterio los actos referentes a la defensa de sus derechos personales, o los que impliquen obligaciones para el menor; incluso, dentro de estos últimos, no deben ser valorados de igual forma los actos que impliquen deberes de carácter personal, de aquellos que sólo tienen una trascendencia patrimonial. Desde este planteamiento, la interpretación de las normas que regulan la capacidad de obrar debe permitir que las restricciones o limitaciones a la capacidad del menor cumplan su finalidad, aplicando para ello los criterios de interpretación regulados en el artículo 3.1 C.c.; especialmente aquel que hace referencia a la realidad social del momento en que deban de aplicarse".

pacidad (15), tiene posibilidad de actuar por sí mismo a partir de una determinada edad y en función de su aptitud natural de entendimiento. Una manifestación concreta de la capacidad de obrar que el legislador reconoce al menor la encontramos en el derecho sucesorio que, atendiendo a la capacidad natural de discernimiento y al presumible grado de madurez que tiene la persona mayor de catorce años, le permite realizar por sí mismo un acto jurídico de tanta trascendencia jurídica como el testamento.

Pero la testamentifacción activa no constituye el único caso en que se otorga capacidad de obrar al menor, pues el Código civil (16) también le reconoce —aunque siempre a partir de cierta edad—, capacidad suficiente para realizar eficazmente otros actos jurídicos que afectan a su esfera personal y patrimonial. Aunque esta idoneidad para realizar ciertos actos con eficacia jurídica no determina un cambio general en la situación jurídica de la persona durante la minoría de edad, supone un reconocimiento legal de la capacidad natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla en las etapas previas a la mayoría de edad (17).

(15) Como afirman Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 232, “el estado civil de la menor edad en modo alguno puede considerarse como causa de incapacidad de obrar del menor. Limita su capacidad simplemente, no la anula”. En este mismo sentido, interesa resaltar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989, que citan estos autores, sobre la discutida cuestión de la capacidad o incapacidad del menor: “no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél a obrar por sí [...] lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión legal expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1.º, 3.º y 4.º del Código civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se adviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor”.

(16) El artículo 48.2 C.c. prevé que el menor, a partir de los catorce años, pueda contraer matrimonio con dispensa judicial, en cuyo caso adquiere el estado de menor emancipado, ampliándose considerablemente su capacidad de obrar. También pueden adquirir la posesión de las cosas (art. 443 C.c.), aceptar donaciones (art. 625 C.c.); se le reconoce capacidad para actuar en lo relativo a derechos de la personalidad (art. 162.1.º C.c.) y para la validez de los contratos que obliguen al menor no emancipado a realizar prestaciones personales se requiere su consentimiento si tuviere suficiente juicio (art. 162.3.º C.c.). Asimismo, con la asistencia de su representante legal, el menor puede, a partir de los catorce años, cambiar su vecindad civil (art. 14.3, 4.º C.c.) y optar por la nacionalidad española, adquirirla por carta de naturaleza o por residencia [arts. 20.2. b) y 21.3. b)]. A partir de los dieciséis años, el menor puede administrar los bienes que hubiera adquirido con su trabajo o industria (art. 164.3.º C.c.).

(17) Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., cit., pp. 1427 y ss., que al analizar la progresiva adecuación de los mecanismos de protección a la capacidad natural del menor destaca que “[e]l segundo mecanismo que, esta vez con mayor eficacia, sirve para ampliar la esfera de actuaciones posibles del menor —y que precisamente arguye a favor de su capacidad meramente limitada—, es el constituido por las capacidades de obrar especiales que le reconocen el Código civil

Con relación a este tema debe resaltarse la falta de concreción que, comparándolo con el Código civil, introduce la más reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la cual sólo contiene una única referencia general a la capacidad de obrar del menor en su artículo 2, al indicar que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. Si nos atenemos al tenor literal de este precepto y lo aplicamos a la capacidad testamentaria, no se añade nada nuevo al dato legal establecido en el artículo 663 C.c. Sin embargo, si repasamos la Exposición de Motivos de la citada Ley, ésta parece introducir una nota de inseguridad al admitir como criterios para determinar la capacidad del menor, otros factores distintos del objetivo de la edad, tales como “ser escuchado si tuviere suficiente juicio”, “menores con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”, entre otros. Se trata, por tanto, de diversos conceptos jurídicos indeterminados que únicamente podrán concretarse caso por caso y, que de trasladarse al ámbito de la capacidad para testar, introducirían un factor de inseguridad y, por ende, de conflicto que, hasta ahora –con el criterio objetivo de los catorce años–, no se había producido.

Con todo, debe precisarse que las referencias que la Exposición de Motivos hace al menor no van dirigidas a ampliar su capacidad de obrar en el ámbito civil, sino a poner de manifiesto la tendencia legislativa que ha ido reconociendo la titularidad de derechos en los menores de edad y su capacidad progresiva para ejercerlos. De hecho, sólo un precepto del articulado de la mencionada Ley Orgánica de protección jurídica del menor se ocupa de la capacidad de obrar del menor, y lo cierto es que esa norma no afecta en absoluto a lo dispuesto en el Código civil en materia de capacidad testamentaria. Aunque los principios que inspiran la Ley del menor podrían haber dado un giro en la regulación de la capacidad de obrar del menor con carácter general, acabando con la consideración fragmentaria e incompleta que en el Código civil recibe la materia (18), lo cierto es que el panorama legal en esta cuestión no ha variado.

A mi juicio, cabe concluir que si con arreglo al artículo 663.1.º C.c., la capacidad testamentaria se apoya en el dato objetivo de la edad, y lo dispuesto en el artículo 2 LO 1/1996, de 15 de enero, no lo altera, este

o las leyes especiales, así como por otras posibilidades de intervención menos intensas (señaladamente, la audiencia del menor) en asuntos que le conciernen; ambas cosas, tanto (y principalmente) en la esfera personal como en la patrimonial, formando un conjunto cuantitativamente numeroso y cualitativamente importante de posibilidades de actuación o influencia”.

(18) GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, *La Ley*, 1996-2, p. 1691.

sigue siendo el criterio legal que determina la capacidad del menor para otorgar testamento y, por tanto, no parece que este tema pueda comenzar a generar problemas en la práctica.

2. Incapacidad por falta de cabal juicio.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 663.2.º C.c., carece de la capacidad para otorgar testamento toda persona que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Ciertamente, el precepto utiliza una expresión bastante amplia que abarca cualquier enfermedad o deficiencia que anule o disminuya la capacidad de entendimiento de una persona, impidiéndole emitir una declaración de voluntad consciente. Por tanto, se trata de una situación de hecho (19) que priva al sujeto de la capacidad para otorgar testamento, sencillamente porque carece en el momento en que pretende testar del pleno conocimiento y la voluntad que se precisa para realizar este acto de disposición (20).

Así pues, la incapacidad testamentaria derivada de la “falta de cabal juicio” no requiere una previa declaración judicial de incapacidad, sino que basta con que el sujeto padezca, al tiempo del otorgamiento, un trastorno de suficiente entidad que afecte a sus facultades intelectuales y volitivas. Por ello, con independencia de que el estado de enajenación mental que afecte a una persona sea habitual (esté o no incapacitado judicialmente por esa circunstancia) o accidental (por embriaguez, hipnotismo, narcóticos, etc.), lo que determina su incapacidad testamentaria es la falta de pleno juicio en el momento del otorgamiento.

Esta situación de incapacidad para otorgar testamento por falta de cabal juicio puede afectar tanto a la persona incapacitada judicialmente como también a la que padezca una incapacidad de hecho; aunque en el primer supuesto, debe precisarse que la sentencia de incapacitación no implica necesariamente la incapacidad para testar, pues en ciertos casos y

(19) Como señala CAPILLA RONCERO, F., en *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 111, “[l]a valoración del Código civil parte, pues, de circunstancias fácticas concretas en este punto, a diferencia de lo que se determina para la edad: el menor de catorce años no puede otorgar testamento con independencia de su capacidad natural; en este otro caso, es la capacidad natural concreta la que determina la capacidad para el otorgamiento del testamento”.

(20) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 161, dice que “para testar es necesario que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone tenga, no sólo capacidad, sino capacidad suficiente de entender y querer precisamente sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permite asentir y firmar, o simplemente con una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de la decisión”.

cumpliendo determinadas formalidades el incapacitado puede realizar eficazmente su disposición testamentaria.

Atendiendo a la diversidad de supuestos que pueden plantearse, conviene examinar los casos concretos en que la incapacidad derivada de un trastorno mental determina, en virtud de lo dispuesto en el artículo 663.2.º C.c., la falta de capacidad testamentaria del sujeto que la padece.

a) En primer lugar, la incapacidad para otorgar testamento afecta a la persona incapacitada cuando la sentencia le prohíba expresamente el ejercicio de esta facultad, o bien declare la incapacidad del sujeto para realizar, por sí mismo, cualquier acto jurídico. En ambos casos el incapacitado carece de la facultad para disponer *mortis causa*, aunque en el momento en que desea testar se encuentre en un estado de plena lucidez mental.

Esta prohibición en materia de testamentifacción incluye también el supuesto en que el incapacitado ha superado definitivamente la enfermedad que motivó la declaración judicial de incapacitación, pues los efectos de la resolución siguen vigentes mientras no se dicte otra sentencia que le reintegre la capacidad de obrar, o modifique su alcance en el sentido de ampliar las actuaciones eficaces del incapacitado y en ese ámbito pueda incluirse la facultad para realizar disposiciones de última voluntad. Por tanto, para que el incapacitado recupere la capacidad de testar no basta con que haya desaparecido la causa que determinó la declaración de su incapacitación, sino que es preciso instar un nuevo proceso, conforme establece el artículo 761 LEC (21), en el que se acrediten las nuevas circunstancias por las que se solicita el cese de la incapacidad o, en su caso, la modificación de la misma.

Por otro lado, en caso de que la sentencia no contenga pronunciamiento alguno acerca de la capacidad para otorgar testamento, es aplicable lo dispuesto en el artículo 665 C.c., que permite al incapacitado realizar este acto, aunque imponiendo reglas adicionales con las que se pretende garantizar que el testador tiene la aptitud necesaria para testar.

Sin perjuicio del análisis que más adelante se realiza sobre el contenido de esta norma, conviene adelantar desde ahora que las formalidades impuestas para facilitar el testamento del incapacitado consisten en la obligación del notario de designar dos facultativos que reconozcan al interesado y, una vez realizado el examen médico, el fedatario público sólo podrá autorizar el acto si los facultativos emiten un juicio favorable sobre la capacidad del sujeto para testar.

(21) *Vid.* RAMOS CHAPARRO, E., “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)”, *Act. Civ.*, n.º 10, marzo-2001, pp. 339 y ss.; LETE DEL RÍO, J. M., “El proceso de incapacitación”, *Act. Civ.*, n.º 43, noviembre-2001, pp. 1475 y ss.

Por tanto, si el dictamen de los médicos es negativo, el incapacitado carece de la facultad para testar porque no goza de la presunción de capacidad que le hubiese conferido el juicio favorable de los facultativos. Es decir, si los especialistas estiman que el incapacitado carece de la lucidez mental que se requiere para disponer por testamento, es obvio que la presunción de incapacidad testamentaria derivada de la sentencia de incapacitación se ve reforzada y, en consecuencia, el incapacitado tiene restringida la capacidad en este ámbito.

En conclusión, puede decirse que si bien la incapacidad testamentaria por falta de cabal juicio no obedece necesariamente al estado de incapacitación del interesado, hay casos en los que claramente la declaración de incapacitación determina también la falta de capacidad para testar. Así, cuando la sentencia de incapacitación, siguiendo el criterio de graduación de la incapacidad, contemple la testamentifacción activa como uno de los actos jurídicos vetados al incapaz, y cuando la resolución no contiene pronunciamiento alguno sobre esta materia y los facultativos que reconocen al incapaz no emiten un juicio favorable de su capacidad para testar.

b) Puede ocurrir que el interesado en otorgar testamento sea una persona que, pese a no estar incapacitada judicialmente, padece un trastorno mental transitorio o habitual que afecta a sus facultades intelectuales y volitivas, de modo que carece de la capacidad natural que se precisa para disponer por testamento. Sin duda, el sujeto que se encuentra en tal circunstancia no tiene la aptitud legal necesaria para otorgar válidamente su testamento. Pero en este supuesto, a diferencia de lo que sucede cuando la persona está incapacitada judicialmente, rige la presunción de capacidad testamentaria que resulta del artículo 662 C.c. Es decir, se le considera capaz para testar y si, además, el juicio notarial es favorable a la capacidad del otorgante, la presunción sólo podrá desvirtuarse si quien alega la falta de cabal juicio demuestra, mediante una prueba completa e inequívoca, que el testador no se encontraba en su cabal juicio al tiempo del otorgamiento.

Por tanto, la demostración de la incapacidad de hecho que pudiera afectar al testador en el preciso momento de realizar la disposición testamentaria exige una actividad probatoria sólida, ya que sólo así se podrá desvirtuar la capacidad que se le presume (22). No son suficientes meras conjeturas o indicios, sino que se requieren pruebas convincentes que

(22) La STS de 18 de marzo de 1988 (RJ 10355) declara que: "a) Constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo [...]". En el mismo sentido, SSTs 22 de enero de 1913, 16 de noviembre de 1918, 12 de mayo de 1962, 21 de abril de 1965, 7 de octubre de 1982, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987.

acrediten la realidad de la incapacidad, pues en caso contrario prevalece la presunción de capacidad.

Del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en esta materia puede decirse, con carácter general, que son escasas las sentencias que declaran la nulidad del testamento por la incapacidad del testador, pues en la mayoría de los litigios la pruebas que se aportan sobre la situación de insania mental del otorgante son insuficientes para combatir la presunción de capacidad (23).

Por su parte, la jurisprudencia menor aplica la doctrina del Alto Tribunal, en cuanto viene declarando que la prueba de la incapacidad del testador ha de ser completa e inequívoca (24), de tal forma que la simple duda acerca de la falta de cabal juicio del testador no basta para destruir la presunción de su capacidad (25). Asimismo, se ha declarado (26) que los padecimientos propios en personas de avanzada edad no son prueba suficiente para descartar la lucidez mental del testador. Tampoco la depresión (27), o el consumo de alcohol (28) –si no deriva en alcoholismo crónico– son situaciones que determinen necesariamente la incapacidad para testar. En otros supuestos, la enfermedad mental que padecía el testador ha sido valorada de distinta forma, pues si en algún caso la deficiencia no tenía, a juicio del Tribunal, entidad suficiente para considerar que le privaba de la capacidad de raciocinio necesaria para otorgar testamento (29), en otro el estado mental es considerado incompatible con el cabal juicio que se requiere para testar. Debe significarse que en la resolución de estos casos el diagnóstico médico es fundamental para determinar si el trastorno mental que padecía el testador afectaba su capa-

(23) En este sentido, *vid.* SSTs de 15 de febrero de 2001 (RJ 2051), 27 de enero y 18 de mayo de 1998 (RJ 394 y 3376, respectivamente), 27 de noviembre de 1995 (RJ 8717) y 8 de junio de 1994 (RJ 4904), entre otras.

(24) Así, SAP de Valencia de 8 de marzo de 2001 (AC 918); la sentencia de la AP de Badajoz de 28 de septiembre de 1994 (AC 1551).

(25) *Vid.* SAP de Barcelona de 26 de marzo de 1999 (AC 6684).

(26) *Vid.* SAP de Asturias de 4 de febrero de 1999 (AC 274), en la que se afirma que “la senilidad o senectud no implica demencia senil como estado patológico”.

(27) *Vid.* SAP de Málaga de 2 de noviembre de 1992 (AC 1604), que desestima la pretensión de nulidad del testamento otorgado por una persona que fue tratada de una depresión, ya que si bien el internamiento prolongado apuntaba hacia una posible anulación de las facultades de la testadora, los informes y la testifical del psiquiatra que la asistía mantienen la plena capacidad, voluntad e inteligencia de la testadora.

(28) *Vid.* SAP de Valladolid de 31 de octubre de 1997 (AC 2057).

(29) En este sentido se pronuncia la SAP de Badajoz de 22 de mayo de 2000 (AC 951), al resolver un caso en que la testadora padecía una oligofrenia congénita, por la que fue declarada su incapacidad absoluta para todo trabajo. Sin embargo, el Tribunal confirma la sentencia de instancia al entender que, si bien la testadora tenía limitadas sus facultades mentales, el perito llega a la conclusión de que la deficiencia que padecía la testadora no le impedía realizar la disposición testamentaria.

cidad de entendimiento y voluntad hasta el punto de privarle del discernimiento necesario en el momento en que realizó la disposición de última voluntad. En definitiva, la declaración de nulidad del testamento por la incapacidad del otorgante depende, en gran medida, del resultado de la prueba pericial que se realice en el proceso.

Por otro lado, conviene precisar que para apreciar la capacidad del testador sólo importa su estado mental en el momento del otorgamiento, como dispone el artículo 666 C.c. (30), de modo que sólo la falta de pleno juicio durante esa fase le priva de la facultad de testar. En consonancia con esta regla, el artículo 664 C.c. establece que “[e]l testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido”. Así pues, esta norma se refiere a la disposición testamentaria otorgada por una persona no incapacitada en el momento de testar, pero que por circunstancias sobrevenidas es declarada judicialmente incapaz; también comprende el supuesto de una persona que después de otorgar testamento padece un trastorno mental que afecta sus facultades intelectuales y volitivas, aunque no se haya dictado una resolución judicial que lo incapacite. La referida regla, según la cual el testamento otorgado no queda invalidado por la enajenación mental posterior del testador, se basa en que al tiempo de testar el sujeto no padecía la perturbación psíquica, por lo que debe presumirse la capacidad testamentaria que tenía en aquel momento (31) (cfr. arts. 662 y 666 C.c.).

Sin embargo, pese a que el contenido del artículo 664 C.c. es claro al delimitar temporalmente la validez del testamento otorgado, cabe plantearse si la declaración judicial de incapacitación posterior podría afectar a la disposición testamentaria realizada, porque se considere un indicio probatorio determinante de la falta de capacidad del testador en el momento en que otorgó la disposición de última voluntad. Si atendemos a la presunción de capacidad del artículo 662 C.c. y a la regla que establece cuál es el momento en que ha de apreciarse la capacidad del testador, prevista en el artículo 666 C.c., la conclusión es clara: la resolución judicial de incapacitación posterior al otorgamiento del testamento no es, por

(30) Sobre esta norma, ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 666 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, p. 80, señala que “[e]l espíritu del artículo 666 es prescindir del estado en que se halle el testador al morir”.

(31) En opinión de PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1672, “aunque no existiera el repetido art. 664 C.c., habría motivo suficiente para estimar que el testamento era válido pues si según el art. 663.2.º C.c. no puede testar el que no se halle en su cabal juicio, y con arreglo al art. 666 del propio C.c. para apreciar la capacidad del testador se atiende únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, de tales preceptos resulta sin más la validez de la disposición testamentaria otorgada antes de la enajenación mental, y por tanto desde esta perspectiva el art. 664 que ahora se comenta es, hasta cierto punto, superfluo”.

sí misma, razón suficiente para desvirtuar la presunción de capacidad testamentaria de la que goza el otorgante y, por consiguiente, no priva de eficacia la disposición testamentaria anterior.

Además, existe otra razón fundamental para sostener que la incapacitación posterior no afecta al testamento otorgado anteriormente. El carácter constitutivo (32) que tiene la resolución judicial que declara la incapacitación del sujeto determina que sus efectos se produzcan a partir de la firmeza de la sentencia, porque es a partir de ese momento, y no antes, cuando la persona asume la condición de incapacitado (33). Es decir, la incapacitación tendrá efectos para el futuro, pero nunca eficacia retroactiva, lo que significa que la capacidad de obrar del incapacitado quedará restringida sólo desde la fecha en que se declara judicialmente su incapacidad.

Por tanto, la incapacitación posterior no provoca la nulidad del testamento otorgado antes de dictarse la resolución judicial, pues se impone la presunción de capacidad de la que goza la persona no incapacitada, de tal forma que deben reputarse válidos todos aquellos actos realizados con anterioridad a la sentencia que lo declara incapaz (34), mientras no se demuestre cumplidamente que los realizó padeciendo un trastorno mental que afectaba a su capacidad de entendimiento y voluntad.

Pese a todo, la jurisprudencia no mantiene un criterio uniforme sobre el alcance de la declaración sobrevenida de incapacidad del testador. Al-

(32) La tesis del carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, defendida por DE CASTRO Y BRAVO, F., cit., pp. 305 y ss., es la que acoge también el artículo 199 C.c. En opinión del profesor DE CASTRO “[l]a declaración judicial de incapacidad es el acto constitutivo y el título del cambio de estado que origina la incapacitación [...]; es el momento en que cambió su estado civil y desde su fecha tiene la condición de incapacitado. Hasta entonces era capaz, desde entonces será incapaz y reducida a la condición de tutelada [...]”. En la misma línea, GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 71 y ss.

Frente a la concepción formalista del profesor DE CASTRO, se mantiene la concepción realista, defendida por GORDILLO CAÑAS, A., cit., pp. 67 y ss., según la cual “la actuación judicial será constitutiva en cuanto a la puesta en funcionamiento de la tutela; pero una cosa es esto y otra, bien distinta, que lo sea igualmente en cuanto a la previa situación de incapacidad que la justifica [...] la sentencia de incapacitación es declarativa de la incapacidad y constitutiva de la tutela”. Asimismo, RAMOS CHAPARRO, E., cit., pp. 355 y ss., defiende la naturaleza declarativa de la resolución judicial de incapacitación.

(33) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., cit., pp. 15-49.

(34) Como afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., pp. 155-156, “[l]a sentencia no tiene en ningún caso efecto retroactivo. Cosa muy distinta es la innegable posibilidad de impugnar actos del luego incapacitado, por falta de discernimiento y, por tanto, consentimiento válido, en cada uno de estos actos anteriores al proceso de incapacitación; pero sin que la posterior incapacitación influya directamente en el nuevo pleito necesario para impugnar aquellos actos anteriores”.

gunas sentencias (35) sostienen que la declaración judicial de incapacidad del testador no demuestra que la incapacidad existiera al tiempo de otorgarse el testamento y, por tanto, estiman que esta circunstancia sobrevenida no puede utilizarse para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria realizada con anterioridad. Por el contrario, otras sentencias admiten que la incapacitación posterior constituye un indicio bastante significativo de que la enajenación mental ya existía al tiempo del otorgamiento (36).

Pero, como ya se ha comentado, la irretroactividad de la resolución judicial impide que la incapacitación prive de eficacia a los actos realizados por el incapaz con anterioridad, de tal forma que la disposición testamentaria otorgada por la persona no incapacitada mantiene su validez aun después de la declaración judicial de la incapacidad, salvo que se demuestre que la situación de incapacidad ya existía en la fecha en que se otorgó testamento. Así pues, en caso de promoverse la acción de nulidad del testamento realizado antes de la incapacitación, la cuestión presenta las mismas dificultades probatorias que cuando se trata de un testador no incapacitado. La acción sólo tiene posibilidades de prosperar si se aporta una prueba convincente que acredite de forma inequívoca que el incapaz no se hallaba en su cabal juicio (37) en el momento del otorgamiento; en caso contrario, puede concluirse que la sentencia de incapacitación no demuestra por sí sola la falta de cabal juicio del testador.

En este sentido, se pronuncia la STS de 24 de febrero de 1981 (RJ 605) al declarar la validez del testamento otorgado por el incapaz el 1 de agosto de 1961, antes de la resolución judicial de incapacitación, recaída el 28 de febrero de 1964. El Alto Tribunal afirma que *“no se acreditó que existiera la incapacidad el día de la realización del acto testamentario, pues ni los diversos dictámenes médicos sobre la incapacidad intelectual del testador, ni de su comportamiento en el momento de otorgar testamento, ni de las disposiciones de éste, ni de las alegaciones en su contra formuladas en la demanda y ni aun siquiera de lo confesado por el propio testador sobre su capacidad mental y de administración de sus bienes, resultan motivos suficientes para sostener la incapacidad”*.

(35) Vid. SSTS de 7 de abril de 1908 (JC 107), 20 de febrero de 1975 (RJ 661), 24 de febrero de 1981 (RJ 605), 18 de marzo de 1988 (RJ 10355), 13 de octubre de 1990 (RJ 7863) y 10 de febrero de 1994 (RJ 848).

(36) En este sentido, SSTS de 11 de diciembre de 1962 (RJ 5063) y 19 de septiembre de 1998 (RJ 6399).

(37) Respecto al tipo de prueba que se exige para combatir la presunción de capacidad del testador, la STS de 18 de marzo de 1988 señala que la incapacidad, “en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo”, y la de 18 de mayo de 1998 (RJ 3376) dice que “debe exigirse con especial rigor”.

Un pronunciamiento similar encontramos en la STS de 12 de mayo de 1998 (RJ 3570) (38), en el cual el Alto Tribunal considera que la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador en el momento del otorgamiento no quedó suficientemente desvirtuada. En el caso enjuiciado, la testadora falleció el 12 de septiembre de 1981, dos años después de haber otorgado su testamento (el 15 de octubre de 1979). Aunque en el momento del fallecimiento se estaba tramitando la declaración judicial de incapacitación, el Tribunal no estimó relevante, como prueba de la falta de cabal juicio de la testadora, el diagnóstico de demencia senil emitido por el médico forense que la reconoció unos meses antes del fallecimiento, pues había transcurrido un año y medio desde el acto del otorgamiento. Este intervalo temporal era demasiado amplio para considerar que el padecimiento mental que aquejaba a la testadora poco antes de su fallecimiento existiera ya en la fecha en que ésta realizó la disposición testamentaria.

Pero cabría plantearse qué incidencia tendría la sentencia que declare la incapacidad de una persona que, con anterioridad hubiese otorgado testamento, si dicha resolución judicial considerase suficientemente probado —porque así lo acreditaran los informes médicos aportados al proceso de incapacitación— que las perturbaciones psíquicas que motivan la incapacidad del sujeto ya existían en la época en que éste realizó la disposición testamentaria. ¿Sería razonable admitir entonces la invalidez del testamento? Pienso que la pretensión de nulidad puede prosperar, siempre en función de las circunstancias, no porque se admita que los efectos de la sentencia de incapacitación pueden retrotraerse al tiempo en que comenzó el estado de enajenación mental, sino por la trascendencia probatoria que indudablemente tendría el informe pericial en el cual se afirme, sin ninguna duda, que el trastorno mental que padece el incapaz se remonta al tiempo en que otorgó testamento.

Se trata, por tanto, de un dato probatorio muy significativo que puede servir de fundamento para que el juzgador declare la nulidad del testamento por la falta de cabal juicio del testador en la fecha en que otorgó la disposición testamentaria, especialmente cuando existe cierta proximidad temporal entre el otorgamiento y la declaración judicial de incapacitación.

En la STS de 19 de septiembre de 1998 (39) (RJ 1998, 6399), se plantea la cuestión relativa al testamento otorgado por un incapaz antes de

(38) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., “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”, *RDP*, n.º 2, 1999, pp. 527-539.

(39) Esta sentencia es ampliamente comentada por SERRA RODRÍGUEZ, A., cit., pp. 527-539.

recaer la sentencia de incapacitación. El Alto Tribunal confirma la sentencia dictada por la Audiencia que estimaba la pretensión de nulidad del testamento por incapacidad mental de la testadora. La disposición testamentaria se había otorgado el 14 de marzo de 1980 y la declaración judicial de incapacitación se dictó el 9 de julio de 1981. Aunque la sentencia reconoce que la proximidad temporal entre el otorgamiento del testamento y la declaración de incapacitación es “significativa”, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, no basa su decisión en la retroactividad de la resolución judicial que decretó la incapacidad de la testadora, sino en su incapacidad de hecho, suficientemente probada a juicio del Tribunal, mantenida hasta el fallecimiento. En el caso de autos, la prueba pericial médica sostenía que la testadora padecía una enfermedad de demencia arteriosclerótica, degenerativa y progresiva, que junto con otros medios de prueba confirmaban que no reunía las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige. Atendiendo al tipo de enfermedad que sufría la testadora, la sentencia justifica que la decisión de instancia valorase todas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado—incluyendo la incapacitación posterior de la testadora—, por lo que afirma que no se ha infringido el artículo 666 C.c. al tenerse en cuenta actos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, porque dice el Tribunal que *“actúan corroborando la prueba pericial, [...], pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que responden a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo”*.

En la misma línea argumental, la STS de 22 de junio de 1992 (RJ 1992, 5460), considera probada la falta de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento el 18 de agosto de 1983, poco antes de dictarse la resolución judicial de incapacitación (31 de octubre del mismo año). La sentencia desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Audiencia que confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia estimando la pretensión de nulidad del testamento. En el caso enjuiciado, los tres peritos que efectuaron el examen *post mortem* del cerebro del testador, emitieron un informe exhaustivo, concluyente y convincente, en el que aseguraban, sin margen racional de duda, que el causante estaba incapacitado en el fecha en que otorgó testamento, pese a la declaración de capacidad que en el testamento expresan el notario autorizante y los dos testigos presenciales. Teniendo en cuenta la contundencia de la prueba pericial practicada, el Alto Tribunal considera que carece de relevancia en el caso enjuiciado la declaración judicial de incapacidad del testador muy próxima a la fecha del otorgamiento, el 31 de octubre de 1983, pues para denunciar la nulidad del testamento por causa de incapacidad del testador *“no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista*

como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente [...] aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que, en el caso presente, no han revestido significación, no obstante, la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el art. 666 que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», este mandato no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta”.

Asimismo, la STS de 30 de noviembre de 1968 (RJ 5708) declaró la nulidad del testamento ológrafo otorgado, pues la testadora padecía una esquizofrenia de carácter crónico, progresiva e incurable, y en la fecha del otorgamiento se hallaba sometida a un expediente de incapacidad. El Alto Tribunal afirma que en la apreciación de la capacidad del testador son “elemento valioso y hasta eficiente, los otros actos inmediata o coetáneamente realizados por el testador, en virtud del apotegma *operari sequitur esse* o la propia etiología de la enfermedad, precedente al otorgamiento”.

En el caso que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 1999 (AC 3150) se discute la validez de la disposición testamentaria otorgada el 27 de abril de 1994, mientras se sustanciaba el proceso de incapacitación de la testadora, que concluyó con sentencia de 22 de junio de 1994. La Audiencia confirma la sentencia de instancia que estimó la demanda de nulidad del testamento al existir prueba suficiente que evidencia la incapacidad de la otorgante que estaba afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva (alzheimer), con nulas posibilidades de recuperación. El Tribunal recuerda que el artículo 663 C.c. emplea la expresión cabal juicio, y el artículo 104 del Código de Sucesiones por causa de muerte del Derecho civil de Cataluña establece que son incapaces para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. Ambos preceptos deben aplicarse, a juicio del Tribunal, pues emplean términos suficientemente expresivos para entender que autorizan una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces para gobernarse por sí mismas, en concordancia con el artículo 200 C.c., aunque no hayan sido declaradas incapacitadas por sentencia judicial firme.

En este caso, es muy significativa la exploración que se realizó a la testadora en el procedimiento de incapacitación, y su reconocimiento por el médico forense, ya que se efectuaron sólo dos días después del otorgamiento del testamento, poniendo de manifiesto el trastorno mental que padecía en grado avanzado y el grave deterioro de su capacidad de pensamiento y de juicio. También es relevante el hecho de que en la fecha

del otorgamiento la testadora estuviera ingresada en un centro especializado en el cuidado de enfermos mentales, sin que esta situación fuese conocida por el notario ni por los testigos que concurrieron al acto testamentario. Todos estos datos demostrados, así como la declaración judicial posterior de incapacidad por cuanto corrobora la prueba pericial, fueron decisivos para considerar acreditada la anomalía mental que sufría la testadora en el momento del otorgamiento.

Así pues, el dato decisivo para declarar la nulidad del testamento a causa de la incapacidad mental de la testadora fue la proximidad temporal (dos días) entre la fecha del otorgamiento y la fecha en que quedó constatado el grave trastorno mental que sufría la causante, mediante la exploración por el juez en el procedimiento de incapacitación y el reconocimiento por el médico forense.

Por último, una vez analizadas las causas que, en virtud del artículo 663 C.c., determinan la incapacidad para testar, conviene subrayar algunas conclusiones al respecto. La valoración general del tema permite afirmar que el tratamiento jurídico que en esta materia se dispensa a los menores de edad y a los incapaces no es idéntico. En relación a los menores, la facultad de testar se basa en un criterio objetivo, esto es, la edad, de tal forma que se priva de la capacidad testamentaria a quienes no han alcanzado los catorce años, con independencia de su aptitud natural. En cambio, en el segundo caso el legislador opta por un criterio subjetivo: la falta de cabal juicio en el momento en que se pretende otorgar el testamento, de modo que la incapacidad para testar en este supuesto se basa en la falta de capacidad natural de la persona que, por cualquier causa, tiene disminuidas sus facultades intelectuales y volitivas al tiempo del otorgamiento.

Esta diferencia en los criterios que determinan la incapacidad para otorgar testamento ha supuesto que en la práctica, como ya hemos visto en las páginas anteriores, exista más jurisprudencia sobre la incapacidad derivada de la falta de cabal juicio del testador que sobre la incapacidad a causa de la edad, fundamentalmente porque el primer criterio se basa en una circunstancia de hecho que no siempre resulta fácil apreciar, por lo que en ocasiones es posible que se autorice el testamento de quien no se halla en su cabal juicio en el momento de testar. En cambio, la edad no suele plantear problemas, de un lado, porque es inusual que los menores –incluso los que tienen la edad necesaria– otorguen testamento y, de otro, porque o bien carecen de un patrimonio o el que tienen suele ser menos importante que en el caso de las personas mayores de edad.

2.1. *Apreciación de la capacidad del testador.*

Dado que la capacidad del testador es un requisito básico para la validez del testamento, el artículo 685.1 C.c. –según la redacción dada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que modifica el Código civil en materia de testamentos– impone al notario el deber de comprobar que el testador tiene la capacidad necesaria para otorgar el acto (40). Pero el mismo precepto establece también, en su segundo párrafo, que en los testamentos otorgados sólo ante testigos (los supuestos previstos en los arts. 700 y 701 C.c.), estos procurarán asegurarse de la capacidad del testador.

Esta regla (41) general sobre la apreciación de la capacidad del testador que rige para todo tipo de testamento –salvo para el ológrafo–, se prevé igualmente para los testamentos notariales en los artículos 696 y 707 C.c., esto es, para los supuestos del testamento abierto y cerrado, respectivamente. Por tanto, no hay duda de que tras la reforma de 1991 incumbe exclusivamente al notario averiguar si el otorgante tiene la capacidad legal que se requiere para realizar el acto de última voluntad.

Aunque en los supuestos previstos en el artículo 697 C.c. también deben concurrir dos testigos al acto de otorgamiento, lo cierto es que a estos no se les encomienda la función de comprobar la capacidad del testador. En cambio, las circunstancias excepcionales que justifican el testamento en caso de epidemia y en inminente peligro de muerte determinan que, ante la ausencia del fedatario público, los testigos sean los que valoren si el testador tiene la aptitud necesaria para realizar la disposición testamentaria.

En cualquier caso, la finalidad de esta regla formal es comprobar que el testador goza, en el momento del otorgamiento, de la capacidad legal necesaria para disponer su última voluntad, es decir, que tiene la edad y el juicio suficiente para saber y comprender el testamento que otorga. De este modo, el legislador trata de garantizar el cumplimiento de uno de los requisitos esenciales para la validez del acto y, al mismo tiempo, procura

(40) Con anterioridad a la reforma de 1991, el artículo 685 C.c. disponía que el notario y los testigos debían procurar asegurarse de que, a su juicio, el testador tenía la capacidad legal necesaria para testar.

(41) En opinión de RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Comentario al art. 685 C.c.”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, AA.VV., coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1024-1043, “[e]ste juicio sobre la capacidad del testador se desenvuelve en dos planos íntimamente ligados, aunque recogidos en preceptos diferentes. Uno, el plano sustantivo, coincide con la comprobación misma de la capacidad del testador y aparece contemplado en el artículo 685. El otro, el plano formal, no es sino la materialización en el documento testamentario de la aptitud apreciada en el testador, o, si se prefiere, la dación de fe de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento; su exigencia resulta, para los testamentos notariales, de los artículos 696 y 707 C.c.”.

evitar la posterior declaración de nulidad del testamento por la falta de aptitud de quien lo otorga.

Pero también el Reglamento Notarial de 6 de junio de 1944 contiene una referencia general, en su artículo 156.7.º, a la capacidad de los otorgantes en todas las escrituras que se autoricen. Según dispone esta norma, se indicará en la escritura “la afirmación a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera”. Asimismo, a tenor de lo establecido en el artículo 167 de este Reglamento, “[e]l Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”. Por tanto, con independencia de que se trate de un testamento o de cualquier otro acto o negocio jurídico, el notario tiene el deber de declarar en la escritura que, a su juicio, el sujeto que interviene tiene la capacidad legal que se requiere. En definitiva, se exige al notario que actúe con la debida diligencia profesional y, utilizando los medios a su alcance, compruebe que el otorgante goza de la capacidad legal necesaria para otorgar el acto o contrato al que se refiere la escritura.

Por otro lado, debe destacarse que los términos en que se redacta el artículo 685 C.c., imponiendo al notario el deber de comprobar que el testador tiene la capacidad legal necesaria, coinciden con los que tenía el precepto en la edición primitiva del Código civil. En aquella redacción también se establecía la apreciación de la capacidad como un deber que correspondía a quien autorizaba el acto; sin embargo, el término utilizado se corrigió en la segunda edición del texto legal, al considerarse que tal deber excedía de las funciones del notario, sustituyéndolo por la expresión “procurarán asegurarse”. Este giro semántico suavizó notablemente la función encomendada al fedatario público (42).

Sin embargo, la reforma del Código civil operada por la Ley 30/1991 recupera de nuevo la expresión utilizada en la edición originaria de ese texto legal, sustituyendo el “procurar asegurarse” por el “deberá el Notario asegurarse”. Ciertamente, la redacción actual del precepto tiene un sentido más imperativo, ya que compromete al notario en el cumplimiento de sus funciones, debiendo actuar con la diligencia necesaria para asegurarse de que el testador tiene las condiciones legales necesarias para

(42) Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario al art. 685 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., t. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, p. 358; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., cit., p. 1039.

realizar el acto testamentario. Sin embargo, pese al sentido imperativo del término empleado, lo cierto es que la apreciación de la capacidad del testador que debe realizar el notario se efectúa, “a su juicio”, lo que sin duda atenúa el rigor de la obligación que se impone al fedatario público, pues no se exige una garantía plena y objetiva sobre la aptitud del testador, sino sencillamente que al tener un contacto directo y personal con el otorgante llegue al convencimiento de que éste tiene la capacidad suficiente para entender el acto que realiza y para saber exactamente lo que desea disponer. Por ello, el notario debe ser riguroso al comprobar que el testador tiene las condiciones legales exigidas para el otorgamiento, es decir, que tiene al menos catorce años y se halla en su cabal juicio. Después de esta exigencia previa de comprobación sobre la capacidad del testador, y sólo si el resultado es positivo, el notario podrá autorizar el testamento haciendo constar (43) que, a su juicio, el testador se halla con la capacidad legal necesaria para realizar la disposición testamentaria (arts. 696 y 707 C.c.).

Debe precisarse, no obstante, que el deber que el artículo 685 C.c. impone al notario de asegurarse que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria, ha de entenderse referido a los supuestos en que el interesado en otorgar testamento no se halla incapacitado y, por tanto, goza de la presunción general de capacidad. En cambio, si se trata de una persona incapacitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 665 C.c., el juicio sobre su capacidad para testar corresponde a los facultativos designados por el notario, quienes deberán reconocer al incapacitado y valorar si éste tiene la aptitud mental que se requiere para realizar el acto testamentario. Por tanto, en estos supuestos, la apreciación de la capacidad del testador incumbe, por mandato legal, a los especialistas en la materia, aunque el notario sea en última instancia quien decide si el incapacitado está o no en condiciones de testar.

En los casos en que corresponde al notario apreciar la capacidad, la jurisprudencia viene reconociendo el indudable valor que tiene el juicio que emite el notario sobre la capacidad del testador, al que se atribuye el rango de “enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud” (44) y la categoría de “control no judicial” (45).

Así, la STS de 10 de abril de 1987 (RJ, 2549), afirma que “la aseve-

(43) Vid. BADOSA COLL, F., “Comentario al art. 696 C.c.”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, AA.VV., coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1993, p. 1095.

(44) En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS 16 de abril de 1959 (RJ 1959, 1974); 7 de febrero de 1967 (RJ 1967, 550); 21 de junio de 1986 (RJ 1986, 3788) y 10 de abril de 1987 (RJ 1987, 2549).

(45) Así lo califica la STS de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3376).

ración notarial respecto de la capacidad de testamentifacción del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario”.

En efecto, si el notario, actuando con la diligencia profesional exigible en el cumplimiento de su deber, ha comprobado que el testador reúne las condiciones precisas para realizar el acto de última voluntad, no cabe duda de que su juicio sobre la capacidad del testador refuerza la presunción de capacidad del artículo 662 C.c. Sin embargo, ello no impide que esa apreciación notarial sobre la capacidad del otorgante pueda combatirse en un posterior proceso de impugnación del testamento si se aporta prueba suficiente e inequívoca de que el testador no se hallaba en su pleno juicio.

3. El testamento otorgado por la persona incapacitada.

Como ya se ha comentado anteriormente, en virtud de lo establecido en el artículo 663.2.º C.c., la incapacidad para testar afecta a la persona que habitual o accidentalmente no se encuentra en su cabal juicio. De ello se deduce que la incapacidad para testar no deriva necesariamente de la incapacitación, sino que basta con que, al tiempo del otorgamiento, el sujeto sufra un estado de enajenación mental que afecte sus facultades intelectuales y volitivas. Es decir, la falta de capacidad en esta materia puede afectar tanto a la persona que ha sido incapacitada judicialmente por alguna de las causas previstas en el artículo 200 C.c., como también al incapaz de hecho a causa de un trastorno mental que le priva del pleno juicio.

Sin embargo, conviene precisar que, incluso en el supuesto de que una persona se halle incapacitada judicialmente, cabe la posibilidad de que pueda testar válidamente, bien porque la sentencia establezca expresamente su facultad para otorgar disposiciones testamentarias, bien porque la resolución no contenga pronunciamiento alguno acerca de su aptitud en esta materia, ya que en este caso se aplica el artículo 665 C.c. que permite el ejercicio de la testamentifacción por parte del incapacitado siempre que se cumplan las reglas especiales que este precepto señala.

Así pues, el artículo 665 C.c. (46), según la redacción dada por la

(46) Sobre esta norma, *vid.* PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 665 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1673-1676; ROCA TRÍAS, E., “Comentario al art. 665 C.c.”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 947-954; CAPILLA RONCERO, F., *cit.*, pp. 113-114; LACRUZ BERDEJO, J. L., *cit.*, pp. 163-165; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *cit.*, pp. 43-50.

Ley 30/1991, de 20 de diciembre, regula el testamento otorgado por la persona incapacitada judicialmente cuando la sentencia no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar. En este caso, y con el objeto de garantizar la validez del testamento, el precepto establece que “[...] el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

En la redacción anterior de esta norma, se regulaba ya el testamento realizado en un intervalo lúcido, y para su validez se exigía la presencia de dos facultativos que debían comprobar que en ese momento el sujeto tenía la capacidad de entendimiento y la voluntad necesaria para testar.

Tras la reforma de esta disposición legal, se suprime la referencia al testamento otorgado en un intervalo lúcido (47), porque según dice el preámbulo de la Ley que le dio nueva redacción, “[a]sí, se ajusta el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacitación”. Con la redacción actual, no hay duda de que el ámbito de aplicación del artículo 665 C.c. queda circunscrito exclusivamente al supuesto del testamento que pretende otorgar testamento una persona incapacitada judicialmente cuando la sentencia no diga nada acerca de su capacidad para testar.

Por tanto, esta norma no resulta aplicable en los siguientes supuestos:

— Cuando la persona que desea otorgar testamento padece alguna alteración psíquica que afecta a su facultad de discernimiento, si bien no se encuentra incapacitada judicialmente. En este caso, incumbe al notario averiguar si el sujeto se halla en condiciones de testar, conforme establecen las normas generales en esta materia (arts. 685 y 696 C.c.). Aunque el artículo 665 C.c. no es aplicable a este supuesto, nada impide que el notario, si lo considera conveniente, solicite la presencia de facultativos para que reconozcan al sujeto y emitan un informe acerca de su capacidad; pero cualquiera que sea la conclusión del informe médico, éste no tendrá carácter vinculante, ya que el dictamen de los facultativos sólo es exigible para el supuesto concreto regulado en el artículo 665 C.c.

Pero si el dictamen solicitado confirma la falta de cabal juicio del interesado en testar, parece razonable suponer que el notario no autoriza-

(47) La expresión empleada en la anterior redacción del artículo 665 C.c. dio lugar a interpretaciones contrarias sobre su ámbito de aplicación, pues mientras un sector doctrinal —el más extendido— (vid. por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., “Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio”, *RDP*, 1963, pp. 249 y ss.), consideraba que este precepto sólo se aplicaba en los casos en que el testador estaba judicialmente incapacitado, otros autores (vid. por todos, ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 662 a 666 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, pp. 80-81) sostenían que la norma se refería al demente que, en el momento del otorgamiento, se halla en un intervalo lúcido, esté o no declarado judicialmente incapaz.

rá el otorgamiento, dado que cuenta con una prueba objetiva de la incapacidad, y adoptando la decisión contraria vulneraría el deber que le imponen los artículos 685 y 696 C.c. Sin embargo, también puede ocurrir que el notario no comparta la opinión de los especialistas y autorice el testamento haciendo constar que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria. En ese caso, si tras el fallecimiento del otorgante se impugnase el testamento, no hay duda de que el dictamen médico puede constituir una prueba fundamental para acreditar la falta de capacidad del testador en el momento de realizar el acto testamentario.

En caso de que el informe médico sea favorable, también incumbe al notario decidir si autoriza o no el testamento. Puede, por tanto, denegar el otorgamiento porque esté convencido, en contra de lo que sostienen los especialistas, de que el sujeto no se halla en su cabal juicio.

— Cuando la sentencia que declara la incapacitación reconozca expresamente la aptitud del incapaz para realizar disposiciones testamentarias. De acuerdo con lo previsto en el artículo 760 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (48), la resolución judicial que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, por lo que cabe la posibilidad de que la sentencia establezca diversos actos que el incapaz puede realizar por sí solo, entre los cuales podría figurar el otorgamiento del testamento. En tal caso, rige la presunción general de capacidad para testar que proclama el artículo 662 C.c. y, por tanto, el incapaz puede otorgar válidamente su testamento siempre que el notario declare que, a su juicio, y en el momento en que se pretende testar, el incapacitado tiene la aptitud legal que se requiere para otorgar su disposición testamentaria (arts. 663 y 685 C.c.). Ello no impide, como ya se ha comentado anteriormente, que la presunción de capacidad pueda destruirse, si después se demuestra que en el momento del otorgamiento el testador carecía de la aptitud y las condiciones necesarias para testar.

— Si la sentencia de incapacitación niega expresamente la capacidad para otorgar testamento, no cabe la posibilidad de que el incapacitado pueda realizar válidamente disposiciones de última voluntad, aunque en el momento en que pretende testar haya recuperado la lucidez mental. Si, pese a todo, se otorga testamento porque el notario lo autoriza, el testamento es nulo, aunque se haya realizado el acto cumpliendo con las formalidades previstas en el artículo 665 C.c.

Sin embargo, esta situación podrá cambiar, a tenor de lo establecido en el artículo 761 LEC, cuando concurran nuevas circunstancias que per-

(48) En los mismos términos se pronunciaba el artículo 210 C.c., redactado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que ha sido derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

mitan instar un nuevo proceso mediante el cual la sentencia de incapacitación quede sin efecto o se modifique. En efecto, si se reintegra al sujeto la plena capacidad de obrar, es obvio que podrá otorgar testamento porque rige la presunción de capacidad en esta materia; es decir, se aplican las reglas generales sobre capacidad, y no el artículo 665 C.c. Lo mismo cabe decir si se modifica el alcance de su incapacidad y la sentencia autoriza expresamente su capacidad para testar.

En cambio, si la sentencia que modifica la extensión de la incapacidad no se pronuncia acerca de la testamentifacción del incapacitado, sí será aplicable el artículo 665 C.c., es decir, el notario podrá autorizar el testamento del incapacitado siempre que cuente con el dictamen médico favorable emitido por dos facultativos.

Por último, cabe plantearse qué sucedería si el incapacitado hubiese otorgado testamento antes de dictarse la sentencia que modifica o deja sin efecto la incapacitación y en esta resolución judicial se declara que la sanación del incapacitado se produjo, por ejemplo, dos años antes, siendo éste el período durante el cual se otorgó la disposición testamentaria. La cuestión reside en determinar si el testamento es nulo, por la falta de capacidad del otorgante o, por el contrario, puede considerarse válido, teniendo en cuenta la aseveración que realiza la sentencia —con apoyo en la prueba pericial médica— sobre la recuperación de su capacidad en el tiempo en que hizo el testamento.

En mi opinión, no hay duda de que en este supuesto el testamento realizado por el incapacitado es nulo, pues se habría otorgado constante el estado de incapacitación declarado en virtud de resolución judicial. Así pues, el diagnóstico médico retrospectivo sobre la aptitud mental del incapacitado no es suficiente para desvirtuar la presunción de incapacidad derivada de la sentencia de incapacitación.

3.1. Tipos de testamento que puede otorgar el incapacitado y formalidades exigibles.

En cuanto a las formas testamentarias que puede utilizar el incapacitado, no hay duda alguna de que el artículo 665 C.c. es aplicable sólo al testamento notarial, pues se exige la intervención del notario a quien se impone la obligación de designar dos facultativos que han de reconocer al incapacitado. Descartado el testamento ológrafo (49), y admitida unánimemente la aplicación de este precepto al testamento abierto (50), la

(49) Como afirma ROCA TRÍAS, E., cit., p. 952, “[l]as razones de seguridad que exigen la concurrencia de los facultativos implican que se exija la forma pública”.

(50) Ninguna duda se plantea respecto a esta forma testamentaria. Vid. PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1675; CAPILLA RONCERO, F., cit., p. 114; ROCA TRÍAS, E., cit., p. 952.

única duda que se plantea es si cabe también en el caso del testamento cerrado. A favor de su admisión se argumenta que en esta modalidad “la testamentifacción se concentra en el acto del otorgamiento, en el cual se hace valer como testamento el escrito que antes no lo era” (51); además, dado que en el acta de otorgamiento del testamento cerrado el notario debe dar fe de que, a su juicio, el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento, en el caso de que pretenda testar un incapacitado nada impide que el notario requiera la presencia de los facultativos a que alude el artículo 665 C.c. (52). Frente a esta tesis, y teniendo en cuenta que en el testamento cerrado la capacidad del testador sólo puede apreciarse en la fase del otorgamiento, otros autores niegan la aplicación del artículo 665 C.c. porque con el dictamen médico no será posible saber si el testador tenía capacidad en el momento de redactar la disposición de última voluntad, por lo que rechazan que “este testador se halle amparado por la presunción de capacidad que le permite el otorgamiento de testamento válido” (53).

A mi juicio, en caso de que el incapacitado pretenda otorgar testamento cerrado el notario podrá autorizarlo cumpliendo con las formalidades prescritas en el artículo 665 C.c. De un lado, porque la citada norma no impide utilizar esta modalidad testamentaria y, de otro, porque en el testamento cerrado la capacidad del testador se aprecia en el momento en que el notario extiende el acta de otorgamiento, y con independencia de que el documento testamentario se haya redactado anteriormente, lo importante es que en la fase de otorgamiento el notario debe hacer constar que, a su juicio, y en ese preciso momento, el testador goza de la capacidad necesaria para realizar el acto. Por tanto, si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 707 C.c. la capacidad del testador se aprecia en la fase de otorgamiento, no hay razón que justifique un tratamiento legal diferente para el testamento cerrado cuando el testador sea un incapacitado en virtud de sentencia que no se pronuncia acerca de

(51) Cfr. LUNA SERRANO, A., cit., p. 179; en opinión de PUIG FERRIOL, L., “con arreglo al derecho vigente, debe pensarse que sólo se concede”.

(52) Vid. PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1675, considera que, si bien el dictamen favorable de los facultativos no prejuzga que realmente el testador tuviera la capacidad para testar en el momento en que se redactó el testamento, “con arreglo al derecho vigente, debe pensarse que sólo se concede relevancia a la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento cerrado ante Notario. Pues la exigencia que aparecía en el anterior art. 706.1 del Código, que obligaba al testador a que expresara el día, mes y año en que escribía el testamento, no ha pasado al actual art. 706. De lo cual se sigue que el criterio del legislador actual, es el de conceder relevancia únicamente a la fecha que resulte del acta de otorgamiento, por no exigirse la expresión de circunstancia temporal alguna en fase de preparación del testamento cerrado”.

(53) Vid. ROCA TRÍAS, E., cit., p. 952.

la testamentifacción, de modo que también para este supuesto el notario podrá autorizar el testamento cumpliendo con las reglas exigidas en el artículo 665 C.c.

Por lo que se refiere a las formalidades establecidas en este precepto para la validez del testamento otorgado por un incapacitado, es requisito esencial la intervención de dos facultativos que previamente reconozcan al testador. Aunque la norma exige que sean dos los especialistas que examinen al incapacitado, nada impide que el notario amplíe el número de facultativos si considera que así podrá tener una información más completa sobre la aptitud mental del incapacitado.

La designación de los facultativos corresponde al notario, sin que sea necesario que los nombrados sean psiquiatras; en todo caso, parece lógico suponer que los facultativos de esta especialidad médica son los más adecuados para valorar si el incapaz tiene la aptitud mental que se requiere para otorgar testamento. Por otro lado, aunque el Código no dice nada acerca de la posible falta de idoneidad de los facultativos que se designen, la doctrina considera que son de aplicación las causas de inhabilidad para ser testigo en los testamentos, previstas en el artículo 681 C.c. (54), si bien debe precisarse que, de las causas establecidas en esta norma, sólo las que se especifican en los números 3.º (referida a los que no entiendan el idioma del testador) y 5.º (que menciona al cónyuge, a determinados parientes y a quienes tengan relación laboral con el notario) se perfilan como las causas más probables que podrían afectar a los especialistas nombrados.

La función que se encomienda a los dos facultativos consiste en reconocer al incapaz, siempre antes de la fase de otorgamiento, y pronunciarse acerca de su capacidad para otorgar testamento, es decir, el dictamen médico debe dejar claro si el incapacitado se halla en su cabal juicio, sin que puedan admitirse afirmaciones dudosas, ya que deben responder de su capacidad. El dictamen favorable servirá para destruir la presunción de incapacidad derivada de la sentencia de incapacitación y permitirá que el notario autorice el testamento al tener garantías suficientes de que el testador tiene la lucidez mental necesaria para realizar sus disposiciones de última voluntad.

Cabe, no obstante, que el notario discrepe del dictamen favorable por considerar que, a su juicio, el incapacitado carece de la aptitud mental que se requiere para testar. En ese caso, el notario puede negarse a autorizar el testamento porque, en definitiva, a él le corresponde apreciar la

(54) *Vid.* PUIG FERRIOL, L., cit., p. 1676; ROCA TRÍAS, E., cit., p. 953; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., cit., p. 48.

capacidad del testador (art. 685 C.c.) (55). En cambio, si el dictamen de los facultativos advierte de la falta de capacidad del incapacitado, el notario *no podrá autorizar el testamento, por imperativo del artículo 665 C.c.*, pues si bien esta norma favorece el otorgamiento del testamento de la persona incapacitada, exige para su validez el juicio favorable de los dos facultativos que previamente lo han examinado.

Sin duda, es indispensable que el reconocimiento del incapacitado se haya efectuado antes del otorgamiento, tal y como exige el artículo 665 C.c., pero, también es preciso que no se lleve a cabo con demasiada antelación, de un lado, porque la apreciación de la capacidad del testador ha de referirse únicamente al estado en que éste se halle al tiempo de otorgar la disposición de última voluntad (art. 666 C.c.), de modo que la utilidad del reconocimiento médico depende de que éste se realice en un momento inmediatamente anterior al otorgamiento y, de otro, porque el artículo 699 C.c. exige la unidad de acto para todas las formalidades establecidas para el testamento abierto, entre las que se encuentra la intervención de los facultativos en el acto de otorgamiento, como señala el artículo 698.2.º C.c.

Como ya se ha comentado, una vez cumplido el requisito del reconocimiento médico que determina si el interesado tiene o no la aptitud mental necesaria para otorgar testamento, el notario podrá autorizar el acto siempre que el dictamen emitido por los facultativos sea favorable a la capacidad del testador y también él aprecie la aptitud del incapacitado. En tal caso, el testamento otorgado por el incapacitado es válido, ya que el cumplimiento de las formalidades prescritas en el artículo 665 C.c. permite que el testador realice el acto testamentario amparado por la presunción de capacidad. Ello no impide que la presunción pueda destruirse mediante prueba en contrario acreditativa de que el testador carecía, en el momento del otorgamiento, de la aptitud mental que el dictamen médico certificaba. Por el contrario, la inobservancia de las formalidades prescritas en el artículo 665 C.c. determina, sin ninguna duda, la nulidad del testamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 687 C.c.

(55) En este sentido, *vid.* CAPILLA RONCERO, F., cit., p. 114; ROCA TRÍAS, E., cit., p. 953. Opinión contraria mantienen ALBÁCAR, J. L. y DE CASTRO GARCÍA, J., "Comentario al art. 665 C.c.", en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por ALBÁCAR J. L., t. III, Trivium, 4.ª edic., Madrid, 1995, p. 240, pues consideran que el notario debe autorizar el testamento "aunque le ofrezca duda la lucidez del interesado; si bien podrá hacer constar las reservas oportunas sobre este extremo".

III. La intervención de los testigos en los testamentos

De entrada, debe resaltarse la importancia que en materia testamentaria tiene el estricto cumplimiento de las formalidades prescritas en el Código civil, pues de ello depende la validez del testamento. Como afirman Díez-PICAZO y GULLÓN (56) “la voluntad testamentaria se ha de manifestar necesariamente a través de las formas predeterminadas por la ley, de modo que, si no se cumplen, no puede reconocerse su existencia”. Es esencial, por tanto, que en el acto testamentario se observen las reglas formales que, con carácter general, exige la ley para cualquier tipo de testamento y, en particular, las que se imponen para el testamento concreto que se otorgue. La trascendencia de las solemnidades testamentarias es tan acusada que el quebrantamiento de los requisitos formales determina la nulidad del testamento, tal y como prevé el artículo 687 C.c.

Las razones que justifican el estricto formalismo que caracteriza al acto testamentario son claras: se trata de un acto jurídico unilateral que, además, tendrá eficacia *mortis causa*, una vez que fallezca el testador. Se impone, por tanto, la necesidad de asegurar convenientemente el hecho del otorgamiento y el contenido del testamento, evitando así posibles suplantaciones y falsificaciones (57).

Por ello, entre las reglas generales que afectan a la forma de los testamentos, hasta la Ley 30/1991, se exigía que en el acto de otorgamiento del testamento (con la salvedad del ológrafo) estuvieran presentes otras personas, además del testador. En concreto, junto con el notario autorizante (58) –en los casos de testamento abierto y cerrado– y, cuando fuese necesario, del intérprete (59), se venía exigiendo también la presencia de testigos.

Pero no cabe duda de que la actuación de los testigos en el acto de otorgamiento es más activa en el supuesto de testamento sin intervención

(56) Vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.^a ed., Madrid, 1992, p. 353.

(57) Sobre las funciones que cumple la exigencia de forma en el testamento, *vid.* Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *cit.*, p. 360; CAPILLA RONCERO, F., *cit.*, p. 123.

(58) Aunque entre las reglas generales sobre la forma de los testamentos (arts. 676 a 687) no se prevé la intervención del notario, no hay duda de que lo dispuesto en el artículo 694 C.c. (relativo al testamento abierto notarial) en cuanto exige que el testamento se otorgue ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, es aplicable siempre que su intervención proceda.

(59) El artículo 684, según la redacción dada por la Ley 30/91, regula el supuesto en que el testador exprese su voluntad en lengua que el notario no conozca, en cuyo caso, “se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial del lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador”.

notarial puesto que, por un lado, deben tratar de asegurar que el testador tiene la capacidad legal necesaria para realizar el acto testamentario (art. 685.2 C.c.) y, por otro, son las únicas personas que conocen la última voluntad del testador y han de recogerla en documento escrito en caso de ser posible (art. 702 C.c.). Por tanto, su intervención en este tipo de testamentos constituye la única prueba de su existencia y contenido.

Por contra, en el testamento notarial, el protagonismo de los testigos varía según se trate de testamento abierto o de testamento cerrado. Mientras que en el testamento abierto sus funciones son más amplias, consistentes en presenciar el acto de otorgamiento ante notario y conocer el contenido de la disposición testamentaria; en cambio, en el testamento cerrado su actuación es más limitada, únicamente dan fe de que el testador hace entrega al notario de un pliego, donde el testador dice que se contiene su testamento, sin tener acceso a su contenido.

Por tanto, en mi opinión, y a tenor de lo expuesto, si bien es cierto que la presencia de testigos contribuye a dar publicidad y a garantizar la autenticidad de la disposición testamentaria realizada en el caso del testamento abierto, en cambio no parecen que existan razones de peso suficientes para justificar su intervención en el supuesto de otorgamiento del testamento cerrado.

El estamento notarial (60) todavía va más lejos en sus críticas, al entender que la previsión legal de requerir la presencia de testigos en todo caso ponía en entredicho su profesionalidad como fedatario público en este tipo de actos. Todo ello determinó que, con posterioridad, la citada Ley 30/1991 limitara dicha exigencia, de una parte, al reducir su número, de tres a dos testigos; y, de la otra, al suprimir su presencia con carácter general tanto en el testamento abierto como en el cerrado, tasando los supuestos previstos en los artículos 697 y 707.5.º, en que sí es necesaria su presencia (llamados “testigos instrumentales”). A saber, cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento (art. 697.1.º y art. 707.5.º); cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento (art. 697.2.º); y cuando lo soliciten el notario o el testador (art. 697.3.º). En última instancia, también el artículo 685.1 exige la concurrencia de dos testigos (denominados “testigos de conocimiento”), cuando el notario no conozca al testador y éste no se identifique mediante documento oficial.

(60) La propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, alude implícitamente a la criticada intervención de los testigos en los testamentos notariales. En este sentido se afirma que “[s]e recoge el desecho generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad y se suprime como requisito general el concurso de los testigos, con el testador y el Notario, en la formalización del testamento. [...]”.

A mi juicio, la exigencia de concurrencia de los llamados “testigos instrumentales” en los casos anteriormente descritos –salvo cuando concurren para identificar al testador (“testigos de conocimiento”)– obedece, por un lado, a que las circunstancias que afectan al testador aconsejen que otras personas lo acompañen en el acto de otorgamiento y ratifiquen el contenido de la disposición testamentaria y, por otro, a que voluntariamente el otorgante manifieste su deseo de otorgar la disposición *mortis causa*, en presencia de testigos, o, en su caso, el notario autorizante lo requiera si así lo estima conveniente a la luz de las circunstancias que concurren en cada caso.

Por supuesto, la falta de testigos en el testamento notarial, cuando su intervención sea preceptiva, determina la nulidad del testamento por el incumplimiento de un requisito de forma, esencial para su validez.

En todo caso, en los supuestos en que se requiera la presencia de testigos, es indispensable que éstos sean idóneos, esto es, se precisa que tengan aptitud suficiente para cumplir la función asignada. El Código civil en su artículo 681 no establece las condiciones o cualidades que determinan la idoneidad para ser testigo en el testamento, limitándose a señalar de forma negativa cuáles son las circunstancias que impiden a una persona intervenir como tal. Así, de la lectura de dicho precepto se deduce que tiene la idoneidad necesaria para ser testigo testamentario la persona en que no concurre alguna de las circunstancias de inhabilidad que en él se establecen, es decir: “1.º Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701. 2.º Los ciegos y los totalmente sordos o mudos. 3.º Los que no entiendan el idioma del testador. 4.º Los que no estén en su sano juicio. 5.º El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo” (61).

Además de todo lo anterior y conforme establece el artículo 683 C.c., conviene precisar que la idoneidad del testigo ha de referirse al tiempo en que se otorga el testamento, ya que es en ese instante cuando se requiere que los testigos estén presentes y cumplan la función que les incumbe. Por tanto, es obvio que la posible falta de idoneidad del testigo con anterioridad al otorgamiento de la disposición testamentaria o la que pueda devenir con posterioridad, no afecta la validez del testamento otorgado en su presencia.

(61) Debe tenerse en cuenta que para el supuesto de testamento abierto, el artículo 682 C.c. amplía el círculo de personas que no pueden actuar como testigos: “[...] los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. Quedan excluidos de esta prohibición “los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario”.

Sólo en determinadas formas testamentarias la actuación de los testigos no se limita exclusivamente a presenciar el acto de otorgamiento, sino que además se les encomienda realizar determinadas diligencias tras el fallecimiento del testador que, de no cumplirse, provocan la ineficacia del testamento. Así sucede en los supuestos de testamento en inminente peligro de muerte (art. 700 C.c.) o en caso de epidemia (art. 701 C.c.), en cuyos casos es preciso que después del fallecimiento del testador los testigos acudan al Tribunal competente para elevar a escritura pública el testamento y protocolizarlo, tal y como disponen los artículos 703.2 y 704 C.c. Es en estos últimos supuestos donde debemos plantearnos si la falta de idoneidad de cualquiera de los testigos surgida con posterioridad al otorgamiento y antes de cumplir las formalidades exigidas para los testamentos especiales afectará a su validez (62).

A mi juicio, la capacidad que la Ley exige al testigo ha de referirse únicamente al momento en que el testador expresa su última voluntad. Ésta es la referencia temporal que importa a los efectos de calificar la idoneidad de los testigos que concurren en el testamento, y no sólo porque así lo expresa el artículo 683 C.c., sino también porque las causas que determinan la ineptitud para ser testigo se basan en diversas circunstancias personales o profesionales que, a juicio del legislador, podrían influir negativamente en el cumplimiento de la principal función que se le asigna, como es la de estar presente en el otorgamiento y conocer el contenido de la disposición testamentaria. Piénsese, por ejemplo, que quien pretende ser testigo no esté en su sano juicio; es evidente que no podrá realizar adecuadamente su función como testigo instrumental, pues su estado mental lo inhabilita para intervenir en el acto de otorgamiento como testigo. En cambio, si esta causa de inhabilidad surge tras el otorgamiento del testamento no afecta para nada a su validez, porque lo relevante es la aptitud del testigo en el momento en que se otorgó la disposición de última voluntad.

(62) Vid. TORRES GARCÍA, T., “Comentario al art. 683 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, t. 1, 2.^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1721, que al referirse a los testamentos regulados en los artículos 700 y 701 C.c., afirma que “si uno de los testigos presentes en el acto del otorgamiento deviene incapaz en el período que media hasta que se cumplan con estos requisitos no por ello el testamento resulta inválido ya que el otorgamiento se realizó hallándose todos los testigos simultáneamente en presencia del testador y quedando enterados de lo que en él se dispone”.

Opinión distinta sostiene BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., “Comentario al art. 681 C.c.”, en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1993, p. 961, pues a su juicio “[s]i al tiempo de su práctica (se refiere a las diligencias de elevación a escritura pública y protocolización) el testigo, capaz al tiempo de manifestar el testador su voluntad, no se hallare en su sano juicio, habría que prescindir de él como si mientras hubiera fallecido”.

Por otro lado, conviene hacer referencia a si los requisitos de idoneidad que exige el artículo 681 C.c. se aplican únicamente a los testigos instrumentales o si también rigen para los testigos de conocimiento. Sobre esta cuestión hay posturas doctrinales contrarias (63), aunque la opinión mayoritaria sostiene que las causas de ineptitud afectan a cualquier persona que intervenga en el testamento como testigo, con independencia de la función que cumpla. Debe precisarse, no obstante, que algunas de las causas de inhabilidad establecidas en el precepto no son aplicables a los testigos de conocimiento.

Así, se excluye la aplicación de la causa n.º 3 del artículo 681 C.c. (64), referida a los que no entiendan el idioma del testador, pues tal circunstancia no impide el cumplimiento de la función de identificar al testador, que es la tarea encomendada al testigo de conocimiento. También se ha señalado (65) que en algunas formas testamentarias no pueden aplicarse las circunstancias previstas en el n.º 5 del precepto, pues la falta de intervención del notario en el otorgamiento del testamento determina que la ineptitud derivada del parentesco o la relación laboral con el notario sea irrelevante en tales supuestos. Sin duda, esta última precisión referida a los testigos de conocimiento también sería extensiva a los testigos instrumentales cuando se trata de testamentos sin intervención notarial.

En definitiva, las causas de inhabilidad previstas en el artículo 681 C.c., con las salvedades mencionadas, rigen para cualquier testigo testamentario, con independencia de que su intervención consista en identificar al testador o en presenciar el acto quedando enterado del contenido de la disposición testamentaria, ya que en todo caso el testigo participa del acto testamentario cumpliendo una u otra función, por lo que no estaría justificado que la aplicación de las reglas de idoneidad se supeditara a la concreta actuación que se encomienda al testigo.

Centrándonos ya en las causas de inhabilidad enumeradas en el artículo 681 C.c., nos interesa analizar con detalle sólo las que se refieren a los menores de edad y a los que no estén en su sano juicio, pues son

(63) Algunos autores opinan que las prohibiciones del artículo 681 C.c. afectan tanto a los testigos instrumentales como a los de conocimiento. En este sentido, se pronuncian Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 362; CAPILLA RONCERO, F., cit., p. 126; TORRES GARCÍA, T., cit., p. 1711. En cambio, BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., cit., pp. 964-965, estima que las prohibiciones del artículo 681 se han establecido teniendo en cuenta la función que corresponde a los testigos instrumentales. En apoyo de su afirmación expone las razones por las cuales considera que la mayor parte de las causas de inhabilidad no son aplicables a los testigos de conocimiento.

(64) En este sentido, *vid.* Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 363, que consideran aplicables sólo “los supuestos en los que haya el peligro que quiere evitar el legislador” y especifican el n.º 3 como no aplicable.

(65) *Vid.* CAPILLA RONCERO, F., cit., p. 126; TORRES GARCÍA, T., cit., p. 1711.

estas circunstancias de la persona y su repercusión en el ámbito del Derecho sucesorio las que justifican el objeto del presente trabajo. No obstante, debe ponerse de relieve que también la ceguera y la sordera o mudéz totales privan de la idoneidad para ser testigo en el testamento (art. 681.2.º C.c.). Esta inhabilidad no se establece porque la ceguera o la sordomudéz constituyan causas de incapacitación —aunque antes de la reforma de 1983, lo era la sordomudéz acompañada del analfabetismo—, sino sencillamente porque estas circunstancias impiden a la persona desempeñar la función que se asigna tanto al testigo instrumental como al de conocimiento.

En cualquier caso, conviene destacar que el hecho de estar incapacitado no priva, en principio, de la idoneidad para ser testigo, pues la norma sólo alude a quien no esté en su sano juicio. Esto significa que la ineptitud para ser testigo por la referida circunstancia podría afectar a un incapacitado sólo cuando sufra una enfermedad o deficiencia psíquica que le priva del pleno juicio y le impide gobernarse por sí mismo; y, naturalmente, también impediría ser testigo a quien sufre una incapacidad de hecho como consecuencia de una anomalía mental grave que afecta a su capacidad de discernimiento.

1. La falta de idoneidad de los menores de edad para ser testigos.

Como ya se ha comentado, el artículo 681 C.c. señala la menor edad como primera causa de inhabilidad para ser testigo en el testamento, si bien deja a salvo lo dispuesto en el artículo 701 C.c. (66), que regula el testamento en caso de epidemia. Por tanto, no hay duda de que una de las condiciones que la Ley exige al testigo es la mayoría de edad, esto es, tener al menos dieciocho años.

Sin embargo, la doctrina se plantea si la falta de idoneidad del menor de edad para intervenir como testigo alcanza también al menor emancipado. Con relación a esta cuestión, existen dos posturas contrapuestas: de un lado, la que defiende (67) la capacidad para ser testigo de los menores emancipados y los habilitados de edad y, de otro, la más extendida entre la doctrina, que mantiene que el artículo 681.1.º C.c. prohíbe ser testigo a todos los menores de edad, estén emancipados o no (68).

(66) Según este precepto, puede otorgarse testamento en caso de epidemia sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

(67) Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 362.

(68) Esta postura la mantienen, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 175; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 211; TORRES GARCÍA, T., cit., p. 1714; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., cit., p. 71.

Para justificar la primera tesis se argumenta que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, tal y como establece el artículo 323 C.c., sin que la incapacidad para ser testigo figure entre las limitaciones previstas en dicha norma (69). Asimismo, se ha señalado que resulta poco coherente que el menor emancipado no sea idóneo para ser testigo en un testamento y, sin embargo, se le permita realizar a una edad inferior otros actos de igual o mayor importancia. Así, resulta inexplicable que el menor de 14 años tenga capacidad suficiente para otorgar testamento, pero carezca de la capacidad necesaria para ser testigo en el testamento de otra persona. En la misma línea, tampoco hay razón alguna que justifique la exclusión del menor emancipado para intervenir como testigo testamentario y, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 361 LEC (70), sea idóneo para ser testigo en un proceso judicial. Es más, esta norma permite que los menores de catorce años puedan declarar como testigos “si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente”. A mayor abundamiento, se afirma que si el propio artículo 681.1.º C.c. reconoce la idoneidad de las personas mayores de dieciséis años para intervenir como testigos en las circunstancias del artículo 701 C.c., no parece razonable que niegue esta aptitud cuando se trata de otro tipo de testamento (71).

Los defensores de la solución negativa recuerdan que el artículo 681.1.º C.c. es un precepto de índole formal, ya que señala las causas de inhabilidad que impiden a una persona actuar como testigo testamentario y, por tanto, rechazan que el argumento de la pretendida equiparación entre mayor de edad y emancipado pueda servir como argumento sólido para legitimar la intervención del menor emancipado como testigo testamentario (72). Asimismo, se ha señalado que de admitirse la equiparación del mayor de edad con el emancipado, a los efectos de considerar a este último formalmente idóneo, ya no tendría sentido la excepción prevista en el artículo 681.1.º C.c. para el testamento en caso de epidemia (art. 701 C.c.) (73).

(69) Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 362.

(70) Antes de la entrada en vigor de la nueva LEC 1/2000, el artículo 1.246.3.º C.c., que ha sido derogado, disponía la inhabilidad para ser testigo, por incapacidad natural, de los menores de catorce años.

(71) Vid. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “Comentario al art. 681 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., t. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, p. 302.

(72) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 211; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., cit., p. 307; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., cit., p. 969; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., cit., p. 71.

(73) Vid. TORRES GARCÍA, T., cit., p. 1714, que afirma con razón que “de seguir esta postura nos encontraríamos que la misma edad es la exigida para la regla y para la excepción en

A mi juicio, el artículo 681.1.º C.c. no permite considerar testigo idóneo al menor de edad, esté emancipado o no, pues no hay duda de que la prohibición para ser testigo se refiere a los menores de edad, y éstos son los que no han cumplido los dieciocho años (art. 315 C.c.). Si bien es cierto que el artículo 323 C.c. amplía la capacidad de obrar del menor emancipado, y que la intervención como testigo testamentario no se encuentra entre las limitaciones que establece esta norma, no parece que ésta sea razón suficiente para admitir sin más, y en contra de lo dispuesto en el artículo 681.1.º C.c., la idoneidad del menor emancipado. Pese a que sería deseable y, desde luego, más coherente, que se unificaran la edad para testar y la que se requiere para ser testigo, pues si se presume que el menor de catorce años tiene la capacidad natural suficiente para otorgar su testamento parece razonable presumir también que el menor de dieciséis años –que es la edad que, con carácter general, permite obtener la emancipación–, cuenta con un grado de discernimiento y madurez suficiente para intervenir como testigo en el testamento de otra persona, lo cierto es que el artículo 681.1.º C.c. impide que el menor, sin distinción alguna, actúe como testigo por falta de idoneidad.

En realidad, lo que aquí se cuestiona no es tanto la capacidad del sujeto que interviene como testigo en un testamento, sino que se trata más bien de una regla relativa a la forma, y ésta sólo se cumple si el testigo reúne las cualidades que confieren la idoneidad, una de las cuales es la mayoría de edad. Por tanto, la concurrencia de algún testigo que no ha alcanzado la mayor edad determina la nulidad del testamento por infringir una de las formalidades exigidas para la validez del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 687 C.c.

Teniendo en cuenta lo expuesto, llama la atención que en el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de noviembre de 1899 declarase la validez de un testamento otorgado en inminente peligro de muerte ante cinco testigos, cuando a uno de ellos le faltaban siete meses para cumplir la mayoría de edad (23 años en aquel momento). El Alto Tribunal admite la idoneidad de dicho testigo al estimar la existencia de la posesión de estado de mayor de edad y la buena fe de los demás intervinientes en el acto, y por ello afirma que “semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor, los mismos efectos que si realmente hubiese tenido la edad cumplida, por ser aquélla una circunstancia que se impone natural-

el mismo número del precepto establecida en cuanto que la llamada que a él se hace al art. 701 C.c. es para integrar a ésta con los dieciséis años que este precepto señala para poder ser testigo en el testamento en tiempo de epidemia y esa es la misma edad que actualmente se requiere para alcanzar la emancipación (arts. 317, 320, 321 C.c.)”.

mente en las relaciones de la vida, cuando concurren condiciones tan especiales como las del caso actual”.

Según parece, esas condiciones especiales que presentaba el caso enjuiciado (74), fueron determinantes en la decisión adoptada, pues en supuestos posteriores (75) el Tribunal Supremo no aplicó el criterio mantenido en la sentencia antes citada. Sin duda, la argumentación contenida en la sentencia es muy discutible, pero lo que mayores críticas ha suscitado (76) es la parte final del considerando segundo, en el cual el Tribunal afirma que “tampoco es la mayor edad del testigo determinante en absoluto de su capacidad moral y legal para poder dar fe consciente del acto en que ha intervenido, y tratarse de un acto que no afecta a sus intereses”.

2. La falta de idoneidad de los que no estén en su sano juicio.

Entre las causas de exclusión de la idoneidad para ser testigo el artículo 681.4.º C.c. menciona a los que no estén en su sano juicio, ya que tal circunstancia impide el cumplimiento adecuado de las funciones encomendadas a los testigos que concurran al acto. Así, la incapacidad para testificar derivada de la falta de sano juicio afectaría a toda persona que sufra una perturbación psíquica grave que le priva de la capacidad natural de entender y querer. En suma, no están en su sano juicio las personas que a causa de algún trastorno mental, ya sea pasajero o habitual, carecen de la capacidad de discernimiento.

Por tanto, la ineptitud para ser testigo por esta causa afecta tanto a la persona incapacitada judicialmente por padecer una enfermedad o deficiencia psíquica que le impide gobernarse por sí misma (art. 200 C.c.), como también a la que sin declaración de incapacidad no esté en su sano juicio al tiempo de otorgarse el testamento.

Sin embargo, conviene precisar que, de no existir una declaración judicial de incapacitación, nada impide que el testigo, pese a su insania mental, concurra al acto testamentario ya que su intervención está amparada por la presunción general de capacidad, y esta presunción sólo podrá desvirtuarse si se acredita cumplidamente la inhabilidad del testigo en el mo-

(74) Como señala GONZÁLEZ PORRAS, J. M., cit., p. 305, “se trataba de un matrimonio sin hijos y mal avenido, con demanda de separación admitida en el momento del fallecimiento”, al parecer por malos tratos.

(75) Así, en la STS de 30 de noviembre de 1906, el Alto Tribunal consideró que en este caso no concurrían las circunstancias especiales que justificaron la sentencia de 1899, esto es, la constatada posesión de estado de mayor de edad en el testigo, al que sólo faltaban pocos meses para cumplirla.

(76) Vid. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., cit., p. 305; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., cit., p. 971.

mento en que se realizó la disposición testamentaria, teniendo la carga de dicha prueba quien impugna el testamento.

Por el contrario, en caso de existir una resolución judicial de incapacitación a causa de *enajenación mental*, no hay duda de que el sujeto incapacitado carece de la idoneidad que se requiere para intervenir como testigo, si la sentencia declara, en su caso, la incapacidad. Pero, en este supuesto, cabría plantearse si sería posible salvar la falta de idoneidad del incapacitado, porque se encuentra en un intervalo de plena lucidez mental aunque no se hubiese revisado la sentencia de incapacitación, mediante la aplicación analógica del artículo 665 C.c. que autoriza el testamento del incapacitado. Aunque hay algunas opiniones favorables (77), la mayoría de la doctrina (78) rechaza esta posibilidad, fundamentalmente porque se trata de una norma excepcional referida al testador incapacitado y no a los testigos.

En efecto, es sabido que el artículo 665 C.c. permite que el incapacitado pueda otorgar testamento cuando la sentencia no contenga pronunciamiento acerca de la testamentifacción, si bien la autorización del testamento depende del dictamen que emitan los dos facultativos que previamente han de reconocer al incapacitado para determinar si tiene o no la aptitud necesaria para testar. Por lo tanto, el supuesto de hecho que contempla esta disposición legal no permite su aplicación analógica, pues no existe identidad de razón entre el supuesto que aquí se cuestiona, es decir, la posibilidad de que un incapacitado en un intervalo lúcido pueda actuar como testigo, y el regulado en el artículo 665 C.c., donde el legislador, seguramente guiado por el principio del *favor testamenti*, permite que el incapacitado, si se comprueba que tiene la aptitud legal necesaria, ejercite un derecho tan relevante y personalísimo como es el otorgamiento de su testamento.

Por otro lado, también conviene plantearse si cabe la posibilidad de que la sentencia de incapacitación prevea la intervención eficaz del sujeto como testigo en un testamento (79). Aunque es poco probable que las

(77) En opinión de GONZÁLEZ PORRAS, J. M., cit., p. 316, “es testigo hábil aquel respecto del cual la causa que lo puede inhabilitar, no existe al tiempo de otorgarse testamento, con argumento en el artículo 683 del propio Código civil, que de otra manera no tendría sentido”. Además, señala este autor que “el artículo 681.5.º (actualmente n.º 4) dice, literalmente: «los que no estén...» y no los que no están, como pudiendo deducirse de ello que los que habitualmente no están en su sano juicio sí pueden ser testigos si al tiempo del otorgamiento estén con la cordura suficiente”.

(78) Vid. TORRES GARCÍA, T., cit., p. 1717; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., cit., pp. 986-987; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., cit., p. 73.

(79) Sobre la posibilidad de que la sentencia salve la idoneidad del incapacitado para intervenir como testigo, contesta con una negativa rotunda BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., cit., p. 987, porque en su opinión “[e]stas declaraciones proceden en el ámbito de la capacidad de

resoluciones judiciales sobre incapacitación contengan un pronunciamiento expreso sobre esta actuación concreta, parece lógico suponer que la idoneidad del incapacitado para actuar como testigo sólo podrá declararse en la sentencia cuando el procedimiento de incapacitación no se haya iniciado a causa de un trastorno mental que afecta a la capacidad de discernimiento del sujeto y, en todo caso, permitiendo su actuación sólo como testigo de conocimiento. En caso contrario, no parece razonable admitir que la resolución judicial permita expresamente la aptitud del incapacitado para desempeñar las funciones de testigo.

Por último, cabe subrayar que el artículo 361 LEC priva de la idoneidad para ser testigos a las personas “que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”. Así pues, no se hace referencia al incapacitado, sino a la persona que por cualquier enfermedad o deficiencia se encuentre privada de razón o del uso de sentidos que son indispensables para conocer los hechos que se debaten en el juicio. En este sentido, existe similitud entre la falta de idoneidad para ser testigo en un proceso judicial y la ineptitud para ser testigo en un testamento, pues en ambos casos queda excluida tanto una persona incapacitada, cuando la causa de su incapacitación haya afectado su estado mental, como también la persona que sufre ese trastorno sin declaración judicial de incapacitación. Pero también se aprecian diferencias, ya que la intervención como testigo testamentario sólo afecta a quien no esté en su sano juicio en el momento del otorgamiento; en cambio, la actuación como testigo en un proceso judicial está vetada a quienes carezcan de razón o del uso de sus sentidos de forma permanente.

A tenor de todo lo expuesto en este apartado, no hay duda de que el tratamiento legal que en esta materia se dispensa a los menores e incapaces tampoco es unitario, porque lo que determina la falta de idoneidad de los primeros para ser testigos en los testamentos es un hecho objetivo: la minoría de edad; y respecto a los incapaces es la falta de sano juicio en el momento del otorgamiento del testamento. Pero el dato más relevante que se extrae de estas causas de ineptitud para ser testigo testamentario es, a mi juicio, la relativa a los menores de edad. Como ya se ha expuesto, el artículo 681.1.º C.c. impide ser testigo a los menores de edad, es decir, a quienes no han cumplido los dieciocho años, de ello se deduce que el legislador establece una restricción más intensa en esta materia que en lo concerniente a la capacidad para testar. Este diferente

obrar. Pero la idoneidad pertenece a plano distinto. Y ahí el Juez no tiene más función que resolver si se ha producido o no alguno de los supuestos de hecho enumerados en el artículo 681 C.c. La consecuencia jurídica la impone la norma”.

tratamiento legal es, a todas luces, injustificado, pues no hay razón alguna que permita explicar por qué el legislador presume que un menor de catorce años tiene la capacidad natural suficiente para otorgar testamento y, en cambio, carece de la idoneidad necesaria para intervenir como testigo en el testamento de otra persona. Sin duda, sería conveniente que esta falta de coherencia legal se solucionase y, como propuesta de *lege ferenda*, el legislador proceda a unificar la edad que se precisa para testar y la que se requiere para ser testigo.

IV. Las sustituciones pupilar y ejemplar

Entre las disposiciones legales que el Código civil dedica a las sustituciones hereditarias, los artículos 775 y 776 (80) regulan dos figuras de tradición histórica, que son conocidas doctrinalmente como sustituciones pupilar y ejemplar o cuasipupilar. Ya desde el Derecho romano, estas figuras tenían por objeto evitar que las personas que carecían de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, menores e incapacitados, fallecieran sin heredero designado y, por consiguiente, que se defiriese la herencia abintestato. Con este fin, se reconocía al titular de la patria potestad –en el caso de la sustitución pupilar–, y al ascendiente –en el supuesto de la sustitución ejemplar–, la facultad de testar en lugar del menor o incapaz. En nuestro ordenamiento, ésta parece ser también la razón que justifica el sentido de tales instituciones.

1. Concepto y régimen jurídico de las sustituciones pupilar y ejemplar.

La llamada sustitución pupilar, se regula en el artículo 775 C.c., a tenor del cual “[l]os padres y ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”. Se trata, por tanto, de una facultad que la Ley reconoce a los padres y ascendientes (sustituyente) para que puedan designar en testamento un heredero (sustituto) a su descendiente (sustituido), dado que éste carece, por razón de la edad, de la capacidad que se requiere para otorgar testamento (art. 663.1.º C.c.). Evidentemente, el ejercicio de esta facultad sólo es posible mientras el menor no ha cumplido la edad necesaria para testar; después de los catorce años,

(80) Sobre estos preceptos, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentarios a los arts. 775 y 776 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X., vol. 2, Edersa, Madrid, 1984, pp. 46 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V., *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 181 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *cit.*, pp. 290 y ss.

el menor tiene capacidad para otorgar su disposición testamentaria y, por tanto, queda sin efecto la sustitución.

El supuesto de hecho de la sustitución ejemplar lo describe el artículo 776.I C.c.: “[e]l ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental”. En este caso, dado que la falta de cabal juicio impide otorgar testamento (art. 663.2.º C.c.), la Ley permite que el ascendiente nombre un heredero al descendiente que se encuentre incapacitado a causa de un trastorno mental. Pero, una vez que la anomalía psíquica desaparece, transitoria o definitivamente, el artículo 776.II C.c. establece que la sustitución queda sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

Aunque estas figuras se regulan como sustituciones hereditarias, el sentido y la estructura de las sustituciones pupilar y ejemplar no guarda relación alguna con el de las sustituciones vulgar y fideicomisaria, pues no se trata de sustituir al heredero llamado en primer lugar para el caso de que éste no llegue a heredar o para que ingrese en la herencia después del primer instituido, sino de sustituir a determinadas personas en la facultad de disponer por testamento. En efecto, en la sustitución pupilar y ejemplar se sustituye al menor o incapacitado en el ejercicio de la testamentifacción activa. Así pues, con carácter excepcional, el legislador deroga un principio esencial del testamento: el carácter personalísimo (art. 670 C.c.).

1.1. *Los sujetos.*

A tenor de lo dispuesto en los artículos 775 y 776 C.c., la persona que puede llevar a cabo la sustitución –llamada sustituyente– es cualquier ascendiente del menor de catorce años o incapacitado. Sin duda, el sustituyente debe tener capacidad testamentaria, pues sólo así podrá sustituir al descendiente que carece de la testamentifacción activa. Conviene subrayar que para el ejercicio de esta facultad no se requiere que el ascendiente ostente la titularidad de la patria potestad sobre el descendiente, pues según establecen los preceptos aludidos la sustitución puede realizarla cualquier ascendiente del sustituido. Tampoco es necesario que el sustituyente sea heredero forzoso de su descendiente, pues existiendo ascendientes de distintos grados es posible que ejercite la sustitución un ascendiente sin derecho a legítima (81).

(81) Como indica ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentarios a los arts. 775 y 776 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2, Edersa, Madrid, 1984, p. 93, “[n]o es obstáculo tampoco que el ascendiente no tenga derecho a legítima de su descendien-

Teniendo en cuenta que las normas citadas reconocen a cualquier ascendiente la facultad de nombrar sustituto a su descendiente incapaz para testar, cabe la posibilidad de que varios ascendientes ordenen la sustitución. La eventual concurrencia de diversas sustituciones plantea el problema de decidir cuál de ellas es la que prevalece. Puede ocurrir que todas coincidan al designar el mismo sustituto o, por el contrario, que se nombren distintos sustitutos. Si las sustituciones ordenadas son compatibles, porque los sustitutos nombrados son la misma persona y también coinciden en el contenido de la disposición, parece lógico admitir la validez de todas las sustituciones. En cambio, si las sustituciones realizadas son incompatibles, la cuestión debe resolverse aplicando un orden de preferencia que permita determinar cuál es la sustitución que surtirá efectos.

Probablemente, el criterio más adecuado para solucionar esta eventualidad sea atender a la proximidad del grado de parentesco entre el sustituyente y el sustituido. Es decir, si las sustituciones han sido ordenadas por ascendientes de distinto grado —por ejemplo, el padre y el abuelo del sustituido—, debe prevalecer la realizada por el padre al ser éste el ascendiente más próximo. Si los sustituyentes son ascendientes del mismo grado, pero sólo uno de ellos ostenta la patria potestad o la tutela del descendiente sustituido, es más razonable que se conceda preferencia a la sustitución realizada por este ascendiente, descartando la ordenada por el otro. De no concurrir tales circunstancias, parece que la única solución es admitir que todas las sustituciones surtirán efectos, de manera que el caudal hereditario del sustituido debería prorratearse entre los sustitutos nombrados.

Por otro lado, el sustituido puede ser, en la sustitución pupilar, cualquier descendiente (82) menor de catorce años. Pero, una vez que el descendiente alcanza la edad legal que se requiere para otorgar testamento, se extingue la autorización que permite al ascendiente testar por su descendiente y pierde eficacia la sustitución realizada.

En la sustitución ejemplar, según establece el artículo 776 C.c., el sustituido debe ser un descendiente mayor de catorce años que haya sido declarado incapaz por enajenación mental. En este caso, el descendiente tiene la edad legal necesaria para testar, pero su estado de incapacitación a causa del trastorno mental que sufre le impide otorgar testamento. Aunque esta norma exige que el sustituido tenga más de catorce años, parece

te, sea la causa el que existan otros legitimarios preferentes (descendientes del descendiente, por ejemplo, o ascendientes más próximos del mismo) o el que el ascendiente haya incurrido en causa de desheredación”.

(82) Evidentemente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 C.c., se podrá nombrar sustituto a cualquier descendiente, con independencia de que sea matrimonial, no matrimonial o adoptivo.

lógico admitir que también se podrá nombrar sustituto al incapaz menor de dicha edad, pues lo que justifica la sustitución es la incapacitación del descendiente a causa de la enajenación mental que padece, y ese estado puede afectarle antes o después de cumplidos los catorce años. Además, si los menores de edad también pueden ser declarados incapaces (arts. 201 y 171 C.c.), no hay razón para excluir la sustitución por el simple hecho de que el descendiente que ha sido incapacitado es menor de catorce años (83).

Conviene subrayar, igualmente, que el artículo 776 C.c. se refiere a un descendiente que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental, por lo que no hay duda de que el sustituido ha de estar incapacitado en virtud de sentencia. Pero, cabe plantearse si es imprescindible que la incapacitación haya sido declarada antes de que el ascendiente ordene la sustitución o si, por el contrario, sólo se requiere que la declaración judicial de incapacitación exista en el momento de efectividad de la sustitución, esto es, cuando se produzca el fallecimiento del sustituido. Esta segunda tesis es la que viene defendiendo, durante las últimas décadas, tanto la doctrina mayoritaria (84) como la jurisprudencia (85).

En efecto, parece más razonable entender que basta con que la incapacitación se haya declarado antes del fallecimiento del descendiente sustituido, de un lado, porque admitir la solución contraria supondría limitar el ejercicio de una facultad que la Ley reconoce al ascendiente para tutelar los intereses del descendiente incapaz para testar por falta de cabal juicio y, de otro, porque la incapacitación se exige como garantía del trastorno mental que sufre el descendiente, de modo que sólo es preciso que la declaración judicial exista cuando la sustitución surte efectos y eso se produce al fallecer el sustituido. Así pues, la incapacitación puede declararse antes o después del testamento sustitutorio.

Asimismo, con relación al estado de incapacitación del descendiente sustituido, cabe plantearse si para el ejercicio de la sustitución es indispensable que la incapacidad del descendiente haya sido declarada a causa de un trastorno mental o si, por el contrario, también se autoriza la sus-

(83) Como señala MONTÉS PENADÉS, V., cit., p. 185, “cabe una sustitución, que sería pupilar, antes de que el sustituido cumpliera catorce años, y ejemplar después, pues sólo se trataría con su propio régimen después de los catorce años”.

(84) Vid. HERNÁNDEZ GIL, A., “La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar”, *RDP*, 1965, pp. 371 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 101; MONTÉS PENADÉS, V., cit., p. 185.

(85) Frente a la doctrina mantenida en las SSTs de 21 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932, que se inclinan por la primera tesis, las SSTs de 10 de junio de 1941, 12 de junio de 1956 y, más recientemente, la de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001. 2331). acogen la tesis que defiende que la declaración de incapacidad del sustituido puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución.

titución ejemplar cuando la incapacitación se deba a otras causas. Es sabido que tras la reforma de la tutela operada por la Ley de 24 de octubre de 1983 se introduce en el artículo 200 C.c. una fórmula amplia que define las causas de incapacitación como “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. A tenor de lo expuesto en esta norma, la incapacitación de una persona no deriva necesariamente de una anomalía psíquica o perturbación mental, ya que una deficiencia física también puede dar lugar a la incapacitación siempre que por esta circunstancia la persona no pueda gobernarse por sí misma. Sin embargo, pese a la amplitud de causas de incapacitación, el artículo 776 C.c. limita la sustitución ejemplar, pues sólo permite nombrar sustituto al incapacitado por enajenación mental. Cabe preguntarse entonces si la sustitución queda excluida cuando el descendiente haya sido incapacitado por otras causas.

A mi juicio, aunque la citada norma sólo se refiere a la incapacitación por enajenación mental, parece más lógico hacer una interpretación del precepto que se adapte a la regulación vigente de la incapacitación. Así pues, cabe concluir que el ascendiente podrá disponer la sustitución ejemplar siempre que la causa de incapacitación prive al descendiente de la aptitud natural de entendimiento y voluntad que se requiere para testar, con independencia de que su incapacidad derive de una deficiencia de carácter físico o psíquico, porque de lo que se trata, en definitiva, es de que el ascendiente otorgue testamento por el descendiente que no tiene la capacidad legal necesaria para hacerlo. Y esa “falta de cabal juicio” que impide al descendiente testar válidamente, puede tener su origen tanto en un trastorno mental grave que afecta sus facultades intelectuales y volitivas como también en una enfermedad o deficiencia física que afecta su capacidad de discernimiento.

En tales supuestos, lo normal es que la sentencia que declara la incapacitación incluya la testamentifacción entre los actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo. Pero, también puede ocurrir que la resolución judicial de incapacitación no diga nada sobre su capacidad para realizar el acto testamentario. En ese caso, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 665 C.c., que permite al incapacitado otorgar testamento siempre que dos facultativos respondan de su capacidad. Si el informe médico es favorable a la capacidad testamentaria del incapacitado —porque se encuentra en un intervalo de lucidez mental o ha recuperado ya el cabal juicio—, y el notario autoriza el testamento que éste otorgue, no hay duda de la validez de la disposición testamentaria y, por tanto, la sustitución realizada por el ascendiente queda sin efecto. En este sentido se pronuncia el artículo 776.II C.c. al disponer que “la sustitución [...] quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un

intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón". Por lo tanto, pese a la situación de incapacitación, la sustitución no surte efectos si el incapacitado otorga su testamento durante algún intervalo lúcido o una vez recobrada la razón.

Del tenor literal del artículo 776.II C.c. se desprende que la ineficacia de la sustitución no se produce por el mero hecho de que el incapacitado recupere la razón, sino que, por el contrario, también es imprescindible que otorgue testamento válido. Sin embargo, sería más razonable que la sustitución se extinguiera una vez que el incapaz recobre la razón, sin necesidad de que otorgue testamento, pues si el fundamento de la sustitución ejemplar es la enajenación mental del descendiente que por ese motivo no puede testar, carece de sentido que la recuperación de su estado mental no sea suficiente para considerar ineficaz la sustitución.

Conviene significar, además, que el régimen de ineficacia de este tipo de sustitución difiere del previsto para la sustitución pupilar, pues ésta se extingue al cumplir el menor los catorce años, sin que sea necesario que otorgue testamento. Sin duda, atendiendo al fundamento jurídico de estas figuras parece más lógico declarar la ineficacia de la sustitución desde que desaparece la causa que impide testar. Por ello, si la sustitución pupilar se extingue una vez que el menor alcanza la edad necesaria para otorgar testamento, resulta incomprensible que la sustitución ejemplar no pierda eficacia cuando el descendiente recobre la razón y, por ende, la capacidad testamentaria (86).

1.2. La controversia acerca del objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar.

Una de las cuestiones que más debate ha suscitado en la doctrina es la relativa al objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar. La discusión se centra en determinar si el ascendiente que designa sustituto al menor o incapacitado dispone por testamento de todo el patrimonio del sustituido o si, por el contrario, la disposición sólo abarca la porción de bienes que el sustituyente deja al sustituido. Ambas soluciones representan la defensa de dos tesis contrapuestas: la tesis del testamento sustitutorio (tesis amplia) y la de la sustitución propiamente dicha (tesis restrictiva).

Los defensores de la tesis amplia (87) consideran que se trata de un

(86) Como señala ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 110, "la sustitución debe extinguirse no sólo cuando el sustituido testa, sino cuando recobra la razón, aunque no haga testamento".

(87) Vid. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 466 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., pp. 46 y ss.; LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, segunda parte, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, p. 622.

testamento que otorga el sustituyente en representación del sustituido incapaz para testar, en el que se dispone de todos sus bienes. En apoyo de esta tesis se aduce que los antecedentes históricos de estas figuras demuestran que se trata de un verdadero testamento sustitutorio que afecta al caudal hereditario del sustituido y, por tanto, comprende los bienes que el sustituyente ha dejado al sustituido y los que pertenecen a éste por cualquier otro título. También se afirma (88) que la limitación prevista en el artículo 777 C.c. para el caso de que el sustituido tenga herederos forzosos, disponiendo que las sustituciones sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos, únicamente se explica si la disposición del sustituyente tiene por objeto el conjunto de los bienes hereditarios del sustituido.

Frente a esta posición, otro sector doctrinal (89) se inclina por la tesis restrictiva, al considerar que el verdadero sentido de las sustituciones pupilar y ejemplar es que permiten designar al sustituido un sucesor en los bienes que hereda del sustituyente. Los defensores de esta tesis alegan (90) que el testamento tiene un carácter personalísimo (art. 670 C.c.), y este principio básico se infringe si se admite la posibilidad de que el sustituyente puede otorgar testamento por otro, disponiendo no sólo de los bienes en que se instituyó al sustituido sino de todo su patrimonio; por tanto, una excepción a este principio sólo puede aceptarse si es expresa, y el artículo 775 C.c. no lo hace. También critican que la concepción clásica de estas figuras no concuerda con las orientaciones del moderno Derecho sucesorio y advierten, además, que con esta explicación basada en la tradición histórica y en la interpretación literal del Código civil se llega a consecuencias ilógicas, como la de que un ascendiente pudiera privar al padre de toda la parte de libre disposición de la herencia de uno de los hijos, fallecido antes de cumplir la edad de testar.

La jurisprudencia tampoco mantiene un criterio uniforme sobre esta cuestión, aunque la tesis amplia ha sido la más acogida por el Tribunal Supremo (91).

(88) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 61.

(89) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 291. En la misma línea, MONTÉS PENADÉS, V., cit., p. 184, sostiene que “configurando las sustituciones pupilar y ejemplar como verdaderas sustituciones, como fideicomisos condicionales, no debe abarcar más bienes que los que el sustituyente deje, los cuales ingresarán en el patrimonio del sustituido con una carga de restitución a favor del sustituto. Y éste los heredará con sus accesiones y sustituciones”.

(90) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 291.

(91) A favor de esta tesis se pronuncian las SSTs de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941 (RJ 745) y 20 de mayo de 1972 (RJ 2559).

En cambio, la STS de 20 de marzo de 1967 (RJ 1665) se pronuncia en sentido contrario, declarando que “si, con arreglo a nuestro Derecho sucesorio, no puede otorgarse testamento

En mi opinión, aunque no cabe duda de que se trata de una cuestión discutible, si mediante la sustitución pupilar y la ejemplar la Ley autoriza al ascendiente a designar un heredero (sustituto) al descendiente menor o incapaz para testar, parece razonable entender que el reconocimiento de esta facultad responde a la idea de un verdadero testamento sustitutorio, que permite al sustituyente disponer de todos los bienes del sustituido y no sólo de los que el ascendiente le ha dejado.

V. La capacidad para aceptar o repudiar la herencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 991 C.c., una vez que el instituido heredero o sucesor abintestato tenga certeza sobre la muerte de la persona a la que haya de heredar y de su derecho a la herencia, podrá manifestar su voluntad de aceptar o repudiar la herencia que le ha sido deferida. Para la validez de esta declaración de voluntad se requiere que el llamado a la herencia tenga capacidad de obrar, pues la trascendencia que este acto jurídico tiene para su patrimonio requiere que el interesado tenga aptitud suficiente para realizarlo eficazmente.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 992.I C.c., gozan de la capacidad de obrar necesaria para declarar su voluntad de aceptar o repudiar la herencia “todos los que tienen la libre disposición de sus bienes”. Se precisa, por tanto, la plena capacidad de obrar, es decir, ser mayor de edad y no estar incapacitado.

Después de formular esta regla general, los artículos siguientes contienen reglas complementarias que afectan a determinadas personas físicas que carecen de la capacidad de obrar que se requiere para la validez de este acto jurídico; pero también se ocupan de la aceptación y repudiación de la herencia por parte de las personas jurídicas y ciertas entidades.

Dado que el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la situación jurídica de los menores de edad y de los incapaces en el Derecho sucesorio, y éstos carecen de la plena capacidad de obrar que se requiere para aceptar o repudiar la herencia, en este apartado se analizará a quién corresponde manifestar la declaración de aceptación o repudiación de la herencia que se les defiere.

por otro sino en los casos taxativamente dispuestos por la ley, se comprende que en el caso de la sustitución ejemplar el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deberán seguir el cauce previsto para la sucesión legítima”.

1. La aceptación y repudiación por el menor de edad.

Es sabido que el menor de edad carece de la plena capacidad de obrar que se requiere para realizar actos de disposición, de modo que no puede aceptar o repudiar por sí mismo la herencia que se le defiere. Para solucionar esta restricción de capacidad que afecta al menor es preciso acudir al artículo 166 C.c., ya que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se suprime la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 992 C.c. (92) sobre la aceptación y repudiación de la herencia dejada a los menores e incapacitados y se introduce en el segundo párrafo del citado artículo 166 C.c., algunas medidas cautelares para aceptar o repudiar la herencia deferida a los menores sometidos a patria potestad.

Conviene distinguir las diversas situaciones en que puede encontrarse el menor de edad que es llamado a una herencia y determinar en cada caso a quien corresponde la facultad de aceptar o repudiar. En primer lugar, si se trata de un menor de edad sometido a la patria potestad de sus progenitores, son éstos los que ostentan la representación legal del hijo, conforme dispone el artículo 162.I C.c. y, por tanto, les corresponde aceptar o repudiar la herencia en nombre y representación de su hijo menor no emancipado. Evidentemente, si la patria potestad la ostenta sólo uno de los progenitores, corresponde a éste la facultad de representar a su hijo menor en este acto jurídico.

La repercusión que en el patrimonio del menor tiene tanto la declaración de aceptación como la de repudiación justifica el hecho de que la Ley establezca ciertas medidas cautelares para proteger los intereses del hijo. Con este fin, el artículo 166.II C.c. exige la autorización judicial para que los padres puedan repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Por tanto, la repudiación no es una decisión que los progenitores puedan adoptar libremente, pues está sujeta al control judicial, de modo que sólo puede efectuarse si el juez concede la preceptiva autorización. Sólo podrá prescindirse de dicho permiso si el menor, que ya hubiese cumplido los dieciséis años, expresara su consentimiento a la renuncia en documento público.

En los demás casos, si el juez se opone a conceder esta autorización, la consecuencia legal que impone el artículo 166.II C.c. es clara: “la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario”. Con esta me-

(92) Desde la redacción originaria del Código civil, el artículo 992.II establecía lo siguiente: “[l]a herencia dejada a los menores o incapacitados podrá ser aceptada al tenor de lo dispuesto en el número 10 del artículo 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario”.

didada se limita el ámbito de actuación de los padres que no obtienen el permiso judicial para repudiar la herencia deferida a su hijo, impidiéndoles que en tal caso puedan optar por una forma de aceptación que, con toda probabilidad, perjudicará los intereses del menor.

Es sabido que mediante la declaración de aceptación realizada por los titulares de la patria potestad el menor adquiere la cualidad de heredero y, consecuentemente, los bienes, derechos y obligaciones que conforman el caudal hereditario. Aunque la aceptación supone un beneficio para el menor, ya que se produce un aumento de su patrimonio, también debe tenerse en cuenta que nuestro derecho sucesorio permite que la herencia se acepte pura y simplemente o a beneficio de inventario (art. 998 C.c.), y según cual sea la forma de aceptación elegida los efectos que se producen son muy distintos. Así, mientras que por la aceptación a beneficio de inventario el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo con el caudal hereditario, es decir, se trata de una responsabilidad limitada o *intra vires hereditatis*; en el caso de la aceptación pura y simple la responsabilidad es ilimitada o *ultra vires hereditatis*, ya que el heredero responde de las deudas y cargas no sólo con los bienes de la herencia sino también con su patrimonio personal. Por tanto, la elección entre la aceptación pura y simple o la realizada a beneficio de inventario influye de forma decisiva en el patrimonio del heredero, pues en el primer caso, conforme establece el artículo 1.003 C.c., dicho patrimonio queda directamente comprometido, mientras que en el segundo caso no se le causa ningún perjuicio. Esta es la razón que explica la medida de garantía establecida en el último inciso del artículo 166.II C.c., al imponer la aceptación a beneficio de inventario si el juez deniega a los padres la autorización para repudiar la herencia deferida a su hijo.

A tenor de lo expuesto en dicha norma, no cabe duda de que la posibilidad de aceptar la herencia pura y simplemente está vetada a los padres en el supuesto de que el juez niegue la referida autorización. Pero, cabe plantearse si la consecuencia legal es la misma en los demás supuestos, es decir, si en cualquier caso la aceptación que realizan los padres en representación de sus hijos menores debe entenderse siempre a beneficio de inventario o, si por el contrario, los padres tienen la facultad de elección que reconoce el artículo 998 C.c., en cuanto permite la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario.

A mi juicio, la exigencia legal de aceptar la herencia a beneficio de inventario sólo resulta aplicable en el supuesto concreto que regula el artículo 166.II C.c., esto es, cuando el juez deniega la autorización para repudiar la herencia. En los demás casos, los padres tienen la facultad de elegir una u otra forma de aceptación, sin necesidad de recabar autorización judicial, pero sí procurando que su actuación tenga en cuenta el

interés del menor al que representan. Además, debido a la trascendencia que para el patrimonio del menor tiene la decisión que adopten los padres, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154.III C.c., el hijo deberá ser oído previamente, si tuviera suficiente juicio (93).

Por otro lado, cabe la posibilidad de que la decisión sobre la aceptación o repudiación de la herencia genere un conflicto de intereses entre el menor y los padres; en ese caso, en virtud de lo dispuesto en los artículos 163 y 299 C.c., será un defensor judicial el que represente al menor en este asunto concreto. Pero si el conflicto sólo se plantea con uno de los progenitores, corresponderá al otro por Ley y sin que se precise especial nombramiento, representar al menor (art. 163.II C.c.).

Por lo que se refiere al menor sometido a tutela, no hay duda de que corresponde al tutor, como su representante legal (art. 267 C.c.), aceptar o repudiar la herencia a la que es llamado el menor. Pero su actuación está sujeta al control judicial, pues se requiere la autorización del juez (94) tanto para aceptar la herencia sin beneficio de inventario como para repudiar ésta o las liberalidades (art. 271.4.º C.c.). En consecuencia, la única decisión que el tutor puede adoptar por sí mismo es la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

A tenor de lo expuesto, cabe concluir que la actuación de los padres o del tutor en representación del menor no es idéntica. Los padres sólo necesitan la autorización judicial para repudiar la herencia a la que es llamado un hijo menor, mientras que el tutor debe recabar la autorización del juez tanto para repudiar la herencia como para aceptarla pura y simplemente. Además, los padres están facultados para optar entre la aceptación pura y la aceptación a beneficio de inventario, a menos que el juez deniegue la autorización para repudiar, en cuyo caso sólo pueden aceptar a beneficio de inventario, mientras que al tutor únicamente se le permite hacer uso de la aceptación a beneficio de inventario.

Por otra parte, conviene plantearse si el menor emancipado tiene la capacidad que exige el artículo 992 C.c. para aceptar la herencia que se le defiera, es decir, si tiene la libre disposición de sus bienes para realizar por sí solo este acto jurídico. En virtud de lo establecido en el artículo 323 C.c., la emancipación permite al menor regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, pero para realizar ciertos actos de dispo-

(93) En opinión de O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Comentario al art. 992 C.c.", en *Comentario del Código Civil*, t. I, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2362, este deber tiene que ser cumplido antes de adoptar la decisión de aceptar o repudiar la herencia "por el titular de la patria potestad, siempre que vaya a aceptar o repudiar en nombre de su hijo menor, y el Juez, siempre que vaya a autorizar".

(94) Antes de conceder la autorización el juez debe oír al ministerio fiscal y al tutelado, siempre que fuera mayor de doce años o lo considere oportuno (art. 273 C.c.).

sición necesita el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador. Por tanto, y pese a que la aceptación no figura entre las restricciones mencionadas en el artículo 323 C.c., no hay duda de que el menor emancipado carece de la plena capacidad de obrar que la Ley exige para aceptar la herencia, pues no tiene la libre disposición de sus bienes.

Sin embargo, parece razonable admitir (95) que el menor emancipado puede aceptar por sí solo la herencia a beneficio de inventario, ya que esta forma de aceptación no perjudica sus intereses patrimoniales. En cambio, la aceptación de la herencia pura y simplemente puede afectar la integridad de su patrimonio como consecuencia del principio de responsabilidad ilimitada establecido en el artículo 1.003 C.c., y precisamente, lo que pretende evitar el artículo 323 C.c. es que el menor realice por sí solo actos que supongan la pérdida de ciertos bienes que integran su patrimonio. Por esta razón, considero que la aceptación sin beneficio de inventario por el menor emancipado debe realizarse con el complemento de capacidad de los padres o del curador (96).

En relación a esta forma de aceptación, cabe asimilar la actuación del menor emancipado con la del incapacitado sujeto a curatela, ya que como se analizará en el siguiente apartado, el artículo 996 C.c. permite que el incapacitado sometido a este régimen de guarda pueda, siempre que la sentencia no disponga otra cosa, aceptar la herencia pura y simplemente con el complemento de capacidad del curador.

Por último, cabe preguntarse si la asistencia de los padres o del curador también es necesaria cuando el emancipado quiera repudiar la herencia a la que ha sido llamado. Para responder a esta cuestión debemos plantearnos si la Ley limita la capacidad del emancipado para realizar este acto. A la vista de las restricciones establecidas en el artículo 323 C.c., no hay razón alguna que impida al menor emancipado repudiar la herencia por sí solo, pues con esta actuación su patrimonio no se ve comprometido, ya que si no adquiere la herencia es obvio que tampoco po-

(95) En este sentido se pronuncian LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 76; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., cit., p. 2362; LÓPEZ PÉREZ, J., "Reglas de capacidad personal en la aceptación, repudiación y partición de la herencia", AC, 1999-2. p. 676.

(96) A juicio de LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 76, "la posibilidad de aceptar pura y simplemente por sí y sin consentimiento de sus padres o curador es más discutible, al menos cuando el menor tenga bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos extraordinariamente valiosos, que quedarían expuestos a la responsabilidad ilimitada por deudas del causante y por legados".

Por el contrario, PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 237 y ss., estima que el emancipado puede aceptar herencias por sí mismo porque, entre otras razones, "[e]l menor tiene la disposición de sus bienes y el adjetivo «libre» (empleado por el art. 992 C.c.) no puede identificarse con el de «plena» con que se extiende a todos los actos".

drá realizar ningún acto de disposición y, en consecuencia, nada sale de su patrimonio (97).

2. La aceptación y repudiación por un incapacitado.

De la aceptación de la herencia por el incapacitado se ocupa el artículo 996 C.c. que, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/1996, se adapta a la regulación vigente en materia de incapacitación. Según dispone esta norma, “[s]i la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario”.

Del tenor de este precepto se desprende que al incapacitado parcial sometido al régimen de curatela se le permite aceptar la herencia, en cualquiera de sus formas, siempre que se den los siguientes presupuestos: que la sentencia que declara la incapacitación no limite su capacidad para este acto, y que la aceptación se realice con la asistencia del curador. Por lo tanto, la aceptación de la herencia por parte del incapacitado sujeto a curatela depende del contenido de la sentencia, ya que será ésta la que, en atención al grado de discernimiento de la persona, determine el alcance y los límites de la incapacitación (art. 210 C.c.).

Así, cabe la posibilidad de que la incapacitación no afecte a los actos de aceptación y repudiación porque la sentencia establezca expresamente que el incapacitado no necesita la asistencia del curador para este tipo de actos, en cuyo caso el incapacitado podrá realizarlos por sí solo. También puede suceder que la resolución judicial indique expresamente que el incapacitado sólo podrá aceptar o repudiar una herencia con la asistencia del curador; en tal caso no hay duda de que la intervención del curador es preceptiva.

Por último, es posible que la sentencia de incapacitación no se pronuncie sobre si el incapacitado puede o no aceptar o repudiar una herencia por sí mismo o sobre la intervención del curador para este tipo de actos; en tal caso será aplicable lo dispuesto en el artículo 996 C.c., de modo que el incapacitado podrá, asistido por el curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario. Sin embargo, la citada

(97) En este sentido se pronuncia gran parte de la doctrina. *Vid.* PÉREZ DE CASTRO, N., cit., p. 248; LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, primera parte, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, p. 49; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., cit., pp. 16-17. En la misma línea se sitúa O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., cit., p. 2362, si bien precisa este autor que es necesario el complemento de capacidad de los padres o del curador cuando “en la herencia haya inmuebles o establecimientos mercantiles u industriales u objetos de extraordinario valor, ya que sería una renuncia (acto de disposición) que requiere el complemento de capacidad”.

norma no dice nada sobre si es necesario o no que intervenga el curador en caso de repudiación de la herencia, por lo que este extremo debe resolverse acudiendo a las disposiciones legales que regulan la curatela y, concretamente, a lo dispuesto en el artículo 290 C.c., referido a los casos en que la sentencia de incapacitación no especifica los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador. Teniendo en cuenta la remisión que este precepto efectúa al artículo 271.4.º C.c., cabe concluir que el incapacitado sujeto a curatela precisa la asistencia del curador para repudiar la herencia, siempre que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento alguno sobre esta cuestión.

Por otra parte, la actuación del incapacitado sometido al régimen de tutela depende de la extensión y límites de su incapacitación (art. 210 C.c.). Puede suceder que la sentencia señale expresamente que la aceptación y la repudiación son actos que el incapacitado puede realizar por sí solo (art. 267 C.c.) o, por el contrario, que estos actos se incluyan en el ámbito de la incapacitación, de tal forma que sólo el tutor está facultado para realizarlos en representación del tutelado. En este último caso, conforme establece el artículo 271.4.º C.c., el tutor necesita la autorización judicial previa para aceptar pura y simplemente la herencia así como para repudiarla.

De todo lo expuesto en las páginas anteriores se desprende que, con relación a la capacidad para aceptar o repudiar una herencia, el régimen jurídico de los menores es diferente al de los incapaces, a pesar de que, en términos generales, ambos carecen del grado de capacidad que la ley exige para realizar eficazmente este acto jurídico. En efecto, la restricción de capacidad que afecta a los menores de edad, en cuanto no tienen la libre disposición de sus bienes, la suplen siempre las personas a las que se encomienda su guarda y protección, es decir, los padres o el tutor, a quienes también les corresponde su representación legal. No sucede lo mismo respecto al menor emancipado, pues su situación jurídica –a nivel personal y patrimonial– se modifica al obtener la emancipación y, como ya se ha comentado, la aceptación a beneficio de inventario y la repudiación no comprometen su patrimonio, por lo que puede actuar por sí mismo para realizar este tipo de actos. Por el contrario, en el caso de los incapacitados, tanto si están sometidos al régimen de tutela o de curatela, la limitación de su capacidad en la esfera patrimonial dependerá del contenido de la sentencia de incapacitación. Es, precisamente, ésta la que determinará el alcance y los límites de la incapacitación, de tal forma que en materia de aceptación y repudiación de la herencia habrá que estar a lo que la resolución judicial establezca.

VI. La partición de la herencia

Es sabido que mediante la partición cesa la situación de indivisión propia de la comunidad hereditaria, distribuyéndose los bienes y derechos que conforman el caudal hereditario entre los coherederos, en atención a sus respectivas cuotas. Para que tenga lugar este reparto del haber hereditario la Ley autoriza a los coherederos a pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia (art. 1052 C.c.) (98).

Sin embargo, para hacer uso de esta facultad, la citada norma exige que el coheredero tenga “la libre administración y disposición de sus bienes”, esto es, se requiere un cierto grado de capacidad de obrar. Esta exigencia para ejercitar el derecho a pedir la división de la herencia determina que las personas que tengan limitada la capacidad, y quienes se encuentran en situación de ausencia, no puedan solicitar por sí mismas la disolución de la comunidad hereditaria. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 1.052 C.c: “[p]or los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos”.

Obviamente, en el supuesto de los ausentes no hay falta de capacidad, sino una situación de abandono del patrimonio como consecuencia de la desaparición de la persona, por lo que en tal caso la facultad de solicitar la partición corresponde al representante del ausente.

También conviene precisar que el artículo 1.052.II C.c. no hace referencia a todos los supuestos en que falta la capacidad requerida para pedir la partición, pues sólo menciona a los incapacitados. Sin embargo, además de los incapacitados y los menores —que tampoco se nombran—, existen otros supuestos claros en los que falta la plena libertad para administrar y disponer, como el de los pródigos o los concursados y quebrados. En cualquier caso, la omisión respecto a éstos últimos carece de trascendencia en la materia que nos ocupa. De un lado, porque los declarados pródigos están sujetos a curatela y, por tanto, su situación se asimila en buena medida a la de los incapacitados que en virtud de sentencia quedan sometidos a este régimen de guarda, por lo que en este punto debemos remitirnos a lo que más adelante se dirá en relación a la incapacitación parcial. De otro, porque ni el concursado ni el quebrado son incapacitados a los que se nombre un representante legal, pese a que en tales casos se les inhabilita para administrar y disponer de sus bienes

(98) Sobre este precepto, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J., “Comentario a los arts. 1.052 a 1.055 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, M., t. XIV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1989, pp. 105-123; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentario a los arts. 1.052 a 1.055 C.c.”, en *Comentario del Código civil*, t. I, 2.^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2474-2478.

al encontrarse éstos en proceso de liquidación en beneficio de los acreedores (99).

Realizadas estas precisiones, debemos ocuparnos de las posibilidades de actuación de los menores e incapacitados en esta materia. Teniendo en cuenta el grado de capacidad que exige el artículo 1.052 C.c. para ejercitar la facultad de solicitar la partición, conviene analizar a quién corresponde pedirla e intervenir en las operaciones divisorias cuando el coheredero interesado en que se extinga la comunidad hereditaria es un menor o incapaz.

1. El ejercicio de la acción de partición por el coheredero menor de edad.

Como se ha expuesto anteriormente, para ejercitar la facultad de pedir la partición es preciso que el coheredero interesado en la disolución de la comunidad hereditaria tenga el grado de capacidad exigido en el artículo 1.052 C.c. Sin embargo, la falta de capacidad de algún coheredero para actuar por sí mismo no impide hacer valer esta facultad, pues en su nombre pueden pedir la partición los representantes legales.

Uno de los supuestos en que falta la capacidad exigida para pedir la división de la herencia es el del coheredero menor de edad, pues carece de plena libertad para administrar y disponer de sus bienes. Por lo tanto, no podrá solicitar por sí mismo la partición de la herencia a la que haya sido llamado. Para actuar en nombre del menor no emancipado o incapacitado sujeto a patria potestad prorrogada están legitimados sus representantes legales, es decir, los titulares de la patria potestad podrán instar la partición (art. 162 C.c.), sin que sea necesaria la autorización judicial (art. 1.060 C.c.). Por el menor sujeto a tutela la pedirá el tutor que actúa como su representante legal (art. 267 C.c.), y no precisa autorización judicial para ello, si bien una vez practicada la partición se requiere aprobación judicial (art. 272 C.c.). En caso de conflicto de intereses entre los padres o tutor y el menor, se nombrará un defensor judicial para que lo represente (arts. 163 y 299 C.c.).

En cuanto al menor emancipado o habilitado de edad es discutible si necesita el complemento de capacidad de sus padres o del curador para instar la acción de partición o si, por el contrario, tiene capacidad suficiente para ejercitarla por sí solo. El problema se plantea porque el artículo 1.052 C.c. exige que el coheredero tenga capacidad patrimonial

(99) El Anteproyecto de la Ley Concursal, de fecha 5 de septiembre de 2001, establece en el artículo 39 las facultades patrimoniales del deudor, aunque no contiene referencia específica a la facultad de instar la partición de la herencia.

para pedir la división de la herencia y el artículo 323 C.c. establece algunas restricciones a la capacidad de obrar del emancipado, de modo que para realizar ciertos actos dispositivos precisa la asistencia de los padres o, en su caso, del curador.

Para un sector doctrinal (100), no hay ningún obstáculo que impida al emancipado solicitar por sí solo la partición de la herencia. De un lado, porque la acción de partición no puede calificarse como acto de enajenación o gravamen y, por tanto, no se encuentra entre los actos de disposición para los que el emancipado necesita el complemento de capacidad de sus padres o del curador. De otro, porque el segundo párrafo del artículo 323 C.c. permite al menor emancipado comparecer en juicio (101) por sí solo, por lo que no hay razón alguna que le impida solicitar la división de la herencia. Otros autores (102) opinan que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 323 C.c. en relación con el artículo 1.052 del mismo texto legal, no hay duda de que el emancipado carece de la libre disposición de sus bienes y, por consiguiente, no puede pedir la partición sin contar con el asentimiento de sus padres o del curador. Debido a su limitada capacidad patrimonial, se estima que la facultad que el artículo 323.II C.c. le reconoce para comparecer en juicio por sí mismo queda excluida cuando se trata de pedir la partición de la herencia, toda vez que no se cumple la exigencia establecida en el artículo 1.052 C.c. (103).

A mi juicio, no hay duda de que el menor emancipado o habilitado de edad puede pedir la división de la herencia sin que necesite la asistencia de sus padres o del curador, ya que a tenor de lo establecido en el artículo 323 C.c. goza de capacidad patrimonial, pues la emancipación le habilita para regir sus bienes como si fuera mayor, salvo para ciertos actos dispositivos en los que precisa el complemento de capacidad de sus padres o del curador. Por tanto, tiene capacidad de obrar en el ámbito patrimonial, aunque limitada para determinados actos, entre los que no se incluye la facultad de instar la partición, por lo que no incumple la exigencia prevista en el artículo 1.052 C.c. Además, las limitaciones a la capacidad de obrar del emancipado (art. 323 C.c.) deben interpretarse de forma restrictiva, según dispone el artículo 2.II de la Ley Orgánica 1/1996, por lo que no cabe negar al emancipado el reconocimiento de su capaci-

(100) Vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 572; VALLET DE GOYTISOLO, J., cit., p. 121; PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 605-606; ALBÁCAR, J. L. y PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 1.052 C.c.”, en *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, 4.ª edic., Trivium, Madrid, 1995, p. 1588.

(101) Sobre la comparecencia en juicio, *vid.* artículo 7 LEC.

(102) LACRUZ BERDEJO, J. L., cit., p. 108; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentario al art. 1.052 C.c.”, en *Comentario del Código civil*, t. I, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2477.

(103) Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., cit., p. 2477.

dad para instar la acción de partición. A esto cabe añadir que si el propio artículo 323.II C.c. le reconoce la posibilidad de comparecer en juicio por sí solo, no hay razón de peso para negar al emancipado la facultad de solicitar judicialmente la división de la herencia.

2. La acción de partición por el coheredero incapacitado.

En virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1.052 C.c., si entre los coherederos llamados a la herencia existiera alguno incapacitado o ausente, la facultad de pedir la partición corresponde a sus representantes legítimos. Evidentemente, la falta de capacidad de obrar plena que afecta a un coheredero incapacitado la suple su representante legal, esto es, el tutor que se le haya designado, sólo cuando la sentencia establezca este régimen de guarda para el incapacitado. Por lo tanto, aunque el artículo 1.052.II C.c. parece referirse únicamente al caso del incapacitado sujeto a tutela, lo cierto es que no todo incapacitado está sometido a dicho régimen, pues también es posible que en atención al grado de discernimiento del incapacitado la sentencia acuerde el régimen de curatela (art. 287 C.c.).

Por otro lado, en los casos de incapacitación debe tenerse en cuenta siempre el contenido de la sentencia, pues ésta deberá determinar la extensión y los límites de la incapacitación (art. 210 C.c.). Si se trata de un incapacitado sujeto a tutela y la facultad de instar la partición no se incluye en el ámbito de la incapacitación, podrá el incapacitado pedirla por sí solo; en caso contrario, sólo el tutor designado podrá solicitar la división de la herencia, sin necesidad de autorización judicial (art. 272 C.c.). Por lo tanto, aunque el artículo 1.052.II C.c. establece que la solicitud de partición por los incapacitados “deberán pedirla sus representantes legítimos”, lo cierto es que no puede considerarse una función que corresponda siempre al representante legal, pues la actual regulación de la incapacitación prevé expresamente la posibilidad de su graduación teniendo en cuenta el grado de discernimiento del incapacitado, lo que posibilita que éste realice por sí mismo la solicitud de partición cuando la sentencia lo permita.

En los casos de incapacitación parcial en los que se acuerda el régimen de la curatela, el coheredero incapacitado necesitará contar con la asistencia del curador para pedir la partición sólo cuando la sentencia así lo establezca (art. 289 C.c.). Pero puede ocurrir que la sentencia no haya especificado los actos en que debe intervenir el curador; en tal caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 290 C.c. que nos remite a los artículos 271 y 272 C.c. respecto a los actos en que el tutor necesita la autorización judicial, entiendo que no sería necesaria la intervención del cura-

dor si el incapacitado pide la división de la herencia, pues según prevé el artículo 272 C.c., de aplicación en este supuesto, el tutor no necesitará autorización judicial para la partición de la herencia.

Tanto si el incapacitado está sometido a tutela como si se encuentra sujeto a curatela, en caso de que la partición origine un conflicto de intereses entre el incapacitado y su tutor o curador se nombrará un defensor judicial que lo represente en este asunto (art. 299 C.c.).

3. La posición jurídica de los coherederos menores o incapacitados en los distintos tipos de partición.

En los supuestos en que el testador no ha ejercitado la facultad que le reconoce el artículo 1.056 C.c. de realizar la partición de sus bienes, cabe la posibilidad de extinguir la comunidad hereditaria mediante otras formas de partición. En efecto, puede ocurrir que la partición de la herencia la lleve a cabo el contador-partidor designado por el testador (art. 1.057 C.c.), que la realice el contador-partidor dativo nombrado por el juez a petición de un grupo de coherederos (art. 1.057.II C.c.), que se materialice por el acuerdo de todos los coherederos (art. 1.058 C.c.) y, por último, si tal acuerdo es imposible de conseguir, cabe la partición judicial (art. 1.059 C.c.).

Asimismo, y tal como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se analiza en las páginas siguientes, no debe olvidarse que es frecuente que el causante estuviera sometido al régimen económico de sociedad de gananciales, por lo que la disolución de la comunidad hereditaria requerirá una operación previa, esto es, la liquidación de dicho patrimonio ganancial. Esta última operación será probablemente fuente de mayores conflictos en los casos en que concurren a la partición menores o incapaces, puesto que el cónyuge viudo actuará al mismo tiempo como parte interesada y como representante legal de aquellos.

Todo lo anterior pone de manifiesto la necesidad de realizar un profundo estudio sobre cuál es la posición jurídica de estos coherederos –menores o incapacitados– a los que afecta la partición de la herencia. Con este fin, se analizan los distintos tipos de partición desde la perspectiva de quienes, precisamente por su minoría de edad o su estado de incapacidad, pueden carecer de la plena capacidad de obrar para realizar eficazmente cualquier acto jurídico. Con carácter general, esa falta de capacidad plena determina, de una parte, que al llevar a cabo la partición, los intereses de los menores e incapacitados deban ser defendidos por las personas a las que corresponde su representación legal; y, de otra, que la Ley disponga algunos mecanismos de control judicial con el objeto de tutelar debidamente los derechos e intereses de las personas menores o incapacitadas.

3.1. *La partición realizada por el contador-partidor designado por el testador o por el contador-partidor dativo.*

Cuando el testador haya encomendado a un contador-partidor la facultad de hacer la partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.057.I C.c., su función primordial consistirá en realizar las operaciones particionales precisas para la división de la herencia. Naturalmente, estas operaciones debe efectuarlas respetando las instrucciones ordenadas por el testador, es decir, cumpliendo en todo caso la voluntad testamentaria.

Por otra parte, cuando el causante no haya otorgado testamento o no haya designado contador-partidor, cabe la posibilidad de que los coherederos y legatarios que representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario, soliciten al juez el nombramiento de un contador-partidor dativo (art. 1.057.II C.c.); en tal caso, la partición realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

En los casos anteriores, es decir, tanto si la partición la realiza el contador-partidor nombrado por el testador como si este cargo lo desempeña la persona designada por el juez a petición de los coherederos y legatarios, el párrafo tercero del artículo 1.057 C.c. establece los requisitos que el contador-partidor debe cumplir cuando entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas. La citada norma obliga a inventariar los bienes de la herencia, citando a los representantes legales o curadores de estas personas. Así pues, siempre que en la partición estén interesados menores de edad o incapacitados total o parcialmente, y también cuando algún coheredero hubiese sido declarado pródigo, la Ley limita la actuación del contador-partidor exigiendo que en la operación de inventario de los bienes estén presentes los representantes legales o, en su caso, curadores de las personas que, por falta de capacidad, no pueden actuar por sí mismas (104).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1999 (RJ 1855) se plantea la declaración de nulidad de las operaciones de liquidación de sociedad de gananciales realizada por el contador-partidor y la viuda del causante, así como el cuaderno particional realizado, sin citación de los coherederos y legatarios y con omisión de determinados bienes al momento de efectuar el inventario. La sentencia de instancia estimó en par-

(104) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 1.057.III C.c.", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., t. XIV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1989, pp. 330-345; DIEZ-PICAZO, I., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 6.^a edic., vol. IV, Tecnos, Madrid, 1992, p. 591; CLEMENTE MEORO, M., *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 645-647.

te la demanda, anulando las operaciones de la viuda demandada y del contador-partidor, así como el inventario, avalúo y la partición de bienes realizada. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia recurrida.

El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación por cuanto la partición infringió el artículo 1.057 C.c. al no cumplir con la citación a los representantes de los menores, y dicha infracción determina la anulabilidad de las operaciones. La sentencia expone los sucesivos textos legales del artículo 1.057 C.c. para determinar el aplicable al caso de autos. En este sentido, se indica que la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 intercaló un segundo párrafo al citado precepto y conservó el tenor del antiguo párrafo segundo que pasó a ser tercero y estaba vigente al tiempo de otorgamiento del testamento así como al abrirse la sucesión y practicarse las operaciones particionales. El texto del antiguo párrafo segundo disponía que “lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela, pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios”. Pues bien, siendo aplicable este texto legal, en el caso enjuiciado se practicaron las operaciones particionales sin citar a los coherederos para la práctica del inventario de la herencia a la que concurrían menores de edad. El Alto Tribunal admite que *“el precepto era oscuro, ponía en tela de juicio la doctrina la finalidad perseguida por el mismo y no se alcanzaba a justificar la llamada a ese inventario a todos los coherederos, acreedores y legatarios, pero el texto posterior vigente en la actualidad, aunque no al tiempo de la partición nos impele a pensar que la citación inexcusable para la práctica del inventario es a los representantes legales de los menores o incapaces y en el caso de autos no se hizo”*.

Respecto a la infracción del artículo 1.057 C.c., el Tribunal Supremo estima, en el caso enjuiciado, que el incumplimiento determina la nulidad relativa o anulabilidad (105) de las operaciones particionales. Sobre esta cuestión debe precisarse que el Alto Tribunal no ha mantenido un criterio uniforme, pues en algunas sentencias —como las que a continuación se exponen—, sostiene que la falta de citación constituye causa de nulidad de la partición. Sin embargo, parece más razonable la sanción de nulidad absoluta, pues como subraya CLEMENTE MEORO (106), “la falta de citación o la citación mal hecha no constituyen defectos de capacidad, sino incumplimiento de un requisito formal de carácter imperativo y, a lo que parece, esencial”.

(105) También mantuvo este criterio la STS de 17 de diciembre de 1988 (RJ 9475).

(106) Vid. CLEMENTE MEORO, M., cit., p. 647.

En este sentido se pronuncia la STS de 16 de mayo de 1984 (RJ 2415) al enjuiciar la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de las herencias de los causantes realizada por el contador partidor. Las operaciones particionales fueron efectuadas por el contador incumpliendo la exigencia de practicar el inventario con la citación prevista en el artículo 1.057 C.c. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, declarando nulas y sin efecto alguno la liquidación legal de la sociedad de gananciales de los esposos fallecidos y las operaciones particionales efectuadas por el contador-partidor. La Audiencia Provincial confirmó dicha resolución. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

La sentencia declara que lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.057 C.c. —en su redacción vigente en la fecha de la partición—, constituye una exigencia *“insoslayable para el partidor, de inventariar los bienes con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, con secuela de nulidad de la partición efectuada sin el cumplimiento de dicha formalidad cuya «ratio» no es otra que la de proteger más eficazmente los intereses de los menores de edad y sujetos a tutela, con cierta abstracción de la capacidad de obrar de los mismos, quienes habrán por lo tanto de ser citados para la diligencia de inventario”*.

Por otra parte, es sabido que si en un asunto concreto existe contradicción de intereses entre un menor y sus representantes legales, es necesario nombrar un defensor judicial que ampare los derechos e intereses de aquél. Es probable que en ciertos casos las operaciones particionales de la herencia a la que concurren menores puedan generar un inevitable conflicto de intereses entre las partes. Por tanto, sólo cuando se da esta circunstancia resulta imprescindible el nombramiento del defensor judicial cuya función consiste en tutelar los intereses del menor en la partición. De modo que si la partición se realiza por el contador-partidor, éste debe citar a la práctica del inventario de los bienes al defensor judicial del menor que se nombre para tal fin.

En este sentido, la STS de 15 de octubre de 1973 (RJ 3557) se refiere a la nulidad de las escrituras de partición de herencia y la adicional realizadas por la viuda del causante y el contador-partidor designado en el testamento, por inaplicación de los artículos 165 y 1.057 C.c., pues no se había nombrado defensor judicial para la hija menor de edad, con interés contrapuesto al de la madre. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los actores, anulando la sentencia recurrida y estimando la petición de nulidad de las escrituras particionales de la herencia.

La sentencia declara que *“cuando entre los padres ejercientes de la*

patria potestad y los hijos sometidos a ella, se produzcan situaciones de contraposición de intereses, el art. 165 C.c. preceptúa el nombramiento de un defensor judicial, a fin de tutelar los derechos de los referidos menores, limitada la intervención de aquél al asunto que haya determinado su nombramiento, disposición [...] que es de carácter imperativo y por ello de ineludible observancia, [...]". Asimismo, el Alto Tribunal considera que la protección expresada en dicha norma se ve reflejada en el artículo 1.057 C.c., y por ello "su incumplimiento determina la nulidad de todas las operaciones que integran la partición, puesto que además, las facultades del contador-partidor, para llevar a cabo las subsiguientes operaciones que integran aquélla, no quedan expeditas en el supuesto contemplado en autos, en tanto no se lleve a cabo la práctica del inventario con citación de todos los herederos y el defensor judicial del menor, cuyo nombramiento pudo solicitar al Juzgado al amparo de la amplitud que para ello otorga el párrafo 2.º del ya citado art. 165 C.c."

Respecto a esta cuestión, en la RDGRN de 6 de febrero de 1995 (RJ 1329) se debate si la omisión por el contador-partidor de la citación para la práctica del inventario de los bienes hereditarios al defensor judicial de un menor constituye un defecto que impide la inscripción de la escritura calificada. Se trataba de una escritura de liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de herencia en la que intervienen el contador-partidor, la viuda del causante que, además, representa a un hijo común menor de edad, y tres hijos mayores de edad, todos los cuales fueron nombrados herederos universales por su padre. En el inventario sólo se incluyeron los dos bienes comprados durante el matrimonio constando inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de los cónyuges para su sociedad de gananciales.

La DGRN recuerda su doctrina reiterada que viene declarando que *"dentro de las operaciones particionales hereditarias hay que distinguir las formalizadas por el Comisario, con arreglo al artículo 1.057 del Código Civil, de naturaleza unilateral, y las que conforme a los artículos 1.058 y 1.060 se realizan por todos los herederos, que tienen naturaleza contractual, y que cuando se da la circunstancia de que intervienen conjuntamente el Comisario y los herederos, las manifestaciones y acuerdos que éstos adopten introducen un factor que inciden en el carácter unilateral de la partición realizada por aquél [...]". Por tanto, cuando se dé esta circunstancia, la cuestión que nos ocupa no puede verse desde la perspectiva del artículo 1.057 del Código Civil, sino que ésta se desplaza al artículo 163, y debe examinarse detenidamente caso por caso, para determinar con cuidado si existe o no contradicción de intereses"*.

En este sentido, la Resolución indica que *"[n]o se puede dar por sentado que en todos los casos en los que intervenga un representante legal en*

su propio nombre y en representación de un hijo menor, ha de existir siempre una contradicción de intereses [...]. En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes. Esta situación se mantiene aunque la adjudicación, en la parte que afecta a la herencia, se realice en nuda propiedad y proindiviso a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, según lo dispuesto en el testamento". En suma, la Resolución considera que "en el presente caso, en el que por una parte, están presentes todos los interesados en la herencia, en el que todas las actuaciones particionales se realizan en un solo acto, se documentan en una sola escritura y se aprueba simultáneamente y, por tanto, las hacen suyas en su totalidad los diversos intervinientes; y por otra parte, los dos únicos bienes inventariados, que son gananciales, [...] han sido adjudicados proindiviso entre los interesados, de acuerdo con el testamento del causante, es forzoso concluir que no existe contradicción de intereses ni en la formación del inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor, cuando en realidad no la ostenta".

En definitiva, tal como se desprende de las citadas resoluciones, no siempre la partición de la herencia genera un conflicto de intereses entre un coheredero menor o incapacitado y sus representantes legales. El eventual conflicto surgirá, en todo caso, dependiendo del tipo de operación particional de que se trate.

En la RDGRN de 13 de noviembre de 1998 (RJ 8495) se analizan algunos defectos que presentaba la partición realizada por los albaceas contadores-partidores designados en los testamentos de los causantes, así como la posterior escritura de adición a la herencia en la que se describe un nuevo bien que no fue incluido en el inventario inicial, adjudicándose el mismo a algunos de los herederos, y quedando excluido de la referida adjudicación el heredero que podría ser incapaz. Respecto a este heredero, se ordenaba en los testamentos de los causantes (sus padres) que al ser su hijo deficiente psíquico, se designara para el mismo el organismo tutelar, y el nombramiento de tutor recayó precisamente en un hermano del supuesto incapaz. Uno de los defectos que, a juicio del registrador, presentaba la escritura, se refería al incumplimiento de lo dispuesto en el último apartado del artículo 1.057 C.c., pues en este caso al estar interesado en la herencia un presunto incapaz (los albaceas habían manifestado en la primera escritura la condición de incapaz de uno de los herederos), *"habría de haberse citado a su representante legal, y siendo*

éste, si así se acreditara un hermano del mismo, existirían intereses contrapuestos, por lo que sería necesario el nombramiento de un defensor judicial”.

El recurso gubernativo interpuesto por el notario contra la negativa del registrador a inscribir la escritura de adición de la herencia fue desestimado por este defecto. El recurso interpuesto contra esta resolución confirma el auto declarando que *“es preciso que en el documento comprensivo de la partición efectuada por el contador, cuando entre los interesados hay algún menor o sujeto a tutela, éste debe indicar nominalmente quiénes han sido citados y, en su caso, en qué concepto, a fin de hacer posible la apreciación de cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.057.III del Código Civil, sin que sea suficiente la mera afirmación genérica de que se ha cumplido dicho trámite, máxime si, como en el caso debatido ocurre, existen dudas sobre la capacidad de uno de los herederos y no se especifican en debida forma sus circunstancias”.*

3.2. La falta de capacidad de los coherederos menores e incapacitados para realizar la partición convencional.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.058 C.c., los coherederos mayores que tuvieran la libre administración de sus bienes podrán realizar la partición de la herencia de la manera que tengan por conveniente “[c]uando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad”. Por tanto, se trata de una partición que tiene carácter subsidiario, pues resulta indispensable que el testador no haya realizado la partición de sus bienes (art. 1.056 C.c.), ni haya encomendado la división de la herencia a un contador-partidor (art. 1.057 C.c.).

Asimismo, no hay duda de que este tipo de partición tiene naturaleza contractual (107), porque se materializa con la voluntad unánime de todos los coherederos, quienes podrán distribuir la herencia como consideren más conveniente para sus intereses (108), lo que supone admitir que el acuerdo particional puede sujetarse o no a las disposiciones testamentarias. De modo que cabe la posibilidad de que la partición convenida por los coherederos se limite a transformar la cuota hereditaria de cada coheredero en determinados bienes respetando las disposiciones del testador o, por el contrario, que la distribución de los bienes hereditarios exceda de lo meramente particional de forma que las operaciones diviso-

(107) El carácter contractual de la partición realizada por los coherederos es destacado por la jurisprudencia. *Vid.* entre otras, SSTS 9 de marzo de 1951 (RJ 1611), 5 de noviembre de 1959 (RJ 3981), 25 de febrero de 1966 (RJ 852) y 18 de febrero de 1987 (RJ 715).

(108) *Vid.* SSTS 28 de enero de 1964 (RJ 392), 25 de febrero de 1966 (RJ 852), 5 de marzo de 1991 (RJ 1718) y 14 de julio de 1995 (RJ 6010).

rias impliquen actos de enajenación o transacción de bienes o derechos, que prescinden de la voluntad del testador o alteran o se apartan de las reglas previstas en los artículos 1.061 y 1.062 C.c.

En cuanto a la capacidad que se requiere para llevar a cabo este tipo de partición, el artículo 1.058 C.c. otorga la facultad de realizar la división de la herencia a los coherederos que sean mayores y tengan la libre administración de sus bienes. Atendiendo a los requisitos establecidos en esta norma, resulta que la capacidad exigida para practicar la partición no concuerda con la que se necesita para pedirla, pues según dispone el artículo 1.052 C.c. puede solicitar la división todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, mientras que el artículo 1.058 no alude a la libre disposición. Pese a la aparente contradicción (109) que se aprecia en ambas normas, lo cierto es que la exigencia que establece el artículo 1.058 C.c. de la “mayor de edad” supone que el coheredero que cumpla este requisito también tiene la libre disposición de sus bienes, a menos que esté incapacitado en virtud de resolución judicial. Por tanto, la divergencia terminológica de las dos normas citadas no significa que la capacidad exigida para pedir la partición difiera de la que se precisa para realizarla (110).

Evidentemente, el requisito de la mayor edad exigido a los coherederos para intervenir en la práctica de la partición convencional no impide que ésta se lleve a cabo cuando existan menores o incapacitados que concurren a la herencia. En tales supuestos, sólo se requiere que estos coherederos estén legalmente representados en la partición, conforme establece el artículo 1.060 C.c. Es decir, los padres o, en su caso, el progenitor titular de la patria potestad, intervendrán en representación de sus hijos menores o de los sometidos a patria potestad prorrogada; por su parte, el tutor actuará en representación del incapacitado cuando la sentencia haya establecido este régimen de guarda y su intervención para este acto jurídico; por último, si el incapacitado está sujeto a curatela, habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, de tal forma que si este acto se incluye entre los que el incapacitado no puede realizar por sí mismo, será indispensable que al intervenir en la práctica de la partición esté asistido por el curador.

Según dispone el artículo 1.060.I C.c., si los menores o incapacitados

(109) En opinión de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., cit., pp. 2476-2477, “resulta necesario armonizar ambos preceptos porque no tiene sentido que quienes pueden practicar la partición no tengan, sin embargo, capacidad para pedirla y a la inversa, que el que tiene capacidad para pedir la partición pueda no tenerla para practicarla”.

(110) Como señalan Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 593, “ambos preceptos vienen a ser lo mismo, lo que es lógico; carece de coherencia que al que se le impida pedir la partición pueda partir, o viceversa”.

están legalmente representados en la partición, no es necesaria la intervención ni la aprobación judicial. Pese al tenor literal de esta norma, conviene hacer algunas precisiones al respecto. En primer lugar, respecto a los incapacitados sujetos a tutela, pues el artículo 272 C.c., según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, si bien dispensa de la autorización judicial a la partición de herencia realizada por el tutor, exige que una vez practicada requerirá aprobación judicial. Por tanto, la intervención del tutor en la práctica de las operaciones divisorias ya no precisa la autorización judicial previa (111), pero una vez concluida la partición sólo surtirá efectos si se obtiene la aprobación por parte de la autoridad judicial. Así pues, la redacción vigente del artículo 272 C.c. prescinde de la exigencia de autorización judicial previa, pero mantiene el control judicial respecto a la actuación del tutor en esta materia. Lo dispuesto en este precepto es aplicable al curador que intervenga en la práctica de la partición asistiendo al incapacitado (art. 290 C.c.).

Por otro lado, respecto a los padres que intervienen en la partición representando a sus hijos menores o incapacitados debe precisarse que sólo se les dispensa de la aprobación judicial cuando lleven a cabo actos exclusivamente particionales (112), mediante la adjudicación de bienes (o porciones indivisas del único bien que exista) que coincidan con las cuotas hereditarias; en cambio, la autorización judicial es imprescindible si las operaciones particionales implican actos de carácter dispositivo (113), pues en tal caso es aplicable el artículo 166 C.c. Así, se considera que las operaciones realizadas exceden de lo estrictamente particional cuando se sitúan en el ámbito de los actos de disposición de bienes o derechos del menor, cuando no respeten las reglas previstas en los artículos 1.061 y 1.062 C.c. y, por último, si las operaciones particionales se apartan de la voluntad testamentaria. En todos estos supuestos, no hay duda de que

(111) Conviene recordar que la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, modificó el artículo 271 C.c. en el sentido de exigir autorización judicial para que el tutor realizara la partición de la herencia y, una vez practicada, se exigía también la aprobación judicial.

(112) Vid. RDGRN de 6 de abril de 1962 (RJ 1712), en la que se plantea la partición realizada por los coherederos, uno de ellos menor de edad representado por su madre, en unión del contador-partidor nombrado, mediante la adjudicación del único inmueble inventariado, a un heredero, con la obligación de pagar a los demás su parte en metálico. En este caso, la Resolución señala que *“la adjudicación no envuelve una transmisión de dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa peculiar de toda partición, [...] por lo cual este Centro reiteradamente ha declarado que la partición, en el supuesto especial del artículo 1.062 no constituye, cuando existan menores interesados, un acto dispositivo que requiera la aplicación del artículo 164 del Código civil”*.

(113) Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentario a los arts. 1.058 a 1.060 C.c.”, en *Comentario del Código civil*, t. I, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2499; CLEMENTE MEORO, M., cit., p. 653.

la partición realizada por los representantes legales del menor o incapacitado se convierte en una operación de trascendencia económica que sobrepasa los límites de la partición y puede ocasionar perjuicios a los derechos e intereses del coheredero, por lo que resulta necesario el control judicial.

La DGRN se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la necesidad de obtener la *aprobación judicial* cuando los padres que actúan en representación del menor realizan actos particionales de carácter dispositivo. En la Resolución de 26 de enero de 1998 (114) (RJ 276) se debate la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad conyugal, partición hereditaria y conmutación del usufructo universal de cónyuge viudo por la adjudicación de bienes inmuebles. Pese a que el caudal ganancial y el relicto lo integraban cuatro bienes inmuebles y metálico, el pago de los derechos de uno de los herederos, menor de edad, se realiza mediante la adjudicación, exclusivamente, de dinero en efectivo. El registrador había denegado la inscripción por entender que tanto la conmutación del usufructo, como las adjudicaciones efectuadas, excedían de lo meramente particional, implicando verdaderos actos dispositivos que precisan la necesaria autorización judicial por parte del representante legal del heredero menor de edad. La Resolución confirma la nota del registrador porque “[l]os actos calificados no pueden ser considerados, como de mera partición, a la que sería aplicable el artículo 1.060 del Código civil, sino que evidencian una esencia dispositiva que necesariamente ha de trascender al régimen jurídico aplicable, en particular, en sede de capacidad y representación, siendo inexcusable la autorización judicial prevenida en el artículo 166 C.c.”.

Por lo que se refiere al defensor judicial nombrado para representar a un menor o incapacitado en una partición contractual, a causa del conflicto de intereses que este asunto haya provocado entre aquél y sus representantes legales o el curador, el segundo párrafo del artículo 1.060 C.c., introducido por la Ley Orgánica 1/1996, exige que el defensor obtenga la aprobación del juez (115), si éste no hubiera dispuesto otra cosa

(114) En la misma línea se pronuncian las Resoluciones de 6 de abril de 1962 (RJ 1712), 2 de diciembre de 1964 (RJ 5928), 1 de diciembre de 1984 (RJ 6511) y 27 de noviembre de 1986 (RJ 6880).

(115) En la redacción anterior del artículo 1.060 C.c. no estaba prevista la exigencia de la aprobación judicial para el caso de que el defensor judicial interviniera en la partición representando a un menor o incapacitado. Por ello, algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictadas con arreglo a la anterior redacción de dicho precepto declaraban que no es necesaria la aprobación judicial cuando los menores o incapaces estuviesen representados por el defensor judicial nombrado específicamente para ese acto. En este sentido se pronuncian las Resoluciones de la DGRN de 4 de abril de 1986 (RJ 2127) y 23 de julio de 1990 (RJ 6666).

al hacer el nombramiento. Sin duda, este nuevo párrafo del precepto carece de sentido, pues resulta incongruente que se designe un defensor judicial precisamente para amparar los intereses del menor en la partición y, sin embargo, su actuación dependa de la aprobación judicial, a menos que el juez le hubiese dispensado de este control al hacer el nombramiento.

A tenor de todo lo expuesto, resulta evidente que si el coheredero menor de edad no está legalmente representado en la práctica de la partición, esta distribución de los bienes hereditarios es nula al no concurrir el consentimiento de todos los coherederos que debían prestarlo.

En este sentido, la STS de 22 de febrero de 1997 (RJ 1191) resuelve el caso de una partición realizada por los coherederos del causante excluyendo la intervención del contador-partidor designado en el testamento. La sentencia de instancia estimó la demanda, y la Audiencia Provincial la confirmó, si bien esta segunda sentencia se dictó después de haber acordado la acumulación de los dos juicios que se tramitaban: uno de retracto y otro declarativo de menor cuantía. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. En relación a la infracción de los artículos 1.057 y 1.058 C.c., el Alto Tribunal expone el criterio doctrinal mayoritario sobre este asunto, según el cual *“salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre disposición y administración de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente [...] doctrina que, «a sensu contrario», determina que en el presente caso no pudiera prescindirse de la intervención del contador-partidor designado por el testador dado que entre los herederos se encontraba don Emilio U. A. entonces menor de edad, por lo que debe acogerse el motivo ante la infracción de los artículos 1.057 y 1.058 del Código Civil”*.

En el caso que analiza la Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995 (RJ 3238) uno de los defectos que presentaba la escritura de partición parcial de la herencia realizada por la viuda, que actuaba también en representación de sus hijos menores, se refería a la falta de comparecencia en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. La Resolución declara que en este supuesto las circunstancias concurrentes, esto es, la adjudicación indivisa de un bien presuntivamente ganancial que, si se demostrara su carácter privativo podría suponer una disminución en la cuota hereditaria de los hijos, y el hecho de que la partición de la herencia fuese parcial, *“obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial”*.

Por último, resta por analizar si el menor emancipado tiene capacidad suficiente para intervenir por sí mismo en la partición que acuerden todos los coherederos o, si por el contrario, es preciso que concurra a la partición asistido por sus padres o curador. Se trata de una cuestión discutida (116) porque, como ya se ha expuesto, el artículo 1.058 C.c. exige que los herederos que acuerden la partición de la herencia sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes.

Ciertamente, el menor emancipado no es técnicamente un mayor de edad y, por tanto, no cumple el requisito que señala el artículo 1.058 C.c. Sin embargo, la cuestión de su capacidad para intervenir en la práctica de la partición no puede resolverse atendiendo únicamente a lo previsto en esta norma, sino que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 322 y 323 C.c., preceptos en los que el emancipado se equipara al mayor de edad, con la salvedad de que para realizar ciertos actos dispositivos necesita el complemento de capacidad de sus padres o del curador. Pero la partición no figura entre las actuaciones mencionadas en el artículo 323 C.c., por lo que no hay motivo para negar la capacidad del emancipado cuando se realicen operaciones exclusivamente particionales; tampoco cuando la partición implique actuaciones de contenido dispositivo para las que no se precisa el complemento de capacidad exigido en el artículo 323 C.c. (como por ejemplo actos dispositivos de bienes de escaso valor). En cambio, para todas las actuaciones que sobrepasan lo estrictamente particional, porque se aparten de lo ordenado por el testador o infrinjan las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 C.c., sí será preciso contar con el complemento de capacidad de los padres o del curador, porque en estos casos el emancipado no goza de plena capacidad patrimonial.

Con relación a esta cuestión, la DGRN se ha pronunciado en varias ocasiones reconociendo la capacidad del menor emancipado para intervenir sin asistencia alguna en la escritura de partición de la herencia. Así lo declaran, entre otras, las resoluciones de 28 de mayo de 1917 (117) y 21 de diciembre de 1929 (118). La primera de estas resoluciones recuerda

(116) Hay autores que niegan la capacidad del emancipado para intervenir en la práctica de la partición por sí mismo, *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., cit., p. 2496; PÉREZ DE CASTRO, N., cit., pp. 253-254. Frente a esta tesis, la mayoría de la doctrina sostiene que el menor emancipado sí puede intervenir en la partición por sí mismo, a menos que las operaciones particionales impliquen actos dispositivos, en cuyo caso es necesario el complemento de capacidad de sus representantes legales. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J., cit., pp. 120-121; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., cit., p. 593; CLEMENTE MEORO, M., cit., p. 652; LLEDO YAGÜE, F., cit., pp. 120-121.

(117) *Vid.* ROCA SASTRE, R. M. y DE MOLINA JUYOL, J., *Jurisprudencia registral*, t. V, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 54-56.

(118) *Vid.* ROCA SASTRE, R. M. y DE MOLINA JUYOL, J., *Jurisprudencia registral*, t. VI, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 1018-1021.

que “*el menor emancipado puede válidamente regir su persona y bienes como si fuera mayor, sin más limitaciones que las taxativamente señaladas en el mismo artículo, limitaciones que no es lícito ampliar en contradicción con el principio general adoptado por el legislador y con la regla de Derecho de que las excepciones no pueden extenderse a casos indeterminados o no incluidos en el precepto afirmativo al cual se oponen*”. Teniendo en cuenta que “*ni en el art. 317 C.c., ni en sus concordantes, se cita como excepción de tal capacidad, la partición de bienes hereditarios*”, la resolución declara que es inscribible la escritura de partición otorgada por los herederos y en la que intervino por sí solo un menor emancipado.

La resolución de 21 de diciembre de 1929 insiste en que el emancipado tiene capacidad suficiente para intervenir por sí solo en la partición. Además, recuerda que en la doctrina mantenida en reiteradas ocasiones se declara que “*no se equiparan las adjudicaciones hechas al heredero en pago de sus derechos, o para otros fines, a los actos de enajenación [...]*”. Atendiendo al tenor literal del artículo 317 C.c., se estima que “*no es posible ampliar la palabra vender hasta abarcar, no sólo todos los actos de enajenación, a título oneroso, sino también los actos dispositivos que levantan los límites impuestos a un copartícipe a favor de sus comuneros, o dividen la cosa común*”.

3.3. La partición arbitral y la partición judicial.

A. La partición arbitral.

De conformidad con las normas de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, este procedimiento puede establecerse de común acuerdo por todos los interesados en la herencia o haber sido impuesto por el propio causante. En efecto, en los supuestos en los que la división de la herencia suscite diferencias entre los coherederos que impidan alcanzar un acuerdo satisfactorio para todos, cabe la posibilidad de que éstos designen un árbitro, al que se le encomienda hacer la partición de la herencia. También cabe que el propio testador imponga esta solución a sus sucesores.

En el primer caso, todos los coherederos deben celebrar un convenio donde se exprese su voluntad de someterse al arbitraje y de aceptar la decisión que adopte el árbitro (art. 5 LA). Ahora bien, en los supuestos en que alguno de los coherederos sea menor de edad o se encuentre incapacitado, habrá que plantearse si éstos pueden intervenir por sí solos o, por el contrario, si deben hacerlo a través de sus representantes legales.

En mi opinión, si se trata de un heredero menor no emancipado, serán sus representantes legales los que intervengan en el convenio que se suscriba, pues el menor no tiene la capacidad de obrar requerida para

prestar el consentimiento en un contrato de esta naturaleza. En cambio, cuando se trata de un menor emancipado, por las razones ya expuestas al abordar la partición contractual, sí puede intervenir por sí mismo y dar su consentimiento para que la partición se resuelva por la vía arbitral (arts. 322, 323 y 1.263 C.c.).

En el caso de los incapacitados, su intervención dependerá del alcance de la incapacidad (art. 210 C.c.), de forma que sólo podrá prestar su consentimiento al convenio arbitral si este acto figura entre los que la sentencia le permite realizar por sí solo; en caso contrario, debe representarlo su tutor o intervenir asistido por el curador, si bien en ambos supuestos, la partición requerirá la aprobación judicial (art. 272 C.c.).

Asimismo, debemos hacer referencia al coheredero menor o incapacitado cuya representación ostenta un defensor judicial designado para amparar sus intereses en la partición. En este caso, cabe plantearse si el defensor está facultado para acordar con los restantes coherederos que la partición se realice por el procedimiento arbitral o si, por el contrario, precisa la aprobación judicial. A mi juicio, el defensor podrá adoptar esta decisión siempre que las atribuciones que el juez le haya concedido se lo permitan, es decir, su ámbito de actuación en esta materia depende de las facultades que le reconozca la resolución judicial en la que se le designa defensor del menor o incapacitado.

Teniendo en cuenta que el objeto de su nombramiento es la defensa de los intereses del menor o incapacitado en la partición de la herencia, parece lógico suponer que sus atribuciones en este asunto serán suficientemente amplias y que el juez no habrá limitado la función del defensor a un determinado tipo de partición. En definitiva, la posibilidad de que el defensor acuda a la vía arbitral sin necesidad de aprobación judicial depende fundamentalmente del alcance de sus atribuciones. De modo que si éstas se lo permiten, podrá adoptar la decisión de someter la partición al arbitraje si considera que ésta es la solución más idónea y beneficiosa para su representado.

En tal caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.I de la Ley, el procedimiento arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción. Por lo tanto, una vez utilizado el recurso arbitral no cabe la posibilidad de acudir a la partición judicial. Sin embargo, cabe preguntarse si en este caso, una vez realizada la partición arbitral, el defensor debe obtener la aprobación del juez, conforme a lo establecido en el artículo 1.060.II C.c. A mi juicio, esta exigencia sólo es aplicable a la partición que realizan los propios coherederos, pues éstos cuentan con un amplio margen de actuación que les permite hacer la partición como mejor convenga a sus intereses (art. 1.058

C.c.); por esa razón, si uno de los coherederos está representado por un defensor judicial, la partición requiere la aprobación del juez, a menos que éste hubiese dispuesto otra cosa el hacer el nombramiento. En cambio, la partición que lleve a cabo un árbitro sólo podrá limitarse a distribuir los bienes hereditarios respetando la voluntad testamentaria y las reglas de igualdad cualitativa de los lotes asignados a cada coheredero, de modo que en este supuesto no es preciso el requisito de la aprobación judicial exigido en el artículo 1.060.II C.c.

Por último, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje admite, excepcionalmente, la validez del arbitraje impuesto por el testador, si bien esta modalidad carece de suficiente relevancia práctica, puesto que la Ley lo limita a los casos en que no existan herederos forzosos y, como nos demuestra la realidad, en la mayoría de los supuestos los sucesores del causante tienen derecho a la legítima.

B. La partición judicial.

Por su parte, la partición judicial tiene carácter supletorio, pues sólo cabe acudir a ella cuando no se haya efectuado la división de la herencia de otra forma. En efecto, este tipo de partición sólo es viable cuando el testador no haya realizado la partición de sus bienes, ni haya encomendado esta función a un contador-partidor, y tampoco los coherederos lleguen a un acuerdo sobre el modo de hacer la partición. En todos estos casos, el artículo 1.059 C.c. prevé el derecho de los coherederos a solicitar la partición judicial, es decir, cualquiera de ellos podrá instar el juicio de división de la herencia regulado en los artículos 782 y ss. LEC.

Naturalmente, si alguno de los herederos fuese menor o incapacitado, la facultad de instar la partición judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 162 y 267 C.c., corresponderá a sus representantes legales, es decir, a los padres que ostentan la patria potestad y, en su caso, al tutor. Asimismo, en caso de que exista conflicto de intereses entre el coheredero menor o incapacitado y sus representantes legales, también aquí, según prevén los artículos 299 y ss. C.c., deberá nombrarse un defensor judicial para que lo represente en este asunto concreto.

Por último, debe resaltarse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 783.IV LEC, si al iniciarse el procedimiento para la división de la herencia existen coherederos menores o incapacitados que no tengan representación legítima, es preciso que, al hacer la convocatoria de Junta a todos los interesados para la designación del contador y peritos, se convoque también al Ministerio Fiscal, al que se atribuye la representación legal de los herederos que se encuentran en estas circunstancias, y cesará en esta función cuando los menores o incapacitados estén habilitados de representante legal o defensor judicial.

VII. A modo de conclusión

A tenor de todo lo expuesto y como valoración final, podemos concluir destacando que, si bien dogmáticamente se tiende a equiparar las limitaciones a la capacidad de obrar derivadas de la minoría de edad con las de la incapacitación, lo cierto es que tales circunstancias no son idénticas. En primer lugar, porque la razón que justifica la restricción a la capacidad de obrar es distinta en uno y otro caso: en el caso del menor de edad, el legislador busca la protección de los intereses del menor por cuanto éste no tiene la madurez necesaria para realizar eficazmente actos de trascendencia jurídica; en cambio, la incapacitación se configura como un mecanismo de protección para las personas que no pueden gobernarse por sí mismas a causa de una enfermedad o deficiencia física o psíquica que altera su capacidad de entendimiento y voluntad. En segundo lugar, porque la evolución de estas limitaciones a la capacidad de obrar del individuo también es distinta en ambos casos, pues la falta de aptitud del menor tiende con el paso del tiempo a desaparecer, mientras que, en términos generales, la incapacitación suele tender a agravarse. Y en tercer y último lugar, porque el alcance de las restricciones difiere en ambas situaciones: en el menor de edad, las restricciones disminuirán a medida que vaya creciendo y adquiriendo, por ende, un mayor grado de madurez; y, en el caso de los incapaces, la extensión de las limitaciones dependerá del nivel de discernimiento, no pudiendo aplicarse por igual éstas, en todos los casos.

Las diferencias que existen entre estas causas de limitación de la capacidad de obrar de la persona determinan la imposibilidad de atribuirles un *tratamiento jurídico unitario*. A mi juicio, esta idea es la que, en definitiva, se extrae de la normativa sucesoria del Código civil, pues tal y como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, el tratamiento jurídico que en este ámbito se dispensa a los menores e incapaces no es idéntico sino que, por el contrario, difiere notablemente según cuál sea la institución concreta que se analice, poniendo de manifiesto, así, el diferente sentido de la restricción de capacidad en cada caso.

LA PRUEBA EN LA NUEVA LEY (DE ENJUICIAMIENTO CIVIL) (Prueba documental)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

*Académico de Número de la Real de Jurisprudencia
y Legislación. Notario Honorario (*)*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** CONCEPTO DE DOCUMENTO. **II.** CLASES DE DOCUMENTOS. **1.** Documentos públicos. **2.** Documentos privados. **3.** Documentos oficiales. **4.** Documentos mixtos. **5.** Documentos negociales. **III.** LA PRUEBA DOCUMENTAL. ADMISIBILIDAD DE LOS DOCUMENTOS Y SU VALOR. **A)** Documentos públicos. **1.** *Producción y admisibilidad.* **2.** *Eficacia probatoria. Los artículos 319.1 LEC y 1.218 C.c.* **a)** *Hacen “prueba”.* **b)** *Prueba “plena”.* **c)** *El hecho o acto documentado y el hecho que motiva su otorgamiento.* **d)** *El estado de cosas documentado.* **e)** *La fecha y el lugar.* **f)** *La identidad del fedatario y demás personas intervinientes.* **g)** *Las declaraciones de voluntad.* **h)** *Las declaraciones de ciencia.* **i)** *El ámbito subjetivo.* **B)** Documentos privados. **1.** *Producción y admisibilidad.* **2.** *Eficacia probatoria. Artículos 326 LEC y 1.225 C.c.* **a)** *Presentados en copia*

(*) Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 9 de abril de 2002, dentro del Ciclo “Temas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7/1/2000”.

simple. b) De autenticidad no impugnada. c) Reconocidos. d) De autenticidad impugnada y comprobada. e) De autenticidad impugnada y no comprobada. C) Documentos oficiales. IV. LA PRUEBA LEGAL.

Introducción

El amplio enunciado de esta conferencia, “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, puesto en relación con aquellos límites temporales que ha de respetar cualquier exposición, podrían reducirme a resaltar las más importantes innovaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en materia de prueba; pero ello, que hubiera podido tener interés en los primeros tiempos de su aprobación, carecería hoy de toda utilidad.

He preferido, pues, limitarme a un solo medio de prueba, eligiendo la prueba documental, pública y privada, porque en el proceso civil la prueba documental continúa siendo “la reina de las pruebas”, a pesar del incremento en la Ley 1/2000 del principio de oralidad, con sus conexos, de inmediación y de concentración (1); los documentos, también los relativos al fondo del asunto, deben ser presentados con la demanda o la contestación en el proceso declarativo ordinario (arts. 264 y ss.), acompañados de tantas copias literales cuantas sean las otras partes, a las que se trasladarán (arts. 273 y ss.), sin que en el juicio, al verificar la práctica de las pruebas (arts. 431 y ss.), tengan que leerse los documentos, ni darse por leídos, lo que sólo sería un remedo de oralidad.

Pero esa elección se debe, sobre todo, a que únicamente en la prueba documental tenemos una doble normativa, la subsistente del Código civil, y la contenida en la nueva Ley de Enjuiciamiento, que da origen a la consiguiente problemática. Como es sabido, después de un intento, en el borrador y en los anteproyectos, de derogación total o sustancial de las normas del Código civil en materia de prueba, al fin han permanecido todas las referentes a la prueba documental excepto el artículo 1.226; “el motivo”, escribe FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (*et al.*), “es que se admite que el documento tiene una dimensión que supera la meramente probatoria” (2).

(1) Conf. mi trabajo “Oralidad, escritura, audiencia previa y debate en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000)”, en el *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 2199-2228.

(2) Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau (coordinadores), “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, p. 1514. Iur-gium-Atelier Editores, dic. 2000.

Y aunque todavía haya quien lamente el desistimiento de aquella derogación –VALENTÍN CORTÉS, GARBERÍ LLOBREGAT (*et al.*), GÓMEZ COLOMER, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (3)–, lo cierto es que “el mito de que las normas relativas a la prueba son siempre procesales no puede mantenerse” –MONTERO AROCA– (4). Por mi parte, defendí la subsistencia de los preceptos del Código en conferencia pronunciada en otro Ciclo organizado por esta Academia, y no voy a volver ahora sobre mis argumentos (5).

“En lo que afecta al Código civil –dice la Exposición de Motivos de la Ley, XX– 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. Algunos de esos preceptos que permanecen mencionan expresamente la prueba, pero, además de no ser contradictorios, sino armónicos, con los de esta Ley, ha de entenderse que tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales. La raigambre de dichas normas ha aconsejado no derogarlas, sin perjuicio de la posibilidad de que, en el futuro, sean perfeccionadas”.

En general existe armonía, en efecto, entre las disposiciones del C.c. y las de la LEC, pero incluso en tales casos las unas pueden ayudarnos a interpretar, y a integrar, a las otras, en una y en otra dirección, desem-

(3) Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “lo que no se explica sino desde el punto de vista de la comodidad del legislador”, p. 232. GARBERÍ LLOBREGAT (*et al.*), respecto a los artículos 1.218 (“que, incomprensiblemente, no ha sido derogado por la nueva LEC”, p. 127), y 1.225 (“precepto que, al igual que el art. 1.218, debería haber sido derogado por la nueva LEC”, p. 132). GÓMEZ COLOMER, “sólo se ha derogado... el art. 1.226, a pesar de que hay otros muchos que no son sustantivos, sino procesales”. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “hubiera sido preferible haber derogado la normativa del C.c. en materia de prueba documental” (p. 47).

Conf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil. Parte General* (con Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena); 3.^a ed., 2000. GARBERÍ LLOBREGAT, José, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, DURO VENTURA, Cesáreo, y CASERO LINARES, Luis, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, tomo 3, (Bosch, 2001), p. 1028. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, en las obras colectivas con Juan MONTERO AROCA, Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, II, p. 289, y *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, p. 300, ambos editados por Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco, “La prueba. Los recursos”, tomo III, p. 258, de la obra *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, 5v, Madrid, Tecnos, 2000, por Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena (coordinadores).

(4) MONTERO AROCA, Juan, “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)” (p. 23). (Ponencia primera al Curso “La prueba”, dentro del ciclo “Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Consejo General del Poder Judicial, 22-25 mayo 2000; *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2000, pp. 17-66).

(5) “La prueba en el «Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil» de 1997”, conferencia pronunciada el 18.2.1998 en el Ciclo de Conferencias sobre el “Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997” organizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; publicadas por ésta en *El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98*, Madrid, 1998, pp. 85-128; y en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 27, jul-sept. 1998, pp. 439-86.

peñando una función de complementariedad; y si a pesar de lo que afirma la Exposición de Motivos, se presentara una contradicción, las normas del Código civil prevalecerían en tesis general, pero en el ámbito concreto de la prueba procesal serían preferentes las de la Ley de Enjuiciamiento Civil, más como especiales que como posteriores.

La citada E. de M. (XI) estima, por el contrario, que los dos Cuerpos legales tienen ámbitos separados de aplicación: “Esta Ley –la LEC– se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico”; mientras que, como acabamos de ver, los preceptos subsistentes del Código civil “ha de entenderse que tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales” (XX). Tales preceptos “se mantienen –escribe en el mismo sentido ANDRÉS DE LA OLIVA– en cuanto pueden tener virtualidad extraprocesal” (6).

SACRISTÁN REPRESA sostiene, por su parte, una doctrina general semejante a la por mí indicada: “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. Ahora bien, puesto que el texto siempre se ha entendido e interpretado en la configuración procesal, deberá resolverse si ésta se mantiene. Y parece claro que así sea, no sólo porque nada en contrario se dice, sino porque tampoco parece que vayan a plantearse enfrentamientos serios entre ambas disposiciones... Pero si se produjera algún enfrentamiento o contradicción que afectare a la prueba en el procedimiento, deberá tenerse en cuenta, por un lado, que la norma reguladora del proceso es la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por el otro, tanto el rango como la cronología; puesto que la dimensión legal es la misma y la más actual es ésta, del año 2000, luego será de aplicación, en perjuicio del Código civil”. También GUZMÁN FLUJA: “eso no quita que las normas relativas a la prueba documental del Código civil, que se mantienen en vigor, sigan teniendo su relevancia en el ámbito jurisdiccional. Esto va a obligar al operador jurídico a tener que decidir entre la aplicación de las normas contenidas en la nueva LEC y las contenidas en el Código civil, siempre que se produzca una disparidad de interpretación entre ambas, con primacía de la primera, al ser ley posterior y específica, sobre la segunda, aunque en la mayoría de los casos, como se ha expresado, existe armonía”. En la misma dirección VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: “La coexistencia del artículo 1.216 del C.c. y del 317 de la LEC puede dar lugar a interpretaciones contradictorias que deberán ser salvadas a favor de lo dispuesto en este último precepto por ser *lex posterior*” (7).

(6) OLIVA SANTOS, Andrés de la, p. 287 de su *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, con Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ. Madrid, Arecos, 2000. XVIII+619.

(7) GUZMÁN FLUJA, Vicente, Prueba documental, volumen III, pp. 2351-52 de *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, coordinada por Fernando Escribano Mora,

Aun con tantas reducciones, mi exposición deberá ser necesariamente parcial, limitada a puntos concretos, y quedará fuera la impugnación de la prueba documental admitida porque no ha sido afectada por la reforma, salvo en las consecuencias de la prueba “plena”.

Empezaré con algunas referencias al concepto y clases de documentos, para abordar los problemas de la eficacia probatoria de los documentos públicos y privados, que será objeto preferente de mi atención. Utilizaré sobre todo la bibliografía posterior a la reforma procesal.

I. Concepto de documento

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no expresa un concepto de documento, sino que contiene una enumeración de documentos públicos (art. 317), como hacía la Ley anterior, más un concepto negativo de los documentos privados (art. 324). Tampoco el Código civil nos da un concepto de documento, sino que lo da por supuesto en el artículo 1.216: “Son documentos públicos los (documentos) autorizados...”. En cambio, el Código penal formula un concepto de documento, pero sólo a sus específicos efectos.

Código Penal, artículo 26: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Es, pues, un concepto amplio de documento, que incluye las reproducciones audiovisuales y los soportes informáticos; pero que sólo se expresa “a los efectos de este Código”, esto es, a los efectos punitivos.

La enumeración de documentos públicos y el concepto de documentos privados de la LEC se formulan, por su parte, “a efectos de prueba en el proceso” (arts. 317 y 324), por lo que en rigor no puede inducirse de ellos un “concepto procesal de documento”, sino solamente un “concepto de prueba documental”; sin embargo, las normas procesales ahora derogadas influyeron en la deformación del concepto de documento –en el Derecho Procesal y en el Derecho Civil– según exponemos a continuación.

Pero no vamos a tratar ahora del concepto de documento, que nos llevaría tan lejos que no podríamos entrar en la materia anunciada. Solo queremos hacer resaltar que el artículo 299 añade a la tradicional enumeración de los medios de prueba –con correcciones de orden y de denominación– “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la ima-

autores Silvia BARONA VILAR *et al.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. SACRISTÁN REPRESA en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.* cit. en nota 2, p. 1527. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *op. cit.* en nota 3, p. 47.

gen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” (apartado 2), de manera que las reproducciones audiovisuales y los soportes informáticos constituyen medios de prueba distintos de los documentos públicos y privados, enumerados, y regulados, separadamente.

Así resulta de la sistemática de la LEC: Capítulo VI, De los medios de prueba y las presunciones. Sección 2.ª, De los documentos públicos (arts. 317-323); Sección 3.ª, De los documentos privados (arts. 324-327); Sección 4.ª, De las disposiciones comunes a las dos Secciones anteriores (arts. 328-334); Sección 8.ª, De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso (arts. 382-384).

El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, aprobado el 11.5.1998, defendía, por el contrario, la incorporación de estos nuevos medios de prueba a los documentos.

Y además, el artículo 299 termina disponiendo que “cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias” (apartado 3), con lo que consagra el carácter abierto de su enumeración de los medios de prueba.

Esta admisión de un *numerus apertus* de medios de prueba, antes discutida, es consecuencia del “derecho a los medios de prueba” que, según doctrina del Tribunal Constitucional, y del Tribunal Supremo, está comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución; pero tal carácter abierto de la enumeración no nos interesa ahora en sí mismo, sino en una de sus consecuencias colaterales, en la mayor libertad que va a tener el intérprete para elaborar el concepto de documento que estime más conforme con las normas positivas, sustantivas y procesales, relativas a la prueba, al proceso monitorio, o cualesquiera otras, sin creerse ya obligado a forzar el concepto de documento para que puedan entrar en él, y por esta vía se admitan como medios de prueba, los nuevos instrumentos creados por la ciencia y la técnica modernas, para el caso de que se estimara *numerus clausus* la enumeración legal. La teoría representativa del documento, o el concepto amplio de documento, encontraban en esa finalidad, quizá, su más poderosa justificación práctica; en adelante podrán seguir defendiéndose, pero sin tales fines concretos de Derecho positivo, dado que estos modernos instrumentos probatorios ahora se consideran medios de prueba distintos de la documental.

La LEC es consciente de esta consecuencia; Exposición de Motivos, XI: “los medios de prueba ... experimentan en esta Ley numerosos e importantes cambios. Cabe mencionar, como primero de todos ellos, la apertura legal a la realidad de cuanto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con la idea de un número determinado y cerrado de medios de prueba. Además resulta obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas”. “Por lo demás –añade más adelante–, otros aspectos de las normas sobre prueba resuelven cuestiones que, en su dimensión práctica, dejan de tener sentido. No habrá de forzarse la noción de prueba documental para incluir en ella lo que se aporte al proceso con fines de fijación de la certeza de hechos, que no sea subsumible en las nociones de los restantes medios de prueba”.

La doctrina se ha hecho igualmente eco de ella. CORDÓN MORENO (*et al.*), “la nueva LEC ... no se encuentra condicionada por la necesidad de ampliación de los medios de prueba y mantiene el concepto estricto del documento”; también GÓMEZ COLOMER, “los otros medios, como por ejemplo las películas y otros avances tecnológicos de nuestra época, que en la etapa legislativa anterior no se contemplaban expresamente y que se equiparaban a los documentos para favorecer su aportación al proceso, tienen hoy su propio cauce”; CREMADES MORANT, “se catalogan como medios de prueba autónomos”; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: “no son prueba documental al poder calificarse como medios de prueba autónomos” (8).

La doctrina procesalista posterior a la Ley suele estudiar, en efecto, los nuevos medios de prueba y su eficacia probatoria con carácter separado de los documentos –aunque a veces se indique que son “semejantes en ciertos aspectos a los documentos” (DE LA OLIVA)–, y bajo denominaciones resumidoras de sus dos grandes categorías, sin que proceda llamárseles “medios probatorios innominados”, como propone VALENTÍN CORTÉS, por el hecho de que todavía no se haya dado con la palabra adecuada (9).

(8) CORDÓN MORENO, Faustino (*et al.*), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen I, p. 1117 (Aranzadi, 2001). CREMADES MORANT, Juan, “Los medios de prueba”, tomo I, p. 735 de *Ley de Enjuiciamiento Civil - Ley 1/2000*, coordinadores Jesús Marina Martínez-Pardo y Daniel Loscertales Fuertes; Madrid, Sepin, 2000. GÓMEZ COLOMER, locs. cit. en nota 3. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *op. cit.* también en nota 3, p. 40.

(9) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 333. DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 345.

II. Clases de documentos

Entre los dos clásicos grupos, documentos públicos y documentos privados, la nueva Ley Procesal regula una categoría intermedia, especial y heterogénea, constituida por los documentos expedidos por funcionarios públicos administrativos que no están facultados para conferir fe pública a sus documentos.

1. Los documentos públicos.

Frente al sistema de definición del artículo 1.216 del Código civil, el artículo 317 de la nueva Ley Procesal prefiere el sistema de enumeración, utilizado por el artículo 596 de la Ley Procesal precedente. No hay en principio oposición entre ambos preceptos, 1.216 C.c. y 317 LEC, pues como dice VALENTÍN CORTÉS, el artículo 1.216 del Código contiene una “formulación amplia que se concreta en la clasificación que viene recogida en el art. 317”, sin que tampoco deba atribuirse a éste “una enumeración listada y cerrada” de los documentos públicos, como afirma LORCA NAVARRETE (10), lo que le alejaría del precepto del Código.

No voy a descender al examen comparativo de las enumeraciones contenidas en la nueva y en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sí resaltar el distinto alcance de sus enunciados iniciales; “bajo la denominación de documentos públicos y solemnes se comprenden”, decía el artículo 596 de la LEC de 1881; el artículo 317 de 2000, más modestamente, indica que “a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos...”, expresión “a efectos de prueba en el proceso” que repite el artículo 324 tratándose de los documentos privados; entonces, en la Ley de 1881, podía defenderse la existencia de un “concepto procesal” del documento público, subyacente a su enumeración; ahora, en la Ley 1/2000, sólo hay una enumeración “a efectos de prueba en el proceso”, que no pretende elevarse a “concepto” de documento público, ni siquiera a “concepto procesal” del mismo, pues no impide que otros preceptos de la misma Ley puedan utilizar conceptos distintos de documento público.

El criterio adoptado por la LEC para calificar de público un documento, coincidente con lo dispuesto en el C.c., es siempre el carácter de funcionario público de su autor, abandonando, ya en el Proyecto de Ley, algunas veleidades contenidas en el borrador y en los anteproyectos; el mismo criterio sirve para su clasificación en judiciales, notariales –instru-

(10) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 292. LORCA NAVARRETE (Antonio María), *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil*, Dykinson, 2000, p. 674.

mentos públicos—, registrales y administrativos, que el artículo 317 utiliza en su enumeración.

El artículo 1.216 del C.c. añade a tal requisito la concurrencia de otros dos criterios para que un documento sea público: que ese funcionario público sea “competente”, y que el documento se haya autorizado “con las solemnidades requeridas por la ley”. Ambas exigencias están omitidas en la Ley de Enjuiciamiento, sin duda porque no es misión de ésta la ordenación de las competencias de los fedatarios ni los requisitos formales de los documentos públicos; pero no hace falta acudir al artículo 1.216 del Código para completar el 317 de la Ley, porque según escribí hace años “el criterio básico de distinción es el del autor, que sea funcionario público, al que se reconducen los otros dos; porque el funcionario público sólo actúa como tal, sólo «es» funcionario público, cuando actúa dentro de los límites de su competencia y de acuerdo con las normas que rigen su función” (11).

También pueden inducirse ambos requisitos, competencia y formalidades, de preceptos concretos de la nueva Ley. Sin entrar en ellos, no podemos por menos de alabar los números 5.º y 6.º del artículo 317 —podían haberse refundido en un sólo apartado—, que consideran documentos públicos administrativos, en los que el requisito de la “competencia” adquiere una superior problemática, “los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones” (5.º), y “los que con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades” (6.º) (“los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones”, decía el anterior art. 596.3.º). Queda así aclarado que la “competencia” exigida por el artículo 1.216 del C.c., se integra por un abanico de competencias, entre las que además de las referentes al territorio, al fondo del asunto y a su documentación, se comprende la especial competencia para dar fe, para autorizar documentos públicos. En este sentido, el precedente de nuestro Código civil, el artículo 1.317 del Código de Napoleón, siguiendo a POTHIER, exigía para que el documento fuera público, que el oficial público autorizante tuviera el

(11) *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Comentario al artículo 1.216, tomo II, p. 329. Antes, en “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. XCVII-XCVIII, julio-diciembre 1977, p. 122.

“derecho de instrumentar”, “*le droit d’instrumenter*”, de autorizar instrumentos, de “atribuirles pública fe”, “*ad attribuirgli pubblica fede*” como más terminantemente aclaran los dos Códigos italianos (arts. 1315/1865 y 2699/1942).

POTHIER: “Les actes authentiques sont ceux qui sont reçus par un officier public, avec les solennités requises” (12).

FRANCIA, C.c. 1804, artículo 1.317, vigente: “L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé et avec les solennités requises”.

ITALIA, Codice vigente, 1942, artículo 2.699: “L’atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l’atto è formato”. (Codice 1865, art. 1.315: “L’atto pubblico é quello che é stato ricevuto colle richieste formalità da un notaio o de altro pubblico ufficiale autorizzato, nel luogo ove l’atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede”).

“El problema es muy grave –escribí en otro lugar (13)–, porque la simplista atribución de fe pública a todos los documentos emanados de cualquier funcionario administrativo competente respecto al fondo del asunto, pondría en penosa situación a los ciudadanos, a su libertad y seguridad; piénsese en la pléyade de inspectores, en todos los sectores imaginables, que tiene un Estado moderno; piénsese en los atestados de la policía gubernativa, o de la policía de tráfico, respaldados por el artículo 1.218 del Código civil”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil aclara, pues, en el sentido indicado, el más incoloro texto del Código civil.

2. Los documentos privados.

El C.c. no contiene un concepto de documento privado. Tampoco lo tenía la LEC de 1881. “Es laguna de la LEC, e importante –había dicho la Exposición de Motivos de los trabajos de los Profesores de Derecho Procesal que tan importante impulso dieron a la reforma procesal a principios de la década de los 70– no definir, o, mejor, describir el documento privado en confrontación con el público, que también se padece en el Código civil, siendo inexplicable, a diferencia de la extensa descripción que se hace de los documentos públicos. = Pero como, por otra parte,

(12) POTHIER, “*Traité des obligations*”, en Bugnet, M., *Oeuvres de Pothier*, II, núm. 730.1, p. 399.

(13) “Fe pública (D.º Civil)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. II, p. 3085. Anteriormente en “Escrituras, contraescrituras y terceros”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXII-II, 1981, pp. 283-86.

una definición del documento privado comprensiva de todas las especies que lo integran presenta muy serias dificultades, en una ley, se acude a la fórmula de determinarlo por vía de eliminación” (14). También, antes de la nueva Ley Procesal, MONTERO AROCA: “los documentos privados sólo pueden definirse negativamente: lo son todos los que no sean públicos. A esta no definición se llega ante la imposibilidad de caracterizar positivamente la gran variedad de documentos que han de incluirse en esta clase” (15).

El artículo 324 de la Ley 1/2000 ha pretendido subsanar esta omisión recibiendo –bajo la no muy coherente rúbrica de “clases de documentos privados”, pues como dice GUZMÁN FLUJA “en realidad no se realiza clasificación” (16)– y, en paralelismo con el artículo 317, “a efectos de prueba en el proceso”, el consabido concepto negativo de documento privado, tan difundido en la doctrina: “Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317”; esto es, todos los que no son documentos públicos.

El Borrador –art. 377– añadía, también de acuerdo con la doctrina dominante: “y los del número 1.º del mismo (art. 371, “los autorizados por notario”, que conservaban el primer lugar en la enumeración) que sean defectuosos por alguna falta de forma, si estuvieran firmados por los otorgantes”.

Estimamos acertada la supresión de este inciso final, aunque quizá sólo sea consecuencia de la recuperación del artículo 1.223 del Código, porque la calificación como documento privado de la escritura con defecto de forma es, cuando menos, precipitada, por mucho que se haya difundido a efectos escolares entre civilistas y procesalistas. Recordemos que el artículo 1.223 dice que “tendrá el concepto” de documento privado, no que “sea” documento privado. Piénsese en que hay nulidades subsanables; ejemplo, la omisión de la fe de conocimiento de los otorgantes es causa de nulidad del instrumento público (art. 27.3.º de la Ley del Notariado), pero no tratándose de testamentos puede subsanarse mediante acta en la que el mismo Notario que autorizó la escritura dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento (arts. 189.2 y 153.1 del Reglamento Notarial). ¿Puede sostenerse que ese documento público se convierte en documento privado desde el mismo acto del otorgamiento, y vuelve a convertirse en documento público cuando la omisión se subsana? Y sobre todo, porque la escritura nula por defecto de forma tiene una eficacia superior a la del documento privado, que tampoco es homogénea, sino dependiente de la causa de la nulidad.

(14) PROFESORES DE DERECHO PROCESAL de las Universidades españolas: *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Madrid, 1974, p. 74.

(15) MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996, p. 173.

(16) GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2393.

Después de la Ley, CREMADES MORANT, GARBERÍ y sus coautores, GÓMEZ COLOMER, GUZMÁN FLUJA y SACRISTÁN REPRESA incluyen entre los documentos privados a los documentos públicos defectuosos del artículo 1.223 C.c., mientras que para CORDÓN MORENO, “no es un supuesto de conversión formal”, pues el precepto “se está refiriendo, más bien, a la eficacia que se atribuye a la firma puesta en un documento” (17).

Para los profesores más que “definición” había una “descripción” “por vía de eliminación”; para MONTERO AROCA una “no definición”; y después de la Ley se insiste en calificarla de regla “negativa” (GARBERÍ LLOBREGAT *et al.*, GÓMEZ COLOMER), por “exclusión” (CORDÓN MORENO *et al.*), LORCA NAVARRETE, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, también GARBERÍ LLOBREGAT *et al.*), o “concepto residual” (SACRISTÁN REPRESA) (18); y siendo así, como evidentemente lo es, cabe preguntar por qué se ha introducido en la Ley esa definición, pues aunque no pueda decirse que considerada en sí misma sea errónea, lo es en sus consecuencias, porque “se unifican las especies de documentos”, como decían los profesores de Derecho Procesal (19), y por tanto se tratan unitariamente realidades distintas. Y así quedan ocultos, en la sombra, y sin la adecuada regulación, los más importantes documentos privados de la vida jurídica, los documentos privados “negociales”, que son a los que exclusivamente se refiere el artículo 1.225 del Código civil según la doctrina del Tribunal Supremo; y quedan además devaluados, porque toda equiparación tiene que hacerse necesariamente a la baja.

El artículo 1.225 C.c., según la recta interpretación del Tribunal Supremo, no se refiere a todos los documentos privados, sino sólo a los que contienen un acto o negocio jurídico que, además, han sido suscritos por las partes, según confirma el artículo 1.223; pueden verse las Ss. de 3.3.1990, 24.3.1992 y 10.10.1994.

Los documentos privados serán imposibles de clasificar, pero siempre cabe prestar la atención debida a aquellos tipos de documentos privados de mayor trascendencia.

(17) CORDÓN MORENO (*et al.*), *op. cit.* en nota 8, p. 1124. CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, p. 744. GARBERÍ LLOBREGAT (*et al.*), *op. cit.* en nota 3, p. 131. GÓMEZ COLOMER, *ops. cit.* en nota 3, *Derecho jurisdiccional*, p. 291, y *El nuevo proceso civil*, p. 302. GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2394. SACRISTÁN LLOBREGAT, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros (*et al.*), *cit.* en nota 2, p. 1535.

(18) CORDÓN MORENO (*et al.*), *op. cit.* en nota 8, p. 1130. GARBERÍ LLOBREGAT (*et al.*) y GÓMEZ COLOMER, *locs. cit.* en la nota anterior. LORCA NAVARRETE, *op. cit.* en nota 10, p. 688. SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros (*et al.*) *cit.* en nota 2, p. 1535. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *loc. cit.* en nota 3.

(19) *Loc. cit.* en nota 14.

3. Los documentos oficiales.

Otro defecto de la definición del artículo 324 es arrancar del axioma de que todo documento o es público o es privado, cuando la realidad presenta, como no podía por menos de ocurrir, categorías intermedias, según había puesto de manifiesto especialmente el Derecho penal con su concepto de los “documentos oficiales”.

Según la jurisprudencia penal, frente a los documentos públicos, “expedidos por quienes son depositarios de la fe pública”, serían documentos oficiales “los formalmente expedidos por las Administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas con el objeto de cumplir sus fines institucionales” y, también, en virtud de su “destino”, según la jurisprudencia más reciente, “las declaraciones escritas recepticias dirigidas por particulares a un organismo público u oficial, y susceptibles de producir efectos administrativos y resoluciones de tal clase, así como los documentos confeccionados ya *ab initio* con el fin o destino de su incorporación a un registro o expediente público u oficial” (20).

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento, a pesar de haber sentado el principio, ya examinado, de que en los documentos públicos administrativos el funcionario público autorizante tenía que ser competente para dar fe pública al documento (art. 317, 5.º y 6.º), había añadido a la enumeración de documentos públicos (art. 318 del Proyecto) un número 7.º, incluyendo “los documentos públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores y los demás documentos a los que las leyes otorguen el carácter de públicos”. De esta manera, inclinándose ante algunos preceptos legales, incluso del más alto nivel (piénsese en la Ley General Tributaria, de 28.12.1963, modificada en 1985, 1995 y 1998, arts. 133.5 y 145.2, y en la misma Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre, art. 46), admitía que en algunos supuestos fuesen documentos públicos los emitidos por funcionarios sin fe pública. Este número 7.º fue rectamente suprimido en el Informe de la Ponencia.

Pero el Proyecto contenía, además, una regulación de la eficacia probatoria de tales documentos administrativos que ha pasado al texto legal,

(20) Conf. BENEYTES MERINO, Luis (*et al.*), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo III, Trivium, 1997, pp. 3669-70, quienes, por el contrario, propugnan “la desaparición de la confusa dicotomía documento público-oficial” y postulan “la introducción de una única categoría restrictiva de documentos públicos que englobase sólo los expedidos en forma solemne y fehaciente por quienes tienen atribuidas dichas funciones” (p. 3669).

artículo 319.2, del que en su momento nos ocuparemos. Existen, pues, unos documentos que no son documentos públicos, dada su omisión en el artículo 317; que debieran ser por tanto documentos privados según el concepto negativo del artículo 324; pero que tienen una fuerza probatoria superior a la de éstos, y en manera alguna homogénea, regulada en el artículo 319 bajo la rúbrica, que no les pertenece, de “Fuerza probatoria de los documentos públicos”. Son los que, siguiendo la terminología del Código y la jurisprudencia penales –no su concepto exacto– han sido llamados por la doctrina procesal “documentos oficiales”.

“Ha de señalarse también –nos dice la E. de M., XI–, que determinados preceptos de diversas leyes atribuyen carácter de documentos públicos a algunos respecto de los que, unas veces de modo expreso y otras implícitamente, cabe la denominada «prueba en contrario». La presente Ley respecta esas disposiciones de otros cuerpos legales, pero está obligada a regular diferenciadamente estos documentos públicos y aquellos otros, de los que hasta aquí se ha venido tratando, que por sí mismos hacen prueba plena”.

“La noción de *documentos oficiales* –escribe ANDRÉS DE LA OLIVA–, cada vez adquiere mayor importancia. No se trata sólo de una categoría documental relevante en el Derecho penal (arts. 390 y ss. CP), sino de un tipo de documentos que se utiliza con creciente frecuencia en multitud de relaciones jurídicas, también de las correspondientes al orden jurisdiccional civil. Poseen muchas veces, los documentos oficiales, virtualidades probatorias que no son ni las del simple documento privado, ni las del documento público. Piénsese, en efecto, que muchos documentos oficiales no presentan las garantías formales de autenticidad ostensibles en un documento notarial, pero están provistos en cambio de algunos elementos (papel con membrete, sello, etc.), que les hacen surtir en juicio el efecto apetecido por quien los aporta, sin necesidad de compulsas con originales (si los hay disponibles), registros, etc. Es decir, tienen más fuerza que el documento privado y casi tanta como el público. En otros casos, distingue a los documentos oficiales una llamada «presunción de verdad» respecto de su contenido” (21).

También CORDÓN MORENO y sus coautores: “La LEC distingue en el artículo 319 dos tipos de documentos públicos a efectos de su eficacia probatoria: los comprendidos en el artículo 317, expedidos por quienes están facultados o habilitados para dar fe pública, y los no comprendidos en dicho precepto a los que las leyes otorgan el carácter de públicos (los llamados

(21) DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, pp. 334-35; seguido en parte por GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2370.

documentos oficiales del art. 319.2”; también, aunque sin emplear la denominación de documentos oficiales, SACRISTÁN REPRESA: “Se trata de documentos que, no teniendo la cualidad de públicos en el concepto del Código y en la enumeración de la LEC, reciben tal atributo en virtud del otorgamiento de «las leyes» (sólo un texto legal, por tanto, podrá conferir esa cualidad)”. En contra, CREMADES MORANT, respecto a los documentos administrativos no comprendidos en el artículo 317, 5 y 6 LEC, “más que de documentos públicos, habría que hablar de documentos oficiales” (22).

Los documentos oficiales tienen especial relevancia en la esfera administrativa, pero también se dan en los ámbitos judicial, registral y notarial; en éste, por ejemplo, son documentos meramente oficiales, pero no instrumentos públicos muchos índices, notas, partes, etc., que, en consecuencia, no van signados, sino que sólo se firman por el notario, a veces con media firma; lo mismo que hay también documentos puramente profesionales del notario (cartas, dictámenes, informes, recursos, etc.).

4. Los documentos mixtos.

Existen otras categorías intermedias entre los documentos públicos y los documentos privados, constituidas por un documento privado originario adicionado con una intervención pública ulterior. Así ocurre con los documentos privados judicialmente homologados, cuyos efectos no pueden confundirse con los de una sentencia firme, y en la esfera notarial con supuestos como los de documento privado protocolizado, con firmas legitimadas, etc.

No es este el momento de estudiar estos documentos, y más dada su diversidad. Solamente señalar su existencia y difusión, que confirma la negación del carácter absoluto u omnicomprensivo de la clasificación de los documentos en públicos y privados. E indicar que una dirección analítica, que diseccione en cada uno de sus tipos lo que hay de documento público y lo que hay de documento privado, en general resulta ajeno a la realidad y jurídicamente insuficiente, porque de la unión del documento adicionado –privado– y el documento adicionante –público– ha surgido una realidad nueva, un documento complejo, que no es ni público ni privado, sino que constituye una realidad distinta, cuyos efectos hay que explicar sintéticamente.

(22) CORDÓN MORENO, *op. cit.* en nota 8, p. 1121. CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, p. 744. SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros (*et al.*) cit. en nota 2, pp. 1524-25.

5. Los documentos negociales.

Solamente señalar mi extrañeza de que la LEC omita toda referencia a los documentos negociales españoles, públicos y privados, cuando se ocupa expresamente de los documentos públicos negociales extranjeros (art. 323.2). Frente a los documentos meramente probatorios, que son medios de la seguridad estática, cara al pasado, los documentos negociales, por los que se constituyen, modifican o extinguen relaciones de derecho, constituyen el alma de la vida jurídica como instrumentos de su desenvolvimiento en el futuro, y presentan muchos problemas específicos de capacidad, voluntad, declaración, etc..., y tienen también especial valor probatorio cuando expresan la declaración de voluntad –contra lo afirmado por ANDRÉS DE LA OLIVA– puesto que, sobre todo si se trata de escritura pública, hacen prueba plena de la declaración de voluntad, o al menos de su texto, con categoría de prueba directa.

DE LA OLIVA: “No puede dejar de subrayarse la importancia que, en punto a la eficacia del documento, presenta su contenido ... la principal distinción es la existente entre los documentos que incorporan *declaraciones de voluntad* y los que expresan *declaraciones de conocimiento*. No es que, según su contenido, sea mayor o menor su fuerza probatoria, sino que tendrá mayor o menor eficacia jurídica lo probado. Si se trata de una declaración de voluntad, apreciada la autenticidad del documento, la prueba de lo declarado debe surtir los efectos jurídico-negociales propios del caso (según la vigencia de la autonomía de la voluntad, las disposiciones legales aplicables, etc.). Cuando el documento materialice una declaración de conocimiento, la determinación de su autenticidad conducirá a tener como cierta la declaración, con el contenido de que se trate, pero no necesariamente a considerar verdadero lo *declarado*” (23).

III. La prueba documental

Pueden los documentos tener muy variadas eficacias, sustantivas (creación, modificación o extinción de derechos, de naturaleza personal o real) o procesales (ejecutiva, prelativa), etc., pero por el mismo carácter duradero de su corporalidad –materia más gráfica–, los documentos tienen siempre una eficacia probatoria, que puede ser única.

Dos conjuntos de cuestiones abarca principalmente la prueba en juicio mediante documentos, públicos y privados: su admisibilidad como medios de prueba, y su valor para probar su contenido. En el primer esta-

(23) DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, pp. 338-39.

dio, el documento –su autenticidad– no es el “medio”, sino el “objeto” de la prueba; el segundo estadio, que constituye la verdadera prueba documental, consiste en la prueba del contenido del documento mediante el documento mismo, como “medio” de esa prueba. Ambas cuestiones son confundidas lamentablemente en la nueva Ley, según en su momento veremos.

GÓMEZ ORBANEJA: “en la prueba documental el documento no es el *objeto*, sino el *medio* de la prueba. Porque prueba documental es únicamente la del *contenido* del documento, el probar mediante ese contenido”; “no es prueba documental –aun cuando para la prueba documental se haga– la prueba de la *autenticidad* del documento ... En este caso, el documento figura no como fuente de prueba, o medio para probar «otro» hecho, sino como el tema mismo de la prueba, y la prueba que se hace –aunque regulada especialmente– es, o confesión, o inspección judicial. Lo mismo se hace con la prueba de la copia, o documento del documento (art. 1.220 C.c.)” (24).

“No constituyen «prueba documental» –dice por su parte VILLAGÓMEZ CEBRIÁN– los documentos a que se refiere el artículo 264. Se trata de documentos «procesales», es decir, dirigidos a acreditar un presupuesto procesal mientras que la «prueba documental» debe entenderse exclusivamente referida a las pretensiones de fondo o materiales” (25). Recuérdese la diferencia entre concepto de documento y concepto de prueba documental, al principio indicada.

A) Los documentos públicos.

1. *La presentación* de los documentos públicos en juicio, regulada en los artículos 318, 267 y 265.2 LEC, comporta *su admisibilidad* como medios de prueba auténticos, impuesta por su misma naturaleza pública; en frase de DUMOULIN, que ha devenido tópica, “*scripta publica probant se ipsa*” (26), los documentos públicos se prueban ellos mismos, puesto que, como escribe CREMADES MORANT, “*hacen prueba de su autenticidad*” (27); los procesalistas clásicos llamaban a la prueba por instrumentos públicos “*probatio probata*”, prueba probada. Por tanto el artículo 318, al regular el modo de producción de la prueba por documentos públicos, comienza disponiendo que “los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319”.

(24) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, con Vicente Herce Quemada, I, 8.ª ed., Madrid, 1976, p. 340.

(25) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *op. cit.* en nota 3, p. 39.

(26) MOLINEO, Carlos, “*Commentarii in Consuetudines Parisiensis*”, en *Molinaei... Opera quae extant omnia*, Tomus Primus, Lutetiae Parisiorum, Sumptibus Roberti Fovët, M.DC.XXXVIII, cols. 1740+Index; conf. p. I-VIII.

(27) CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, p. 743.

La aportación de los documentos públicos al proceso se puede hacer “en original o por copia o certificación fehaciente” (art. 318), “por copia simple” cuya autenticidad no fuere impugnada (arts. 267 y 318) o, si la parte no dispusiere de ellos al presentar su demanda o contestación, designando el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren (art. 265.2).

La LEC facilita así –quizá en exceso– la aportación de los documentos, pues en rigor no cabría la aportación por copia o certificación fehaciente tratándose de documentos que conforme a su ley de circulación deben presentarse en original, sin que el traslado, por fehaciente que sea, tenga efecto sustitutorio; la copia simple debería haberse rechazado, pues la falta de impugnación no constituye prueba, sino exención de prueba (art. 281.3.º), o al menos podría haberse adoptado la norma contenida en el artículo 268.2 respecto a la presentación de documentos privados por copia simple, que luego veremos.

Pero esta admisión del documento público puede ser lógicamente *impugnada*, y para tal supuesto la LEC regula el cotejo o comprobación de las copias, certificaciones o testimonios con sus originales (art. 320), *comparatio literarum* que es una variedad de la prueba pericial (art. 349), mediante la que se resuelve la querella de falsedad civil de la copia de un documento público por falta de concordancia con su matriz.

La regulación procesal guarda conformidad con la del artículo 1.220 del C.c., a la que añade la facultad del tribunal para imponer una multa al impugnante si a su juicio la impugnación hubiese sido temeraria.

Son normas complementarias el testimonio o certificación incompletos (art. 321), la impugnación de los documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación (art. 322), y la de los documentos públicos extranjeros (art. 323) que no introduce modificaciones respecto del Borrador y Anteproyecto; no voy a repetir las críticas que formulé en la citada conferencia desarrollada en esta misma Academia, que no sirvieron para nada.

2. *Eficacia probatoria. Los artículos 319.1 LEC y 1.218 C.c.*

La verdadera prueba documental consiste, según vimos, en la prueba del contenido del documento por el documento mismo; en la eficacia de los documentos –ahora de los documentos públicos– para probar su contenido. Dejemos sentado, de entrada, que se trata de una prueba valorada por la ley; de una “prueba legal”; baste con recordar, *a contrario*, lo que dispone el artículo 752.2 respecto de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

CORDÓN MORENO (*et al.*) “La prueba documental es una prueba de valoración legal: sin discusión, cuando se trata de documentos públicos”.
LORCA NAVARRETE. “la fuerza probatoria de los documentos públicos na-

cionales... es legal... vincula al órgano jurisdiccional en el momento de pronunciar sentencia” (28).

La precedente LEC de 1881 no contenía norma alguna sobre esta eficacia probatoria de los documentos públicos que, en consecuencia, venía remitida al C.c., al fundamental artículo 1.218 y sus complementarios, especialmente 1.219, 1.224 y los referentes a las copias, continuamente aplicados por la jurisprudencia a la prueba procesal. La nueva Ley, 1/2000, cambiando de sistema, dicta un precepto especial sobre la materia, el artículo 319.1, que como decíamos al principio coexiste con aquellos antiguos preceptos del C.c., especialmente con el 1.218, que en general guardan armonía con el introducido por la LEC, sin que haya razón alguna para dejar ahora de aplicarlos a la prueba procesal; son normas que recíprocamente se complementan; pero prevaleciendo en cuanto a la prueba procesal, si llegare a presentarse contradicción entre ellos, la norma especial de la LEC. Recordémoslos y procedamos a compararlos, manteniéndonos en las reglas generales, sin entrar en la materia de usura (art. 319.3), ni en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 752.2).

El nuevo *artículo 319.1 LEC* dispone: “Fuerza probatoria de los documentos públicos. 1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los casos 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”.

La referencia que hace el precepto a los documentos públicos “comprendidos en los números 1.º al 6.º del artículo 317” es sólo una reliquia de la ya señalada preexistencia en el Proyecto de Ley de un número 7.º, relativo a los documentos administrativos expedidos por funcionarios públicos sin fe pública; al suprimirse este número 7.º hubiera bastado una referencia al artículo 317 en su totalidad, sin concretarla a los números 1.º al 6.º, que hoy son los únicos que tiene.

Y por su parte el *artículo 1.218 C.c.* dice:

“Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

(28) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1120; LORCA NAVARRETE, *op. cit.* en nota 10, p. 679.

La armonía entre ambos preceptos suele ser reconocida por la doctrina. CORDÓN MORENO (*et al.*), “el precepto del artículo 319.1 viene a decir lo mismo que el artículo 1.218 C.c.”. SACRISTÁN REPRESA, “tampoco parece que vayan a plantearse enfrentamientos serios entre ambas disposiciones”. Expresa reticencias, por ejemplo, CREMADES MORANT, “al mantenerse el artículo 1.218... podrá provocar problemas hermenéuticos en la aplicación” (29).

a) Ambos preceptos coinciden al afirmar que los documentos públicos hacen “*prueba*”, lo cual es lógico en la Ley Procesal, que regula los documentos “a efectos de prueba en el proceso” (art. 317), pero no lo es tanto en el C.c., aunque se explique por su colocación sistemática, pues éste debería tener sobre todo en cuenta el ámbito extrajudicial, así como otros tipos de eficacia distintos de la probatoria. Quizá hubiera sido preferible, por ello, que el Código hubiera conservado la expresión de que los documentos públicos hacen “*fe*” que utilizaba el Proyecto de 1851, concordante con numerosos Códigos extranjeros y con nuestra Ley del Notariado (30), porque aunque en su origen “*fides*” equivale a “*probatio*”, actualmente se emplea la expresión de “*fe pública*” en un sentido amplio, alusivo a toda la eficacia jurídica del documento público (31).

b) Pero mientras el artículo 1.218 C.c. se limita a decir que los documentos públicos “*hacen prueba*”, el artículo 319.1 LEC califica esta prueba de “*plena*”.

Se podría pensar que lo lógico hubiera sido que, precisamente al contrario, el Código civil hablara de prueba “*plena*”, y la Ley de Enjuiciamiento Civil omitiera tal calificativo, puesto que los documentos públicos surten prueba plena en la esfera extrajudicial, a que está especialmente dedicado el Código civil, pero no en la esfera judicial, sobre todo en los juicios declarativos, a los que está exclusivamente dirigida la normativa procesal; porque la falsedad y la nulidad, y cualquier otra ineficacia de los documentos públicos puede declararse en vía judicial y sólo en ella. Pero a mi parecer de esta crítica solamente se puede sacar una conclusión, por otra parte obvia, de que la “*plenitud*” no puede significar que la prueba derivada del documento público sea inimpugnable en cuanto a su contenido. Su carácter pleno, más que a su propia eficacia, parece estar dirigida a proteger la prueba documental pública frente a su impugnación basada en otros medios de prueba, exigiendo a éstos una especial consistencia, que tampoco puede ser igual en todos los supuestos.

(29) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1123. CREMADES MORANT, *loc. cit.* en nota 27. SACRISTÁN REPRESA, *loc. cit.* en nota 7.

(30) Conf. mi conferencia “El documento en el Código civil”, IV, 12, b); pronunciada en esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 3.4.1989, publicada por la misma RAJL, *Curso 1988-89*, núm. 21; en la *RDNot*, CXLIII, enero-marzo 1989, pp. 225-338; y en mis *Escritos Jurídicos*, III, pp. 15-102.

(31) Conf. mi “*Fe pública*”, citada en nota 13.

Ambos Cuerpos legales son plenamente conscientes de sus respectivas posturas: el Código civil también decía prueba “plena” en su edición primitiva, la de 1888, en concordancia con todos sus precedentes y con muchas normas de Derecho comparado, pero el adjetivo fue suprimido en la edición reformada, la de 1889; y la LEC reitera numerosas veces la calificación de la prueba como “plena” al tratar de la prueba documental pública, y de la privada, y pone especial cuidado en marcar la diferencia con aquellos otros documentos u otros medios de prueba que no hacen prueba plena, sino que pueden ser “desvirtuados” por otros medios de prueba o han de ser apreciados por los tribunales conforme a las “reglas de la sana crítica”, o incluso formando “libremente su convicción”.

El Código civil, edición primitiva, decía prueba “plena” en los dos párrafos de su artículo 1.218; en coincidencia con todos sus proyectos (prueba “completa” en el de 1821, y prueba “plena” en los de 1836, 1851 y 1882-1888); y lo hacía en concordancia con muchos Códigos extranjeros de la época, especialmente el francés de 1804, “pleine foi” (art. 1.319); el italiano de 1865, “piena fede” (art. 1.317); y el portugués de 1867, “prova plena” (art. 2.426), etc.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 reitera el concepto de prueba “plena” respecto de los documentos públicos en los artículos 320.1 (cotejo o comprobación), 321 (testimonio o certificación incompletos), 322.1.º (documentos no susceptibles de cotejo o comprobación), y 323.2.1.º (documentos públicos extranjeros). También en el artículo 326.1 respecto de los documentos privados cuya autenticidad no ha sido impugnada. Todo ello en contraposición a lo que dispone respecto de los documentos administrativos expedidos por funcionarios públicos sin fe pública (art. 319.2, “salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”) y en los casos de usura (art. 319.3, “los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción”). Y también en contraposición a las “reglas de la sana crítica” a que acude muchas veces, en otros casos o en cuanto a otros medios de prueba (art. 316.2, interrogatorio de las partes o de las personas a que se refiere el art. 301.2; art. 326.2, documentos privados de autenticidad impugnada y no comprobada; art. 334.1, copias reprográficas no cotejadas; art. 348, valoración del dictamen pericial; art. 376, valoración de las declaraciones de los testigos; art. 382, valoración de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes; art. 384, valoración de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso).

A pesar de ello, no creo que exista “una diferencia sustancial entre lo preceptuado en el Código Civil y la Ley Rituaria”, como estima MORENO NAVARRETE (32), puesto que la palabra “prueba” del Código –“hacen

(32) MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 350.

prueba”— no viene referida al “medio” de prueba, sino al “resultado” probatorio obtenido, lo que se compagina mejor con la plenitud de la prueba.

Pero lo cierto es que en materia de prueba procesal no se habían sacado todas las consecuencias de la dicción del Código civil, y es lógico pensar que la nueva Ley de Enjuiciamiento ha pretendido algo al calificar de “plena” la prueba documental pública; que, en principio, ha querido incrementar la eficacia probatoria procesal de los documentos públicos, devaluada en la doctrina y en la jurisprudencia, a pesar del “hacen prueba” —quedan probados— del Código civil; que, en concreto, ha querido corregir aquellas direcciones jurisprudenciales y doctrinales para las que la prueba documental pública era considerada como un medio más de prueba, un medio de prueba igual a todos los demás, ya de manera directa o mediante la apreciación conjunta de las pruebas.

Habrán de entenderse rectificadas, a mi parecer, afirmaciones como las siguientes:

STS de 30 de octubre de 1998 (Sala 1.ª): “El documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí sólo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo respecto del hecho del otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencias, por ejemplo, de 24 de mayo, 15 julio, 30 septiembre y 27 noviembre 1985; 7 julio 1986 y 10 octubre 1988), porque esta prueba no es necesariamente superior a otras (Sentencias de 25 junio 1983; las citadas de 27 noviembre 1985 y 7 julio 1986 y 18 junio 1992)”.

CREMADES MORANT (con posterioridad a la Ley): “En fin, ha de recordarse que en todo caso no tienen valor privilegiado cuando concurre con otras pruebas que, contrastadas con el documento público y apreciadas en su conjunto, desvirtúan su fuerza probatoria” (33).

Prueba “plena” quiere decir, ante todo, que también en la esfera judicial los documentos públicos llevan consigo una “presunción de veracidad” (STS 6.10.1984), “la presunción de su realidad y validez” (STS 20.2.1943 y 24.3.1961); de manera que quien ataca el documento público tiene la carga de la afirmación y la carga de la prueba. O, como escribe SACRISTÁN REPRESA, “prueba plena, en definitiva, supone que el documento público aportado al procedimiento «además de su legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, por sí sólo y sin ningún otro elemento demostrativo, y sin precisar interpretaciones o deducciones» (STS 4.2.1986) acredita los contenidos señalados en la ley” (34).

(33) CREMADES MORANT, loc. cit. en nota 27.

(34) SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.*, cit. en nota 2, p. 1522.

Si quisiéramos concretar más, tendríamos que descender al examen de las distintas parcelas del documento público y a los diversos tipos de impugnación (declaraciones del funcionario público autorizante y declaraciones de los particulares, unas y otras en la esfera de los hechos y en la esfera del derecho; querellas y tachas), lo que resultaría imposible como dije al principio en los límites temporales de mi intervención. No es cosa tampoco de detenerse en rechazar ahora la apreciación conjunta de la prueba –“nefasta jurisprudencia”, en expresión de SERRA; “justamente criticado expediente”, para MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (35), especialmente utilizado para desvirtuar la prueba legal–, porque la Constitución dispone que “las sentencias serán siempre motivadas” (art. 120.3), sin distinguir entre hechos y fundamentos de Derecho, y este camino siguen, como no podía ser menos, el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el 209 de la nueva LEC, de manera que para quitar eficacia a la prueba documental pública la sentencia tendrá que explicar por qué pruebas concretas y por qué razones lo hace (36).

La plenitud de esta prueba no deja indefensa a la otra parte, que podrá en su caso impugnar el documento público por falta de verdad (querella de falsedad, penal o civil); o tacharle de nulidad, formal o sustancial; de simulación, absoluta o relativa; falta de integridad o de actualidad, etc.; y proponer las pruebas contrarias o contrapruebas que en su caso procedan.

c) Parece que hay fundamental coincidencia entre ambos preceptos respecto *al ámbito objetivo* a que se refiere esa prueba documental; el “hecho, acto, o estado de cosas que documenten”, dice la norma procesal; el “hecho que motiva su otorgamiento”, se expresa el precepto civil; coincidencia, prescindiendo ahora de los detalles concretos, entre el *hecho documentado* y el *hecho que motiva el otorgamiento del documento*.

SACRISTÁN REPRESA: “el «hecho» y el «acto» que se documenten pueden perfectamente identificarse con «el hecho que motiva el otorgamiento»”. GUZMÁN FLUJA: “éste párrafo (el 1.218.1 C.c.) debe ser reconducido ahora, tras la entrada en vigor de la LEC, al artículo 319.1 de dicho cuerpo legal, puesto que ambos preceptos se refieren a la misma realidad y al mismo contenido, pese a que se quieran buscar discrepancias” (37).

(35) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, comentario al artículo 1.692, en los *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Ley 34/1984, de 6 de agosto de 1984*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 848. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, en el *Derecho Procesal Civil* con Andrés de la Oliva, II, Barcelona, PPU, 1988, p. 520.

(36) Conf. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo”, *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núms. 1-3, pp. 129-74.

(37) GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2369. SACRISTÁN REPRESA, *loc. cit.* en la nota 34.

El precepto civil tiene una ventaja inicial sobre el procesal, al poner de manifiesto que no tiene esa eficacia probatoria el contenido íntegro de un documento público, sino sólo el “acaecimiento básico” que en él se refiere, como decía GUASP, y actualmente CORTÉS DOMÍNGUEZ (38) —o en plural, los acaecimientos básicos, siempre que no se exija la unidad de asunto—, pero no a las otras menciones complementarias que el documento deba o pueda contener.

Por ejemplo, la inscripción de defunción “hace fe de la muerte de una persona, y de la fecha, hora y lugar en que acontece” (art. 81 Ley Registro Civil), aunque contenga —y deba contener— otra serie de menciones, de las que en su caso harán fe las inscripciones de nacimiento y de matrimonio del difunto, pero no la de su defunción.

Pero ese “hecho que motiva su otorgamiento”, que mueve a la autorización del documento —“otorgamiento” y “autorización” no habían adquirido en los tiempos del C.c. los rigurosos conceptos técnicos actuales; conf. el primitivo art. 665—, tiene otro sentido, que actualmente resulta indispensable ante la constante proliferación de documentos públicos, en buena parte originada por las diversas posibilidades de actuación de sus funcionarios autorizantes, que da lugar a distintos documentos públicos “típicos”; porque el hecho jurídico a que se refiere el documento puede ser recibido en su totalidad, o solamente en alguno de sus aspectos. El notario, por ejemplo, de conformidad a las normas que rigen su función y a la rogación de las partes, puede respecto de un mismo hecho autorizar una escritura, un acta, legitimar unas firmas, protocolizar un documento privado, expedir una copia, etc.; los documentos que su actuación produce son todos documentos públicos, pero el “hecho que motiva su otorgamiento”, y por tanto sus respectivos efectos, son bien distintos. La jurisprudencia, para poner otro ejemplo, viene distinguiendo el documento como medio específico de prueba, de los otros medios de prueba (interrogatorio de las partes y de los testigos, dictamen de peritos, reconocimiento judicial), documentados en el proceso, en general, mediante las correspondientes actas, autorizadas por el secretario judicial; y radicalizando sus expresiones, ha llegado a decir que esas pruebas documentadas no son documentos; ciertamente son documentos, pero el “hecho que motiva su otorgamiento” consiste en la documentación de esos otros medios de prueba, sin alterar su naturaleza, por lo que continúan rigiéndose

(38) GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, 2.^a reimpresión de la 3.^a edición (1968), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, tomo I, 403; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 294.

se por las normas específicas del medio de prueba de que se trate, sometidos, pues, a las reglas de la sana crítica.

A este “hecho”, documentado, o que motiva el otorgamiento, añade la nueva Ley Procesal otros dos términos que el Código civil omite, los de “acto” y de “estado de cosas” documentados. El de “acto” concuerda, entre otros preceptos, con el artículo 1.º de la Ley del Notariado, y sin dificultad puede considerarse incluido en el artículo 1.218 C.c., pues “hecho” es un término más amplio, genérico, que comprende el “acto”, lo mismo que el “hecho” y el “acto” comprenden el “negocio”; el “acto” no figuraba en el borrador, y merece acogida favorable, aunque como vemos no fuera indispensable. La expresión “estado de cosas”, plantea más dificultades.

d) En efecto, el sentido del “estado de cosas” documentado, incluido en el ámbito objetivo de la prueba plena de los documentos públicos, no es tan fácil de explicar; la expresión aparece ya en el primitivo borrador (art. 373), se mantiene a todo lo largo del *iter* legislativo, sin que éste nos ayude a precisarla, y se repite en el texto legal respecto de los documentos autorizados por funcionarios administrativos sin fe pública (art. 319.2); queda así demostrado que su inclusión no fue casual, sino que estuvo bien meditada.

La doctrina no ha prestado demasiada atención a la novedad, salvo SACRISTÁN REPRESA, que la ha estudiado con detención (39), a fin de rechazar que por su mediación se haya extendido la prueba legal del documento público a la totalidad de su contenido.

Esta expresión “de nuevo cuño” –nos dice SACRISTÁN REPRESA–, “puede ser problemática”, si “pretende dar una dimensión a la prueba legal de los documentos públicos mucho mayor que la existente en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil”, de manera que según ella “la fuerza probatoria alcanza a todo lo que aparezca en el documento”.

Esta interpretación podría partir del concepto de “estado de cosas” que nos da el Diccionario de la Real Academia Española (1992), “conjunto de circunstancias que concurren en un asunto determinado”; en una escritura pública de compraventa, por ejemplo, el “estado de cosas” se referiría “a circunstancias como el precio, y a la circunstancia de que fue pagado con anterioridad”; ¿habrá querido la LEC extender a tales circunstancias la fuerza probatoria que el instrumento público sólo tenía respecto al acto del otorgamiento y su fecha?

(39) SACRISTÁN REPRESA, Guillermo, pp. 340-43 de “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Curso “La prueba”, en el Ciclo “Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Consejo General del Poder Judicial, mayo de 2000 (*Cuadernos de Derecho Judicial* VII, 2000, pp. 317-70); y pp. 1522-24 de los Comentarios coordinados por Fernández-Ballesteros *et al.* citados en nota 2.

La finalidad concreta de la innovación podría consistir en impedir la continuidad de una línea jurisprudencial formulada en la STS de 7.10.1994 (reiterada en las de 12.2.1991, 14.10.1993, 4.2.1994 ó 6.6.1995) con las siguientes palabras: “el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y, por sí sólo, no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al órgano judicial sólo respecto del hecho del otorgamiento y de su fecha, de tal manera que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación en otras pruebas”.

En esta dirección jurisprudencial “hay dos aspectos perfectamente separables: por un lado la valoración conjunta como elemento que se impone a la prueba plena del documento público, y por el otro la delimitación relativa a qué se refiere aquella plenitud”. Si la innovación se reduce a rechazar aquella valoración probatoria conjunta, sería “asumible”, mas la cuestión se referiría a la “motivación de las resoluciones judiciales”. Pero no “si entendiéramos —en el segundo aspecto— la valoración legal del contenido íntegro de un documento público con carácter de totalidad”, pues “cabe prueba en contrario sobre todo aquel contenido al que no alcanza la fe de quien tiene atribuida por ley esa función”.

Por mi parte, estimo que la novedad introducida en este punto por la nueva LEC no se refiere a la eficacia, plena, de los documentos públicos, ni al ámbito objetivo que esa plenitud comprende, aunque quizá afecte a algún concepto de documento, el que considera la “escritura” como forma esencial de su grafía. ANDRÉS DE LA OLIVA, en efecto, cita la expresión “estado de cosas” al referirse a un concepto “más amplio” de documento utilizado por algunos autores “a fin de acoger dentro de la prueba documental objetos que sí pueden aportarse al proceso y que consisten en papel o material similar —fotografías que no sean de documentos; planos; etc.—, aunque no incorporen pensamientos humanos, sino *estados de cosas*, como el aspecto de un terreno, la distribución de una vivienda, las operaciones aritméticas pertenecientes a las cuentas del cliente de un establecimiento bancario, la radiografía de la columna vertebral de un litigante, y similares” (40). Y quizá la expresión no sea tan de nuevo cuño como piensa SACRISTÁN REPRESA, porque dicho párrafo, con la misma expresión de “estado de cosas” se contenía en una obra anterior a la Ley del citado ilustre procesalista (41), por lo que pienso que en ésta o en alguna otra obra del mismo o de otro autor podría estar el origen de la expresión “estado de cosas”, y explicarse su sentido.

e) También coinciden la Ley Procesal y el Código civil en la extensión de la eficacia probatoria de los documentos públicos a su “*fecha*”,

(40) DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 333.

(41) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, en el *Derecho Procesal Civil* con Miguel Ángel Fernández López cit. en nota 35, II, p. 315.

añadiendo aquella, aunque fuera innecesario, que se trata de la fecha en que se produce la documentación, la actuación pública, que en ciertos supuestos es posterior a la fecha del acto documentado, sin que ésta resulte probada por ella. También tiene fuerza probatoria plena la expresión del “lugar” en que la documentación se realiza (anteriormente llamada “fecha tónica”), así como las declaraciones fácticas que haga el funcionario autorizante dentro de su oficio.

f) Hay aspectos en que el artículo 319.1 de la LEC puede desempeñar esa labor de *completar el artículo 1.218 C.c.*, ayudando a suplir fuera de su ámbito procesal algunas de sus omisiones.

En este sentido, los documentos públicos hacen prueba de la *identidad de los fedatarios* respectivos, según se cuidan de consignar algunos Códigos civiles modernos, como el italiano de 1942 –art. 2700. “*Efficacia dell’atto pubblico. L’atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato*”–; toda la fe del documento público le ha sido dada por su autor, y si la autenticidad del autor no quedara establecida por el mismo documento, toda la fe del documento desaparecería; la consignación de este extremo por la LEC supone por tanto una petición de principio, porque la identidad del fedatario público autorizante, más que un efecto probatorio del documento público, es la causa de la admisión de ese documento como medio de prueba en el proceso y de toda la eficacia probatoria que en él desarrolla.

Añade el artículo 319.1 que también el documento hace prueba plena de la *identidad de las demás personas que, en su caso, intervengan en la documentación*, como ocurre ante todo con los otorgantes, lo que igualmente ayuda a completar el artículo 1.218 C.c. siempre que, de conformidad con las normas formales que regulan cada tipo de documento público, el funcionario público autorizante tenga como misión esa identificación, con independencia de que deba o no consignarla expresamente en el documento.

g) Tratándose de las escrituras públicas, el “hecho que motiva su otorgamiento” es el acto o contrato que contienen, aquél cuyas declaraciones de voluntad se hacen mediante tales escrituras; así resulta del artículo 1.º.1 de la Ley del Notariado: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”; es decir, el funcionario público autorizado para dar fe de las *declaraciones de voluntad* de los otorgantes –de su consentimiento–, que se produce coetáneamente, en la fecha que el documento expresa y en presencia del notario, por escrito, en el documento mismo, y por medio de él.

En virtud del principio de libertad de forma del artículo 1.278 del Código civil, “los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado”, y en consecuencia, si el consentimiento puede exteriorizarse hasta por silencios, por gestos, por hechos concluyentes, etc., también puede serlo por escrito, en documento privado, o en escritura pública, que es la forma notarial de la declaración de voluntad (42), sin necesitarse una previa o simultánea manifestación oral, ni expresa ni tácita. La “declaración” no la necesita, entre nosotros, nada menos que desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348, “e non pueda ser puesta excepción que non fué fecha estipulación”, pues en la escritura pública la declaración de voluntad se hace también por escrito, con la firma. Y el “texto declarado”, que ya en muchos casos era escrito en el Derecho romano, lo es siempre en la escritura pública desde la Pragmática de Alcalá de 1503 que ordenó que todas las escrituras se redactaran “por extenso”.

Una consecuencia práctica nos interesa ahora especialmente resaltar; si el texto contractual se hace siempre en la escritura por escrito, nada pueden añadir ni quitar a ese escrito –dejando a un lado las cuestiones de su interpretación o de su falsedad–, ni las partes, ni los testigos; ni el mismo notario autorizante, que en tiempos “alargaba” o “extendía” en la carta lo que sucintamente había escrito en la nota. Por ello carece de fundamento alguna práctica judicial de llamar al notario a declarar como testigo; y no sólo en razón de que el notario no es testigo, de que materialmente no puede acordarse de lo que se hablara durante la documentación de tantos y tantos negocios, o de su secreto profesional, sino porque no tiene relevancia alguna lo que entonces se dijera, sino sólo el texto que se firmó, por lo que su declaración sería inútil (art. 283.2 LEC).

Están por ello acertados el Código francés (art. 1.341.1: “no se recibirá ninguna prueba de testigos contra o fuera del contenido de los documentos, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de ellos”), y los preceptos similares de los Códigos italianos (1341/1865; 2721/1942) y de nuestro proyecto de 1851 (art. 1.220.3); y más acertado todavía el artículo 992 del Código civil argentino: “Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él...”; porque no se trata de limitaciones, que entre nosotros casi no existen, a la admisibilidad de la prueba de testigos, sino de la eficacia documental. En otro caso la prueba del documento público dejaría de ser “plena”, y toda la seguridad jurídica negocial se vendría abajo.

(42) Conf. mi “La forma notarial de la declaración de voluntad”, conferencia pronunciada el 29.4.1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 30, abril-junio 1999, pp. 199-227.

h) Las declaraciones sobre hechos pasados que hagan en el documento las partes o alguna de ellas, esto es las *declaraciones de ciencia*, harán prueba “contra” los declarantes respectivos, conforme al artículo 1.218.2: “También harán prueba (los documentos públicos) contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

El precepto ha originado dudas; algunos autores han creído que se refiere a las declaraciones de voluntad, pero éstas surten efecto “entre” –no “contra”– los contratantes y sus causahabientes, y sus efectos están regulados en el párrafo primero del artículo 1.218, y no en el segundo. Aquí se trata de las declaraciones, manifestaciones o enunciaciones –declaraciones de ciencia, no de voluntad–, relativas a “hechos o circunstancias que entonces (al tiempo del otorgamiento de la escritura) no se hacen ni se disponen, sino que solamente se relatan”, como ya expuso DUMOULIN (43), por ser pretéritas o, en general, extrañas al hecho que motiva el otorgamiento del documento, aunque conexionadas con el negocio que el documento contiene. El artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento nada dice al respecto, ni podía decirlo, al haber convertido la confesión judicial en interrogatorio de las partes y derogado los artículos del Código civil que regulaban la confesión extrajudicial; el subsistente artículo 1.218.2 viene, pues, a complementar las disposiciones de aquella.

i) El artículo 319.1 LEC guarda silencio sobre el *ámbito subjetivo* en que puede actuar la fuerza probatoria de los documentos públicos, sencillamente porque sólo los considera como medios de prueba en un proceso, y por tanto entre las partes de ese proceso. Pero quien es “parte” en un proceso puede ser “tercero” respecto al documento que en el proceso se quiere utilizar como medio de prueba contra él, o que él quiere producir contra la otra parte procesal; y el artículo 1.218, primero como norma de eficacia, y seguidamente como norma probatoria para tal eficacia, dispone que los documentos públicos hacen prueba “aun contra tercero”; de manera que los efectos documentales o de índole formal que proclama, y como consecuencia los probatorios, tienen lugar “entre partes” y “respecto de terceros”, que a su vez pueden actuar tanto “en contra” de los terceros (“oponibilidad”; C.c., arts. 1.219, 1.227, 1.280.1.º, 2.º, 3.º y 5.º, 1.526), como “a favor” de los terceros, de algunos terceros (“utilizabilidad”; C.c., arts. 1.219, escritura primordial, y 1.280, 5.º y 6.º) (44).

“El instrumento público –decía ya nuestro COVARRUBIAS–, es igual-

(43) DUMOULIN, “quoad facta vel circumstantias quae tunc non fiunt nec disponuntur, sed tantum recitantur”, loc. cit. en nota 26.

(44) Puede verse mi “Escrituras, contraescrituras y terceros”, citada en nota 13.

mente público *erga omnes*... también en cuanto a cualesquiera extraños, y los instrumentos públicos se prueban también a sí mismos respecto de cualesquiera extraños” (45). Los documentos públicos son, pues, oponibles a los terceros, y en el proceso pueden producirse conforme a las reglas generales, contra aquella parte procesal que no fue parte en el documento, ni en el acto o contrato que el documento contiene, aunque claro es que los efectos obligatorios solo se producen entre las partes (art. 1.257 C.c.). Pero hay supuestos excepcionales en que un documento público no es oponible a los terceros; recordemos especialmente los casos de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria sobre los documentos no inscritos y del artículo 1.219 del Código civil sobre las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados que no reúnan determinados requisitos; estos documentos públicos no pueden admitirse como medio de prueba contra quien es parte en un proceso, pero extraño al documento mismo, ya que la prueba sería inútil (art. 283.2 LEC), a no ser que se discuta precisamente la cuestión de la oponibilidad.

También producen los documentos públicos, positivamente, efectos en beneficio de terceros; no ya de cualesquiera terceros, sino de aquellos terceros que han procedido confiados en la apariencia documental, y para los cuales el negocio de las partes contenido en el instrumento ha sido realizado entre esas partes, y lo ha sido precisamente en la fecha y en los términos que el instrumento dice; estos terceros tienen derecho a utilizar tales documentos, y quedan a cubierto de las tachas de falta de integridad del documento y de insinceridad de las declaraciones negociales, lo que les proporciona una base firme para el ejercicio de sus propios derechos.

Es preciso advertir que la jurisprudencia se ha apartado en ocasiones de la doctrina expuesta en tema de retracto legal, negando su procedencia respecto a escrituras de compraventa con simulación absoluta (S. 25.4.64, retracto de coherederos) o con simulación relativa de la naturaleza del negocio (Ss. 16.9.56, retracto de abolorio en Aragón, y 26.5.82, retracto de comuneros, ambos con donación disimulada; y S. 7.10.64, retracto foral de Vizcaya, en que la compraventa disimulaba una sociedad civil particular); el mismo criterio ha seguido con frecuencia en casos de reducción simulada del precio (Ss. 2.12.41, 16.6.56, 29.5.57, 15.2.83, 20.9.88, 10.10.88); y aunque fácilmente se comprenden las consideraciones de justicia que han motivado estas sentencias, los mismos resultados podrían haberse obtenido, en general, acu-

(45) COVARRUBIAS Y LEIVA, Diego de, *Practicarum Quaestionum, Liber Unus*, XX.9: “publicum instrumentum erga omnes esse aequè publicum... etiam tamen ut publica instrumenta etiam inter quoscumque extraneos probent se ipsa” (tomo II, pp. 492-689 de sus “Opera Omnia”, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, MDCCLXII; Tomus Secundus, p. 825).

diendo a otras ideas, como la mala fe del retrayente o la caducidad de la acción de retracto a las que con frecuencia aluden; la vida jurídica extrajudicial queda, por el contrario, perturbada al permitir a las partes alegar contra los terceros, y en su propio beneficio, su propia simulación, su fraude. Más acertadamente las Ss. de 1.12.59 (retracto de colindantes) y 9.3.62 (retracto arrendaticio rústico), dan lugar al retracto en supuestos claros de simulación absoluta (escrituras de venta con la sola finalidad de lograr fecha fehaciente que permitiera la inmatriculación de una venta ulterior conforme a los arts. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento), sin admitir a las partes la prueba de tal simulación.

B) Los documentos privados.

1. La *presentación* en juicio de los documentos privados no debiera comportar su automática *admisibilidad*, al no estar revestidos de aquellas notas de autenticidad y de legalidad que los documentos públicos reciben de su autorización por funcionario público; pero el artículo 326.1, que luego veremos, admite tales documentos mientras su autenticidad no sea impugnada, posiblemente en aras de la agilidad de la justicia. “Con claridad —comenta SACRISTÁN REPRESA—, se pretende evitar trámites, como la solicitud o la presentación de un requerimiento para que se reconozca, y se desvincula del antiguo tratamiento de la confesión o de la admisión de hechos en la contestación a la demanda”; razones de índole práctica, que no debieran llevar a “la inicial identificación” de documento público y privado que el mismo autor señala (46).

La *aportación de los documentos privados al proceso* se rige por el artículo 268, al que remite el artículo 325. La anterior LEC disponía que a toda demanda o contestación debería acompañarse el documento o documentos en que la parte interesada fundara su derecho (art. 504), sin que para los documentos privados existiera ninguna alternativa a esta presentación en original. Actualmente, extendiendo a los documentos privados los criterios existentes para los documentos públicos, los documentos privados podrán presentarse “en original o mediante copia autenticada por el funcionario público competente” (art. 268.1), por “copia simple” cuya conformidad con el original “no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes” (art. 268.2), y “en el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro”, según lo dispuesto por el artículo 265.2 para los documentos públicos (art. 268.3).

Esta presentación por designación del archivo o protocolo en que el documento privado se encuentre facilita su protocolización en escritura o

(46) SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.* cit. en nota 2, pp. 1538 y 1537, respectivamente.

mediante acta, al resolver las dudas antes ocasionadas por la irreversibilidad de la protocolización y consiguiente imposibilidad de que protocolizado un documento privado pudiera desglosarse para presentarlo original en el proceso (47).

La presentación mediante copia fehaciente merece en principio la misma observación respecto a su valor sustitutorio que veíamos al tratar de la presentación de los documentos públicos. A la eficacia de la copia simple de conformidad no cuestionada como forma de presentación de un documento privado nos referiremos más adelante.

2. La *eficacia probatoria* de los documentos privados debiera ser en rigor muy diferente a la de los documentos públicos, muy inferior a la de éstos, pues con toda la eficacia sustantiva que en su caso tengan, son formalmente neutros, no tienen eficacia alguna documental por sí solos, mientras no sean complementados con alguna actuación funcional pública que les dote de autenticidad; los documentos privados no se prueban a sí mismos, sino que necesitan ser probados.

Inspirándose en estas consideraciones, el artículo 1.225 C.c. dispone: “El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”. El precepto, al fin, no ha sido derogado, pero sí ha quedado afectado por la reforma procesal, por lo que convendrá recordar su *alcance anterior*.

Para obtener fuerza probatoria el documento privado precisaba, según el mismo tenor literal del precepto, de un “reconocimiento legal”. No existía un reconocimiento extrajudicial, como modalidad de este reconocimiento legal, pues la escritura de elevación a público de documento privado tenía mejor encaje en el artículo 1.224, como reconocimiento de acto o contrato, y no de documento, o directamente en el artículo 1.218. El reconocimiento legal era, por tanto, necesariamente, un reconocimiento “judicial”, que según el artículo 604 de la anterior LEC había de hacerse “bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudiquen, si lo solicitare la contraria”, esto es, si lo pidiera el presentante del documento; en virtud de este pedimento, que en la práctica se incluía como una pregunta más de la confesión en juicio, el litigante al que se opusiera el documento estaba “obligado a declarar si la firma es o no suya” (C.c., art. 1226), por lo que el reconocimiento legal se resolvía a la postre en un reconocimiento de “firma”.

(47) Conf. mi trabajo “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, Segunda Parte, II-18, Actas de protocolización. [Ponencia en la III Jornada Notarial Iberoamericana, Palma de Mallorca, 1987; Consejo General del Notariado, 1987, p. 274 (V. pp. 181-82); *Revista de Derecho Notarial*, CXXXVI, abril-junio 1987, pp. 13-282; *Escritos Jurídicos*, IV, pp. 9-202].

El documento privado así reconocido tenía entre las partes, en el proceso y fuera de él, un valor probatorio que con frase tópica se calificaba de igual al de la escritura pública. El documento privado no reconocido, según dicho artículo 1.225 *a contrario*, no tenía valor probatorio alguno; pero la jurisprudencia, en resumen de SACRISTÁN REPRESA, había declarado “que no es que el documento privado no reconocido legalmente carezca en absoluto de valor probatorio, ya que ello supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento (SS. de 27.1.1987 y 25.3.1988). Podrá valorarse mediante su apreciación con otros elementos de juicio (S. 12.6.1986), pues en definitiva, los documentos privados, aun impugnados, poseen un valor probatorio deducido de las circunstancias del debate (SS. 22.10.1992 y 10.2.1995)” (48).

En resumen, y como escribió VÍCTOR FAIRÉN, con anterioridad a la reforma procesal “el documento privado... recoge también residuos del régimen de apreciación «legal» de la prueba” (49).

El *Proyecto* de Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo esta línea del Derecho anterior, disponía en su artículo 327: “Fuerza probatoria de los documentos privados. 1. Los documentos privados serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 320 (el 319 de la Ley), cuando su autenticidad sea reconocida o admitida por la parte a quien perjudiquen, a petición de quien los presente”.

El cambio de rumbo tuvo lugar mediante la aceptación, en el Informe de la Ponencia, de una *Enmienda* de Modificación, la número 348, presentada por el Grupo Socialista del Congreso con una escueta Motivación.

“Se propone la siguiente redacción:

“Artículo 327. Fuerza probatoria de los documentos privados.

1. Se tendrán por auténticos y serán eficaces en juicio los documentos privados cuya autenticidad no sea oportunamente impugnada en el proceso.

2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado podrá pedirse el cotejo pericial de letras o proponerse cualquier otro medio de prueba que resulte pertinente al efecto.

3. Si del cotejo se desprendiere la autenticidad indudable del documento se procederá conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 321” (imposición de multa al impugnante cuando la impugnación se estimare temeraria por el tribunal).

(48) SACRISTÁN REPRESA, *op. cit.* en nota 39, p. 347.

(49) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 450.

“MOTIVACIÓN. No existe razón que para que tenga eficacia en juicio un documento privado se exija la ratificación, si ninguna de las partes impugna su autenticidad” (50).

La razón, por el contrario, es evidente: los documentos privados “no gozan de la presunción de autenticidad” (CORDÓN MORENO *et al.*); “en el concepto estricto, la no impugnación nada tiene que ver con la veracidad del contenido del documento” (SACRISTÁN REPRESA) (51).

Este es el origen del artículo 326 LEC:

“Fuerza probatoria de los documentos privados.

1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.

Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”.

En paralelismo con lo que sucede entre los artículos 319.1 LEC y 1.218 C.c., respecto de los documentos públicos, parte de la doctrina estima que, en tema de documentos privados, es preciso “armonizar” los artículos 326 LEC y 1.225 C.c. (GARBERÍ LLOBREGAT y sus coautores; GUZMÁN FLUJA); pero ni siquiera nos parece plenamente acertada la posición de SACRISTÁN REPRESA de que el nuevo precepto procesal “vendrá a ser completado con el 1.225 C.c.”, pues según veremos actúan en esferas independientes, sin interferirse uno en el otro. Puede verse un intento de armonización en CREMADES MORANT (52).

El artículo 326 distingue, pues, una pluralidad de situaciones en que pueden encontrarse los documentos privados, para atribuirles plena fe o bien someterles a la valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica. Estas situaciones son:

(50) Pueden consultarse en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, edición preparada por el Letrado de las Cortes Generales Alberto DORREGO DE CARLOS, con colaboradores; Madrid, Cortes Generales, 2001.

(51) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1131. SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.*, *cit.* en nota 2, p. 1539.

(52) CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, pp. 745-47. GARBERÍ LLOBREGAT *et al.*, *op. cit.* en nota 3, p. 132. GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2397. SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.* citada en nota 2, p. 1537.

- Documentos privados presentados en copia simple no cuestionada;
- documentos privados de autenticidad no impugnada por la contraparte;
- documentos privados reconocidos por ella, que han de considerarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código civil;
- documentos privados de autenticidad impugnada, cuando de la prueba propuesta por el presentante se desprendiere la autenticidad del documento;
- documentos privados de autenticidad impugnada, cuya autenticidad no pueda deducirse de la prueba propuesta por el presentante;
- y documentos privados de autenticidad impugnada, sin propuesta por el presentante de prueba alguna de su autenticidad.

a) *Presentación del documento privado en copia simple no cuestionada.* Una de las formas en que los documentos privados pueden presentarse en el proceso es, según vimos, la copia simple; pero en tal caso sería desmesurado imponer a la parte contraria la carga de impugnar la conformidad de esa copia con su original para que no haga prueba plena en el proceso un documento privado tan deficientemente presentado. El supuesto está regulado en el artículo 268.2: “Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquella con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes”.

DE LA OLIVA: “no se confunda este no cuestionamiento de la exactitud de la copia con el reconocimiento o con la no impugnación de la autenticidad del documento. Lo que las «demás partes» hacen no cuestionando la copia conduce a que esté en el proceso un documento privado, cuya autenticidad aún pueden impugnar y, en tal caso, habrá de valorarse libremente” (53).

Las reglas de valoración de la prueba documental privada del artículo 326, que pasamos a estudiar, exigen pues que el documento privado haya sido presentado al proceso en original, en copia fehaciente, o mediante designación del protocolo o archivo en que se encuentre.

b) *Documentos de autenticidad no impugnada.* El artículo 326.1 dispone: “Los documentos privados harán plena prueba en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”. Quede claro desde el primer momen-

(53) DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 338.

to que lo que se impugna o deja de impugnar no es el documento —como muchas veces se escribe, quizá para facilitar la expresión—, sino sólo la autenticidad del documento. Esta autenticidad es la puramente externa, que “depende de la coincidencia absoluta entre el autor formal que expresa el propio documento y el verdadero y genuino autor material” (CORTÉS DOMÍNGUEZ) (54); pero sin olvidar que aun siendo auténtico, de autor cierto, un documento puede no contener más que falsedades e ilegalidades.

Según este artículo no es, pues, el presentante, como ocurría en el Derecho anterior, quien *ab initio* tiene que probar la autenticidad de un documento que por ser privado no puede acreditarla por sí mismo, sino que es la contraparte, aquella parte contra la que se produce el documento privado y a la que puede perjudicar, quien tiene que tomar la iniciativa de impugnar su autenticidad, pues en otro caso el precepto une a su pasividad una consecuencia jurídica de grave alcance.

SACRISTÁN REPRESA: “el art. 326 LEC modifica sustancialmente el efecto probatorio de los documentos privados mediante la remisión al art. 319.1. Es decir, confiere a tal medio fuerza de prueba plena, con un único requisito negativo: que la parte a quien pueda perjudicar no lo impugne. De esta manera, el documento privado alcanza una envergadura considerable, puesto que el silencio de la parte a quien pueda perjudicar determina su valor como si de uno público se tratara”).

“Con todo, a algunos puede resultarles preocupante esta norma —reconoce ANDRÉS DE LA OLIVA—. Mas, como quiera que la carga que supone (impugnar la autenticidad; no probar la inautenticidad o falsedad) no es en absoluto abrumadora, sino razonable y fácil de alzar, nos parece que sólo se considerará severa y discutible por quienes sean partidarios de un tratamiento sumamente protector al litigante en rebeldía” (55).

El precepto presenta variedad de aspectos, que no suelen ser estudiados con la separación debida.

El *medio técnico* empleado por el artículo es diversamente entendido por la doctrina. Se habla de “presunción de autenticidad” del documento privado (MORENO NAVARRETE), y de “atribuir al documento privado autenticidad” (LORCA NAVARRETE); pero no creo que el precepto establezca ni una presunción ni una atribución de autenticidad, aun tratándose de presunción o atribución meramente iniciales y fácilmente removibles. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN estima que “la nueva LEC... invierte los términos, haciendo recaer en la parte contraria la carga de impugnar la

(54) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 293.

(55) SACRISTÁN REPRESA, en la obra citada en nota 2, coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.*, p. 1538; DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 338.

autenticidad del documento”; pero en mi opinión, de acuerdo con CORDÓN MORENO (*et al.*) lo que hace la Ley es sólo imponer al perjudicado la carga de la impugnación de esa autenticidad –que sobrepasa lo dispuesto en el art. 1.225 C.c. (DE LA OLIVA)–, relevando inicialmente al presentante de la carga de la prueba de la autenticidad del documento.

CORDÓN MORENO, *et. al.*: “La LEC ha introducido modificaciones importantes en este punto, porque impone la carga de impugnar la autenticidad para desvirtuar la eficacia probatoria legal”; “carga de la impugnación antes inexistente”.

LORCA NAVARRETE: “La LEC *parte del tradicional compromiso (acogido ya en la LEC de 1881) de atribuir al documento privado autenticidad para que pueda hacer prueba plena*”.

DE LA OLIVA: “Resulta de gran importancia advertir que la LEC va más allá de lo dispuesto en el artículo 1.225 C.c. Porque este precepto del C.c. establece que el documento privado vale como una escritura pública... cuando se ha *reconocido* «legalmente». Y el artículo 326.1 LEC, en cambio, equipara al documento público el documento privado *no impugnado* (cuya autenticidad no se haya impugnado)” (56).

Se impone, por tanto, a la contraparte una “impugnación de la autenticidad” del documento, una verdadera *impugnación*, aunque limitada a tal autenticidad, si bien ese rigor aparece templado al admitirse también el cotejo cuando “se ponga en duda” la autenticidad del documento –art. 349.2: “cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique”–; recuérdese que el derogado artículo 1.226.2 C.c. permitía que los herederos o causahabientes del obligado podían limitarse a declarar “si saben que es o no de su causante la firma de la obligación”.

Pero sólo se impone a la contraparte esta “carga de la impugnación de la autenticidad”, pues una vez que la ha impugnado, no es a la contraparte, sino al presentante, a quien incumbe la prueba de la autenticidad del documento; sin que se produzca, como dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, “una exoneración de la carga de la prueba para el que opone la falta de autenticidad, que no tiene que realizar prueba alguna”, porque tampoco antes tenía que practicarla.

El fácil cumplimiento de esta carga de impugnar la autenticidad que se impone a la contraparte suscita a LORCA NAVARRETE el siguiente comentario: “Sin duda, esta previsión es sumamente importante para los operadores

(56) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1133. LORCA NAVARRETE, *op. cit.* en nota 10, p. 689. MORENO NAVARRETE, *op. cit.* en nota 32, p. 354. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *op. cit.* en nota 3, p. 55. DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 377.

jurídicos y al final la impugnación del documento privado puede convertirse en una «REGLA DE ESTILO FORENSE»; pero no puede olvidarse que en caso de que del cotejo u otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, serán de cuenta del impugnante las costas, gastos y derechos que haya originado el cotejo o comprobación, y el tribunal podrá imponerle además una multa de 20.000 a 100.000 pesetas si a su juicio la impugnación hubiese sido temeraria (arts. 326.2.2 y 320.3); aparte de que el tribunal, al valorar una deficiente prueba de la autenticidad del documento por el presentante podrá tener en cuenta “la inactividad probatoria de la contraparte” (CORTÉS DOMÍNGUEZ), al menos en casos extremos, con apoyo en el artículo 217.6 (57).

A falta de esta impugnación de su autenticidad “los documentos privados harán prueba en el proceso en los términos del artículo 319” (art. 326.1). No me parece que pueda hablarse, como CORDÓN MORENO (*et al.*), ni de “reconocimiento ... tácito” (del documento) ni de una prueba tácita de la autenticidad (“si la autenticidad resulta probada, tácitamente por la no impugnación...”), y menos afirmarse que la falta de impugnación de su autenticidad convierte el documento privado en documento auténtico, como le llaman CORTÉS DOMÍNGUEZ, CREMADES MORANT y GUZMÁN FLUJA, pues la no impugnación no se refiere al documento, sino a su autenticidad, y sólo surte efectos probatorios, y en el mismo proceso, y no efectos documentales, en el propio documento.

CORDÓN MORENO *et. al.*: “El reconocimiento del documento privado por la parte a la que perjudique puede ser, como decíamos, expreso o tácito, derivado este último de su no impugnación; al primero se refiere el artículo 1.225 y al segundo el 320 LEC”. “Si la autenticidad resulta probada, tácitamente por la no impugnación (art. 326.1) o expresamente como resultado de la prueba de cotejo de letras o de cualquier otra que se practique (art. 326.2.1), «harán prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319» (art. 326.1)”.

CORTÉS DOMÍNGUEZ: “el documento auténtico, sea público o privado”; “sólo los documentos auténticos, sean públicos o privados”, etc.

CREMADES MORANT: “el documento privado *reconocido legalmente...*; es decir, será auténtico”.

GUZMÁN FLUJA: “Documentos privados auténticos. El documento privado auténtico hace prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319” (58).

(57) LORCA NAVARRETE, *op. cit.* en nota 10, p. 694; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, pp. 293 y 296.

(58) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, pp. 1133 y 1132. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, pp. 294 y 295. CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, p. 746. GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2397.

Estamos sencillamente ante la consecuencia jurídica que la Ley une al incumplimiento de la carga de impugnación de la autenticidad del documento que ha impuesto a la contraparte, o como dice el mismo CORTÉS DOMÍNGUEZ, “el incumplimiento de la carga deberá ser valorado por el órgano judicial como admisión de la autenticidad del mismo”; porque más que verdadera “prueba” hay una conformidad tácita a la “admisión de la autenticidad” del documento que hace que ésta quede exenta de prueba, en paralelismo con lo que dispone respecto de los hechos sobre los que exista plena conformidad el artículo 281.2 LEC que, como dicen CORDÓN MORENO *et. al.* “no es que no requieran actividad probatoria, sino que la prueba está totalmente excluida” (59).

Las graves consecuencias, de prueba plena, que el precepto une a esa conducta meramente omisiva de la contraparte —no impugnar la autenticidad del documento privado presentado—, hacen que la LEC procure su pronunciamiento expreso, en un sentido o en otro, al disponer que “en la audiencia —tratándose del juicio ordinario; en la vista, si es verbal— cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba sobre su autenticidad” (art. 427.1); “sin que quepan evasivas al respecto”, advierte CREMADES MORANT (60).

Esos graves efectos para la contraparte las expresa el artículo 326.1, como hemos repetidamente visto, disponiendo que “los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”. Esta remisión (que comprende todo el art. 319, también la materia de usura, núm. 3), evita acertadamente la tradicional equiparación con la escritura pública, “*une formule quelque peu maladroit*” (torpe), según la calificó BEUDANT, que entre nosotros se remonta nada menos que a las Partidas, y que resucita en parte de la actual doctrina (CREMADES MORANT, GUZMÁN FLUJA, LORCA NAVARRETE, SACRISTÁN REPRESA).

PARTIDAS, 3.18.119: “si la parte contra quien aducen tal carta como esta, la otorgare, debe valer; bien assí como si fuesse fecha por mano del Escribano público”.

CREMADES MORANT: “El reconocimiento legal constituye presupuesto para la equiparación *inter partes* del documento privado a la escritura pública”.

GUZMÁN FLUJA: “conviene resaltar que la nueva LEC equipara documento privado auténtico con documento público, y que es auténtico aquel documento privado no impugnado, o el impugnado declarado auténtico”.

(59) CORDÓN MORENO, *et al.*, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *ops. cit.* en la nota anterior, pp. 1004 y 293 respectivamente.

(60) CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, p. 745.

LORCA NAVARRETE: "En consecuencia, el documento privado se equipara, en cuanto a fuerza probatoria, al documento público".

SACRISTÁN REPRESA: "el documento privado alcanza una envergadura considerable, puesto que el silencio de la parte a quien pueda perjudicar determina su valor como si de uno público se tratara" (61).

Los documentos privados de autenticidad no impugnada, por tanto "harán prueba plena en el proceso" (art. 326.1) "del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de ...(las) demás personas que, en su caso, intervengan en ella" (art. 319.1, al que remite el art. 326.1); no, claro es, de "la identidad de los fedatarios" porque éstos no intervienen en el documento privado.

La LEC confunde así los dos temas que el documento presenta en materia de prueba; el de su admisibilidad al proceso, para lo que basta esa autenticidad formal, y el del valor del documento ya admitido para probar su contenido, que depende de su autenticidad de fondo. Y sin ningún fundamento da un salto desde aquella autenticidad formal –identidad entre quienes el documento designa como sus autores y los autores reales del mismo– a la autenticidad de fondo, a la verdad y legalidad del contenido del documento. Los documentos públicos gozan, en efecto, de una presunción de verdad y de legalidad en virtud de la intervención de un funcionario público que asegura la verdad de los hechos ocurridos en su presencia, comprueba en alguna medida la realidad de los hechos pretéritos de mayor trascendencia al otorgamiento que se realiza, y controla en la medida posible la legalidad de lo actuado. Pero no es lógico conceder tal presunción a los documentos privados no impugnados, ni siquiera *prima facie*, porque como veíamos, "en el concepto estricto, la no impugnación nada tiene que ver con la veracidad del contenido del documento" (SACRISTÁN REPRESA) (62), por referirse sólo a su autenticidad subjetiva, ni tampoco con su legalidad. La doctrina tiende, en consonancia, a reducir de alguna manera la dicción legal.

CORTÉS DOMÍNGUEZ: "*frente a terceros*, el documento privado, aun cuando sea auténtico, no tiene la misma fuerza probatoria que el documento público; sólo la fecha hace prueba contra tercero, cuando ésta deviene indubitada por el acaecimiento de hechos o actos jurídicos que la hacen incuestionable".

(61) BEUDANT, Ch., *Cours de Droit Civil français*, 2.^a ed., 1953, IX, p. 294. CREMADES MORANT, *op. cit.* en nota 8, p. 746. GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, pp. 2397-98. LORCA NAVARRETE, *op. cit.* en nota 10, p. 690. SACRISTÁN REPRESA, *op. cit.* en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.* citada en nota 2, p. 1538.

(62) SACRISTÁN REPRESA, *loc. cit.* en nota 51.

CORDÓN MORENO (*et al.*): “carecen, en cambio, de la eficacia «erga omnes» respecto de aquellos extremos a los que se extiende la fe pública; en especial, esta eficacia no se extiende a la fecha”.

DE LA OLIVA: “Hay que entender esta eficacia del documento privado no impugnado como meramente probatoria y circunscrita al concreto proceso en que el documento privado se haya presentado y, por tanto, a las partes de dicho proceso. Significa ésto que si en un documento privado aparecen como intervinientes sujetos distintos de las partes y no involucrados en el proceso, la no impugnación del documento privado por quien en él intervino y sí es parte, sólo a este sujeto puede perjudicar” (63).

El documento privado de autenticidad no impugnada sólo tiene –en resumen– una eficacia “probatoria” (“a efectos de prueba en el proceso”, art. 324); esta eficacia se produce en “el” proceso (art. 326.1), esto es, en un determinado proceso, sin que esa eficacia probatoria pueda aplicarse a otro proceso, ni aun entre las mismas partes, en el cuál se tendría que reproducir la proposición y la práctica de la prueba correspondiente. Se dirá que esto también ocurre cuando el documento es público, pero aquí la eficacia probatoria es consecuencia de la naturaleza del documento, independiente de este proceso y de cualquier otro, cosa que no ocurre en el documento privado, cuya no impugnación de autenticidad en un proceso no afecta en absoluto a su naturaleza, ni le convierte en documento privado “reconocido”, ni menos en documento “público”.

Precisamente por no convertirse en documento público, el documento privado de autenticidad no impugnada no es oponible a los terceros –quienes aun siendo parte en el proceso, no fueron parte en el documento– (art. 1.225 y 1.227 C.c.), sin posibilidad de prueba alguna, que no deberá admitirse por inútil (art. 283.2).

En las relaciones entre las partes los documentos privados de autenticidad no impugnada pueden ser impugnados respecto al contenido documentado con la mayor amplitud, sin que gocen de preferencia alguna respecto de otros elementos probatorios, valorándolos todos ellos los tribunales conforme a las reglas de la sana crítica; por lo que la plenitud de la prueba que producen se reduce al momento inicial del procedimiento probatorio.

Insistamos una vez más. La no impugnación de la autenticidad de un documento privado a la que se refiere el artículo 326.1 LEC, hace prueba plena según dicho precepto de su autenticidad formal, de su autoría, y no supone en modo alguno conformidad con el contenido del documento, que siempre podrá ser impugnado. Con todo, me permito sugerir otra “regla de

(63) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1132. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 294. DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, pp. 337-38.

estilo forense”, muy distinta de la aludida por LORCA NAVARRETE (64), por la que se exprese que lo que no se impugna es solamente la autenticidad del autor del documento; con lo que elimina la posibilidad de la imposición de multa cuando la impugnación del autor sería temeraria, al tiempo que conserva más claramente aún la posibilidad de la impugnación del fondo, del contenido del documento.

c) *Documento privado reconocido*. Distintos son, al menos teóricamente, el reconocimiento de la autenticidad del documento y el reconocimiento del documento mismo. Y distintas son la actuación pasiva del perjudicado de “no impugnar” el documento privado, o su autenticidad, y la activa de “reconocerlo”; “esta expresión –dice SACRISTÁN REPRESA en referencia al «legalmente reconocido» del art. 1.225 C.c.– determina la necesidad de que la contraparte realice una concreta actuación, que consiste en un reconocimiento expreso” (65).

El reconocimiento del documento privado era el único supuesto contemplado en el Derecho anterior, y sus efectos, ya expuestos, estaban regulados solamente en el artículo 1.225 C.c., pues la LEC de 1881 guardaba silencio. El proyecto de LEC, en la misma línea, sólo confería plena prueba, en el artículo 327, al documento cuya “autenticidad sea reconocida o admitida”. Pero el texto legal –el art. 326 que estamos comentando–, como consecuencia de la enmienda del Grupo Socialista del Congreso antes trascrita, ha prescindido de ambos términos, sustituyéndolos por la frase “cuando su autenticidad no sea impugnada”.

No se me alcanza por qué se ha suprimido la referencia a la “admisión” de la autenticidad, cuando los efectos que el artículo atribuye a la no impugnación parecen basarse precisamente en la admisión tácita de la autenticidad del documento privado presentado.

La omisión del “reconocimiento” de esa autenticidad se debe, en mi opinión, a la transformación que la LEC efectúa de la “confesión en juicio” en “interrogatorio de las partes”, que ha llevado a la supresión del documento privado reconocido como título ejecutivo (actual art. 517, frente al anterior art. 1.429), e indebidamente a la derogación de las normas del Código civil atinentes a la confesión extrajudicial. Una tercera consecuencia sería precisamente la desaparición del documento privado “reconocido” en la ordenación procesal de la prueba.

En contra de tal desaparición pueden alegarse algunos preceptos de la LEC que mencionan el documento privado reconocido. El artículo 427.1 se refiere según vimos, a la “admisión” y al “reconocimiento” en la audien-

(64) LORCA NAVARRETE, loc. cit. en nota 57.

(65) SACRISTÁN REPRESA, *op. cit.* en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros *et al.*, p. 1537.

cia previa de los documentos aportados hasta ese momento, “manifestando –cada parte– si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba sobre su autenticidad”, y comprende toda clase de documentos, también los privados. El artículo 289.3 dispone que “se llevarán a cabo ante el Secretario Judicial ... el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado...”. Y el artículo 752.2, incluye a los “documentos privados reconocidos” entre los medios de prueba que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores quedan desprovistos de su carácter de prueba legal.

Tales expresiones de los artículos 427.1 y 752.2 figuraban ya en el Proyecto de Ley (arts. 429.1 y 754.2 respectivamente), cuando la norma fundamental sobre la fuerza probatoria de los documentos privados era el artículo 327.1, que utilizaba esos conceptos de “reconocimiento” y “admisión” referidos a la autenticidad (“cuando su autenticidad sea reconocida o admitida por la parte a quien perjudiquen”), y que fueron eliminados del texto legal, artículo 326, para sustituirlos por la “no impugnación”; estimo, por tanto, que esos artículos 427.1 y 752.2 debieron haberse adaptado al nuevo artículo 326.

Pero modificado el Proyecto al que esos términos obedecían, los preceptos citados deben interpretarse actualmente en función del precepto fundamental regulador de la materia, el artículo 326, bien referidos sólo a la “no impugnación”, o si se quieren mantener los términos de “reconocimiento” y “admisión”, como reconocimiento o admisión de la “autenticidad” del documento, y no del documento mismo, como dice el artículo 289.3.

En conclusión, estimo que dada la evidente distinción entre la actitud negativa de “no impugnar” y la positiva de “reconocer”, y el hecho de que esta última resulte aludida en algunos preceptos de la LEC, no se puede impedir que el perjudicado “reconozca” la autenticidad de un documento privado; pero no se puede atribuir a este acto una fuerza probatoria procesal superior a la que tiene la mera omisión, el “no impugnar”, sencillamente porque no cabe una fuerza probatoria mayor que la prueba plena atribuida a la mera no impugnación por el artículo 326.1. El reconocimiento de la autenticidad del documento privado no ha quedado, pues, suprimido, pero sí subsumido, por su igualdad de efectos probatorios, en la no impugnación de su autenticidad.

El reconocimiento del documento privado propiamente dicho, y no sólo de su autenticidad, parece por el contrario una institución eliminada de la regulación de la prueba en la LEC que, en todo caso, habría que interpretar como reconocimiento de su autenticidad. Este reconocimiento, por lo demás, habría visto reducido el ámbito en que se mueve, y con

ello su naturaleza; en el Derecho anterior, y de acuerdo con el artículo 1.225 C.c., se trataba de un “reconocimiento legal” al tiempo “sustantivo” y “procesal”, mientras que el actual reconocimiento de documento privado de la LEC sería una institución probatoria meramente procesal, que tiene lugar en el proceso (art. 427.1), ante el Secretario Judicial fedatario de ese proceso (art. 289.3) y que hace prueba en “el” proceso (art. 326.1) y sólo en el mismo proceso; sin alcanzar, por tanto, al documento en sí, ni a sus otras posibles aplicaciones, sustantivas o procesales.

También ha resultado afectado, de rechazo, el “reconocimiento legal” del artículo 1.225 C.c., aunque este artículo siga vigente, y su texto inalterado; ya no puede ser aquel reconocimiento que según el artículo 604 de la anterior LEC había de hacerse “bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudiquen”, y que se resolvía en un reconocimiento de firma conforme al artículo 1.226 C.c.; porque ambos preceptos y el reconocimiento que regulaban han desaparecido. Referido, como antes, a los documentos privados negociales, el reconocimiento del artículo 1.225 es un reconocimiento extrajudicial, que va a operar solamente fuera del proceso; más moderadamente, GUZMÁN FLUJA se refiere al “valor del artículo 1.225 en el ámbito extrajudicial, que va a ser ahora su campo natural” (66). En resumen, por quedar fuera de nuestro tema, creemos que se trata de un reconocimiento extrajudicial de acto o contrato que, siguiendo la regla general del artículo 1.224 C.c., nada prueba contra el documento en que hubiese sido consignado, si por exceso u omisión se apartare de él, según resulta de la eficacia subjetivamente limitada a las partes que los hubiesen suscrito y sus causahabientes que el mismo artículo 1.225 le atribuye; pues si constara expresamente la novación del acto o contrato anteriormente realizado, conforme a la excepción del artículo 1.224, haría prueba aun contra tercero, conforme al artículo 1.218. A este reconocimiento es aplicable el artículo 1.227 del C.c., si se pretende dotarle respecto de terceros de una fecha anterior a la del mismo reconocimiento.

d) Documento impugnado cuya autenticidad ha sido comprobada. VALENTÍN CORTÉS y sus coautores han indicado acertadamente que “por la impugnación de la autenticidad de un documento no cabe deducir la falta de autenticidad del mismo” (67). El presentante del documento no tiene, pues, por qué conformarse con su impugnación por la contraparte, sino que puede pedir el cotejo pericial de letras o proponer otro medio

(66) GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, p. 2397.

(67) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 295.

de prueba que resulte útil y pertinente al efecto; y de la práctica de esta prueba puede desprenderse la autenticidad del documento.

El artículo 326.2, que así lo establece, regula los temas de costas, gastos y derechos originados por la impugnación y posible imposición de multa, mediante remisión a las normas que rigen respecto de los documentos públicos (art. 320.3), que ya hemos visto, pero guarda silencio sobre el punto más importante: cuál es la eficacia probatoria de este documento privado; si hará prueba plena o se valorará por los Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica. La primera opinión está muy difundida en la doctrina (CORDÓN MORENO *et al.*, GARBERÍ LLOBREGAT *et al.*, GUZMÁN FLUJA, SACRISTÁN REPRESA), pero dando más bien la cuestión por resuelta y sin indicar los argumentos que puedan fundamentar esa solución.

CORDÓN MORENO (*et al.*): “Si la autenticidad resulta probada, tácitamente por la no impugnación (art. 326.1) o expresamente como resultado de la prueba de cotejo de letras o de cualquier otra que se practique (art. 326.2.1), «harán prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319» (art. 326.1)”.

GARBERÍ LLOBREGAT (*et al.*): “Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, el mismo poseerá el mismo valor probatorio que si no hubiese sido impugnado”.

GUZMÁN FLUJA: “*conviene resaltar que la nueva LEC equipara documento privado auténtico con documento público, y que es auténtico aquél documento privado no impugnado, o el impugnado declarado auténtico*”.

SACRISTÁN REPRESA: “Naturalmente, si de la prueba resulta la autenticidad, hará prueba plena” (68).

A mi manera de ver, este documento privado cuya autenticidad, oportunamente impugnada, ha sido comprobada, no hace prueba plena, sino que su valor probatorio ha de ser apreciado por los tribunales conforme a las reglas de la sana crítica. Éste es, ante todo, el sistema generalmente seguido por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil; por él debemos inclinarnos en caso de duda, y no por la prueba legal que constituye evidentemente la excepción. Por otra parte, el cotejo pericial o el otro medio de prueba del que se ha desprendido la autenticidad del documento, ha sido valorado para obtener este resultado según las reglas de la sana crítica; no parece lógico que unos medios de prueba sometidos a las reglas de la sana crítica den lugar a la atribución a otro medio de prueba del

(68) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1132. GARBERÍ LLOBREGAT *et al.*, *op. cit.* en nota 3, pp. 132-33. GUZMÁN FLUJA, *op. cit.* en nota 7, pp. 2397-98. SACRISTÁN REPRESA, *op. cit.* en nota 39, p. 346.

carácter de “prueba plena” del que ellos carecen; y desde el punto de vista práctico, ello acrecentaría el rigor del tribunal, mientras que el mismo tribunal que examinó los criterios favorables a la autenticidad del documento –la expresión “se desprendiere” del texto legal está lejos de ser una conclusión indiscutible– se encuentra en las mejores condiciones para graduar la fuerza probatoria del documento de que se trate. Y, en fin, la cuestión puede estar resuelta en este sentido por el mismo artículo 326, que no se limita a guardar silencio, dando lugar a una laguna que sea preciso llenar; no hay en puridad tal laguna, porque una prueba “legal” requiere una “ley” que atribuya por sí misma su propia valoración a un concreto medio de prueba, sustrayéndole a la valoración de los tribunales, y el artículo 326.2 no lo hace. Recordemos que nada tiene que ver la autenticidad formal del documento privado con su veracidad de fondo, ni con su legalidad.

La Exposición de Motivos (XI) inclina a la misma solución: “Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica”. No he alegado, sin embargo, este argumento porque las mismas palabras figuraban en el Proyecto de Ley, que obedecía a otro sistema, y podría pensarse que no habían sido actualizadas.

No me atrevo a afirmar que ANDRÉS DE LA OLIVA, sea de mi misma opinión; pero dice: “El *valor probatorio* de los documentos privados es, en principio, el que el tribunal les atribuya conforme a las reglas de la sana crítica”. “Verdad es que en el segundo párrafo de este artículo 326 se prevé expresamente que «del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento», pero es de advertir que el cotejo es una prueba pericial de libre valoración, como, de ordinario, lo serán los restantes medios de prueba que se dirijan a probar la autenticidad”.

No puede extrañar que GARBERÍ LLOBREGAT (*et al.*) afirme que “los documentos privados, como norma general” harán prueba plena, y que según SACRISTÁN REPRESA “lo que el art. 326 introduce es una mayor amplitud de esta prueba plena, pues basta con que no sea impugnada la autenticidad para su consideración”. Porque de lo que se opine sobre la fuerza probatoria de estos documentos, impugnados, pero comprobados, depende cuál sea la regla y cuál la excepción sobre el valor probatorio de los documentos privados (69).

e) Documento impugnado cuya autenticidad no ha sido comprobada; bien porque el presentante del documento, ante la impugnación de la

(69) DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 337. GARBERÍ LLOBREGAT *et al.*, *op. cit.* en nota 3, p. 132. SACRISTÁN REPRESA, en la obra coordinada por Fernández-Ballesteros citada en nota 2, p. 1540.

parte contraria, no haya propuesto prueba alguna; o bien porque de la prueba propuesta no se pudiese deducir la autenticidad del documento. En uno y otro caso, el Tribunal “valorará (el documento) conforme a las reglas de la sana crítica”; los dos supuestos quedan así unificados, en cuanto a sus efectos, por el artículo 324.2.2.

CORDÓN MORENO: “se recoge así la doctrina jurisprudencial anterior”.

CORTÉS DOMÍNGUEZ: “El incumplimiento de la carga (de probar la autenticidad del documento) produce un resultado que es atípico, pues el juez no deduce la falta de autenticidad del documento de la falta de prueba, como sería lo lógico y lo adecuado teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 217.3, sino que la LEC permite al juez, en esos casos, valorar el documento según las reglas de la sana crítica. En definitiva, lo que se permite al juez es valorar de acuerdo con su criterio si la impugnación de la autenticidad es o no fundada, atendidas las circunstancias del caso”.

SACRISTÁN REPRESA: “Es decir, también puede continuar la constante doctrina jurisprudencial” anterior a la Ley (70).

C) Los documentos oficiales.

El texto legal, al eliminar de la categoría de sus documentos públicos aquellos documentos expedidos por funcionarios administrativos carentes de fe pública a los que, sin embargo, algunas Leyes califican de documentos públicos (el que en el Proyecto de Ley era el núm. 7.º de la enumeración de documentos públicos), ha mantenido el precepto referente a sus efectos probatorios sin más modificación que la actualización de los números de sus remisiones legales. Es el actual artículo 319.2: “La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”.

Se establecen, por tanto, dos grandes grupos de documentos oficiales. El primero, constituido por aquellos documentos cuya fuerza probatoria venga regulada por las mismas leyes que les otorgan la condición de públicos; la LEC se limita a una remisión a las leyes respectivas. Todos los demás documentos oficiales forman un segundo grupo; aquí las leyes les han reconocido la condición de públicos, sin especificar sus efectos pro-

(70) CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1134. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 295. SACRISTÁN REPRESA, *op. cit.* en nota 39, p. 347.

batorios; la LEC, supliendo tal omisión, concede a los hechos, actos o estados de cosas que consten en estos documentos una presunción de certeza, a los efectos de la sentencia que se dicte, que puede ser desvirtuada por otros medios de prueba; no llegan, pues, a la eficacia de prueba plena. Esta disposición, calificada de “meritoria” por DE LA OLIVA (71), no pasa de ser un primer intento de desbrozar una situación legal confusa.

IV. La prueba legal

Los documentos, especialmente los documentos públicos, constituyen como repetidamente hemos dicho, un medio de prueba “legal”; casi la única prueba legal conocida entre nosotros, salvo quizá el reconocimiento por la parte de hechos en que intervino personalmente y cuya fijación como ciertos le es enteramente perjudicial (art. 316.1). Se hace por tanto preciso cerrar esta exposición con algunas consideraciones sobre la prueba legal porque, entre nosotros, y a pesar de magníficos estudios como los de FURNO y JIMÉNEZ CONDE (72), es una institución con frecuencia incomprendida.

Así, en verdadera petición de principio, se ha llevado la libre valoración de la prueba por el juez nada menos que al concepto mismo de prueba, de manera que la prueba legal no es prueba, sino otra cosa distinta. Recordemos al profesor GUASP: prueba es “el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”; en el mismo sentido, modernamente, VALENTÍN CORTÉS: “sólo cabe hablar de prueba como la *actividad encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad*”. Las consecuencias de esta postura fueron expresamente formuladas por GUASP: “el sistema de la prueba legal o tasada –nos dice– tiene que ser científicamente rechazado”; “el fenómeno de la prueba legal o prueba tasada constituye una anomalía jurídica”; llegando a alabar la apreciación conjunta de la prueba, que “devuelve al Juzgador la libertad de valoración de la prueba” que algunas disposiciones concretas le retiran (73).

Posturas como éstas afectan a la misma terminología, pues con excesiva frecuencia se denomina prueba “tasada” a la prueba legal, y en con-

(71) DE LA OLIVA, *op. cit.* en nota 6, p. 336.

(72) FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, traducción por Sergio González Collado, Edersa, Madrid, 1954, p. 215. JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 365.

(73) GUASP, *op. cit.* en nota 38, pp. 321, 338 y 339. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 231.

traposición se llama prueba “libre” a la prueba de valoración judicial; cuando ni la prueba legal es una prueba tasada, ni la valoración de la prueba por el juez es una prueba libre. Un verdadero sistema de prueba libre no existe entre nosotros en el proceso civil, salvo en algún supuesto muy especial, como en los casos de usura (art. 319.3); la prueba procesal no puede basarse en la convicción personal del juez, sino como alguna vez he dicho, y perdóneseme el juego de palabras, en su convicción “impersonal”, en la convicción que tendría cualquier juez a quien hubiera correspondido conocer del asunto; porque en los supuestos más frecuentes, en los que se le conceden al juez amplias facultades para valorar la prueba, el juez no es libre, porque tiene que someterse a las máximas de experiencia que describiera STEIN, a las reglas de “la sana crítica” en la terminología de la LEC (74). Y no otra cosa ocurre con la prueba legal, que en manera alguna es tasada, o apriorística, como la llama MONTERO AROCA, porque la Ley también se basa en esas máximas de experiencia o sana crítica para efectuar por sí misma, en ocasiones, la valoración de la prueba. Hay, pues, coincidencia conceptual entre prueba legal y prueba judicial; “el instrumento de valoración es siempre la máxima de experiencia” (CORTÉS DOMÍNGUEZ); “las normas legales de valoración de prueba son, pues, máximas de experiencia legales” (CORDÓN MORENO *et al.*) (75).

Incluso en algún punto me parece que se ha retrocedido; así con la derogación del artículo 1.248 del Código civil, contra la que luché, que con un carácter simplemente admonitorio, enunciaba dos reglas de sana crítica, la desconfianza hacia el testimonio unipersonal, que se remonta nada menos que hasta los Libros de los Números (35.30) y el Deuteronomio (17.6), y la desconfianza también respecto de la prueba de testigos en aquellos ámbitos de la vida jurídica en que la contratación se realiza de ordinario por escrito. Derogado el artículo 1.248 las cosas deberían seguir como estaban, aplicando el juez estas reglas de sana crítica, pero son de temer elevaciones a documento público, ex artículo 1.279, de contratos sobre inmuebles celebrados de palabra, y probados (?) con los modernos medios de grabación de conversaciones, previamente planeadas y asesoradas. Y conste que nada tengo contra el principio espiritualista, que de cualquier manera que el hombre quiera obligarse quede obligado; pero también estimo que no puede quedar obligado el que todavía no quiere obligarse, el que está en tratos, aunque vaya realizando acuerdos puntuales, siempre supeditados a un acuerdo final.

(74) STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del Juez*, traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos, Eunsa, Pamplona, 1973, p. 260.

(75) MONTERO AROCA, *op. cit.* en nota 4, pp. 48-64. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.* en nota 3, p. 247. CORDÓN MORENO *et al.*, *op. cit.* en nota 8, p. 1120.

Un sistema moderno de valoración de la prueba tiene que rechazar los extremos de la prueba tasada y de un arbitrio judicial que puede desembocar en la arbitrariedad; entre ellos sólo hay un sistema intermedio, unitario, en el que la valoración de los medios de prueba tiene que hacerse de conformidad a las reglas de la sana crítica, encomendadas en general al juez, pero algunas veces, sobre todo en la documentación pública, efectuada directamente por la Ley; porque en otro caso se pondría en grave peligro toda la vida jurídica extrajudicial, que discurre en amplios sectores a través de los documentos privados y públicos, y sería contrario al principio de seguridad jurídica, hoy consagrado en el artículo 9 de la Constitución.

El sistema de prueba legal seguido en materia de documentos en manera alguna deja desarmados en la fijación de los hechos ni a la contraparte, ni al juez. Bien es verdad que un tratamiento más profundo de la prueba documental tendría que haber llevado a la Ley el verdadero tema de fondo de la regulación procesal de los documentos públicos, que el artículo 1.198 del Proyecto de Código civil de 1851 remitía al Código de procedimientos: “el caso de oponerse el vicio de falsedad, simulación u otro a los instrumentos”. La querrella de falsedad, las tachas de incorrección y de incapacidad, de ilegalidad, de insinceridad –con los gravísimos problemas de la simulación– de falta de integridad, de falta de actualidad por haber sobrevenido nuevos hechos. Las Leyes de Enjuiciamiento de 1855 y de 1881 no lo hicieron por pensar quizá que era materia civil; el Código civil de 1888-1889 tampoco lo hizo por pensar quizá que era materia procesal; y tampoco lo ha realizado la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que estamos estudiando. La labor era desde luego, difícil, pero el camino estaba muy facilitado por la doctrina y por la jurisprudencia, que han tenido que ir llenando los vacíos de nuestros Cuerpos legales. Estas lagunas continúan con la nueva Ley, y en consecuencia todos los supuestos de impugnación, en cuanto al fondo, de la prueba documental, subsisten y, en principio, en los mismos términos del Derecho anterior. Se ha perdido la ocasión de depurarlos en esta reforma legislativa; pero como dice su Exposición de Motivos (XX), se han conservado las normas del Código civil “sin perjuicio de la posibilidad de que, en el futuro, sean perfeccionadas”.

DE NUEVO SOBRE EL AUTOCONTRATO: DOS PROBLEMAS MUY ACTUALES

ÁLVARO DELGADO TRUYOLS

Notario

En un trabajo anterior, publicado por la *Revista Jurídica del Notariado* en su número 39 (julio-septiembre de 2001, pp. 343 a 349), traté de esquematizar, dados los frecuentes problemas que plantea en la práctica, la doctrina legal y jurisprudencial sobre la múltiple representación y el autocontrato en el Derecho español, delimitando sus diferentes posibilidades o categorías y deslindando los supuestos permitidos de los prohibidos. En este segundo trabajo, que pretende ser tan breve y práctico como el anterior, quiero llamar la atención sobre dos problemas de reciente aparición en el ejercicio notarial y que parecen traspasar, al menos en apariencia, la frontera del autocontrato prohibido por la ley, aunque un examen algo más detenido quizá nos convenza de lo contrario. Estos dos supuestos problemáticos son: los contratos celebrados entre el socio único y su sociedad unipersonal, y la doble representación de deudor y fiador por un solo compareciente en las pólizas bancarias intervenidas notarialmente.

1. Los contratos celebrados entre el socio único y su sociedad unipersonal

La sociedad mercantil unipersonal fue admitida en nuestro Derecho por la importante Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990, y consagrada legislativamente por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que dedica a ella su capítulo XI, comprensivo de los artículos 125 a 129, que son también aplicables a la sociedad anónima en virtud de la remisión que hace a ellos el nuevo artículo 311 de la Ley de Sociedades Anónimas, introducido en el Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 por la citada Ley de 1995.

Al tratarse de una figura de reciente aparición en nuestra legislación, su utilización y desarrollo ha ido generando en la práctica una serie de problemas de difícil encaje en algunas instituciones clásicas del derecho contractual y patrimonial español. Uno de esos problemas se plantea ante la eventualidad de la celebración de contratos de diversa índole entre el socio titular de la totalidad del capital social y su propia sociedad, especialmente a la hora de su documentación pública notarial.

Con nuestras leyes en la mano resulta evidente, sin que nadie pueda ponerlo en cuestión, que el socio único de una sociedad mercantil unipersonal puede realizar a la misma todo tipo de trasvases patrimoniales por medio de actos de APORTACIÓN, sea de bienes o de dinero, ya originariamente (en el instante de su constitución), o ya en un momento posterior (por vía de un aumento de capital). De la misma forma deben ser perfectamente admitidos los supuestos de trasvase patrimonial en sentido inverso, ya por la vía de una reducción de capital con restitución de aportaciones al socio único o ya por las vías del pago a éste de dividendos o de la cuota de liquidación. Pero, ¿qué sucede cuando esos trasvases patrimoniales se realizan a través de otras figuras jurídicas contractuales como el contrato de COMPRAVENTA?, ¿son admisibles las ventas de bienes entre la sociedad unipersonal y su único socio, o viceversa?, ¿qué personas pueden firmar estos contratos?, y ¿existe autocontratación ilegal en los casos en que sólo comparezca el socio único como comprador y vendedor?

En mi opinión, la AUTOCONTRATACIÓN existe, pero debe ser considerada LEGAL por la ausencia de los tres requisitos cumulativos que debe cumplir en nuestro Derecho el autocontrato prohibido por la ley. Tal como indiqué en mi anterior trabajo, el autocontrato ilegal requiere la concurrencia simultánea de tres requisitos: uno CONCEPTUAL (la existencia de una sola declaración de voluntad), otro ECONÓMICO (la vinculación económica de dos o más patrimonios distintos) y un tercero PRÁCTICO (el conflicto de intereses). En el supuesto que nos ocupa, cuando un

socio único celebra un contrato con su sociedad unipersonal falta por completo este tercer requisito, y puede faltar también el primero:

— En cuanto al CONFLICTO DE INTERESES, creo que no existe necesariamente en estos casos, ya que los dos patrimonios vinculados por el contrato en cuestión pertenecen a la misma persona, aunque integren dos masas patrimoniales diferentes (el patrimonio particular y el de su sociedad unipersonal), sin que aparezcan en principio terceros afectados por el trasvase patrimonial y cuyos intereses el Derecho deba proteger. Y aunque al propio interesado la decisión de celebrar el contrato le pueda perjudicar en una de sus masas patrimoniales, es evidente que le beneficiará indudablemente en la otra, siendo éste un tema que encaja de lleno en la autonomía de la voluntad consagrada por el artículo 1.255 del Código civil. Cosa diferente será que el contrato se celebre en fraude de acreedores o en perjuicio culposo o doloso de terceras personas (p. ej. alzamiento de bienes), lo que podrá dar lugar a su impugnación invocando las disposiciones legales específicas, civiles o penales, que tutelan la lesión de intereses ajenos, pero no la mera autocontratación en sí. Y en todo caso resulta evidente que cualquier trasvase de bienes o dinero entre dos o más masas patrimoniales pertenecientes a un mismo sujeto sólo puede ser decidido por éste, para lo cual la práctica jurídica deberá proporcionarle los medios lícitos para que así lo haga.

— Incluso el primer requisito técnico del autocontrato, el de la intervención de una ÚNICA VOLUNTAD, puede no darse formalmente en el caso que nos ocupa, si la decisión societaria de contratar se ejecuta a través de cualquiera de los medios habituales en la práctica mercantil (apoderado o administrador distinto del socio único), o incluso si ejecutándola personalmente el socio único, esa decisión está respaldada previamente por la suprema voluntad emanada de la Junta General, aunque esté integrada exclusivamente por él. Este parece un planteamiento más formal o teórico que real, pero recordemos aquí que nuestra Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (aplicable también a las sociedades anónimas, como hemos señalado anteriormente), siguiendo las directrices que ya marcó previamente la DGRN, mantiene formalmente en la sociedad unipersonal las figuras de la Junta General y del Órgano de Administración y conserva la separación de competencias y funciones de los diferentes órganos que integran la estructura social, aunque ésta pertenezca a una única persona (*vid.* art. 127 de la LSRL).

Este último caso concreto ha sido objeto de estudio por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2001. Se demandaba la nulidad de una escritura de segregación y compraventa de parte de un local comercial realizada por una persona, como representante de una sociedad,

a favor de sí mismo como persona física. En la escritura constaba el acuerdo adoptado por la Junta General de la sociedad vendedora, mediante certificado emitido por el propio demandado en calidad de administrador único, en la que se acordaba la segregación y enajenación de parte del local y se salvaba la autocontratación. El TS casó la sentencia de la Audiencia Provincial, la cual había declarado la nulidad del contrato, considerando que existía autocontratación pero que ésta no incurría en los requisitos que la hacen ilegal.

Visto todo lo anterior, podemos concluir que la existencia de autocontratación ilegal en los contratos celebrados entre el socio único y su sociedad unipersonal es más aparente que real, ya que en la práctica no tiene por qué existir conflicto de intereses ni perjuicio patrimonial a terceros. En definitiva, las compraventas y los demás contratos traslativos entre la sociedad y el socio, o viceversa, deben admitirse con carácter general.

Sin embargo, nuestra LSRL de 1995, lógicamente recelosa de los efectos perjudiciales para los intereses de terceros que podría tener la contratación privada o “clandestina” del socio con su sociedad unipersonal, exige unas condiciones formales o de publicidad para la plena eficacia de esos contratos. Así el artículo 128 de la LSRL establece en su párrafo primero el cumplimiento cumulativo de tres requisitos: constancia por escrito o en la forma legalmente exigida conforme a su naturaleza, transcripción en un libro-registro social legalizado como los libros de actas, y reseña expresa en la memoria anual de la sociedad. El incumplimiento de los requisitos anteriores lo sanciona el párrafo segundo con la inoponibilidad a la masa en caso de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad. Y el párrafo tercero, extremando el recelo legal, hace responder al socio único durante dos años frente a la sociedad de las ventajas obtenidas de forma directa o indirecta en perjuicio de ésta como consecuencia de tales contratos.

Es importante destacar que ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 128 de la LSRL queda sujeto al control notarial. El notario que sea requerido para formalizar este tipo de contratos únicamente podrá cumplir el primer requisito, el de la forma documental, lo que hará sin más autorizando la correspondiente escritura o póliza intervenida. Los otros dos requisitos son de cumplimiento postdocumental por la sociedad interesada, por lo que, extremando el celo profesional, el fedatario autorizante deberá limitarse a hacer las advertencias oportunas relativas a su constancia en el libro-registro y en la memoria social y a las consecuencias de su incumplimiento o de un eventual perjuicio del socio a la sociedad.

La misma doctrina que aquí hemos expuesto será también aplicable,

por razones obvias, a la celebración de contratos entre dos o más sociedades unipersonales pertenecientes al mismo socio único.

2. La doble representación de deudor y fiador por una sola persona en las pólizas bancarias intervenidas notarialmente

En mi anterior trabajo sobre esta materia, cité como uno de los supuestos de autocontrato prohibido por la ley, según la doctrina de la DGRN (Resolución de 20 de septiembre de 1989), el caso en el cual en una escritura de préstamo hipotecario celebrado con una entidad bancaria, una misma persona representa a la misma vez a la parte deudora y a la parte garante no deudora (en este caso hipotecante). El argumento empleado por la DGRN para considerar ilegal la representación invocada es que, aunque en el contrato celebrado no queden vinculados directamente el deudor y el hipotecante no deudor, existe realmente un TRIPLE NEGOCIO JURÍDICO que no permite que dos de sus partes estén comúnmente representadas, salvo autorización expresa para ello en el poder utilizado por el apoderado compareciente (autorización que no existía en el supuesto debatido). Esta misma doctrina ha sido reiterada por otra Resolución reciente, la de 21 de junio de 2001, que considera que existe autocontratación no permitida cuando una sola persona interviene en una escritura en su propio nombre como deudor solidario de un crédito e hipotecante de una finca propia y además en representación, como administrador único, de una sociedad mercantil que también es deudora solidaria del mismo crédito e hipotecante de otra finca de su propiedad.

No obstante lo anterior, que es la opinión reiterada del Centro Directivo en materia de ESCRITURAS de préstamo hipotecario, nos encontramos en la vida diaria de nuestros despachos profesionales (especialmente desde la fusión de los cuerpos de notarios y corredores de comercio producida el 1 de octubre de 2000) con una práctica habitual en la intervención de PÓLIZAS de préstamos y créditos bancarios en las que ha sido y es usual que las entidades financieras las redacten haciendo comparecer a una sola persona que representa a la vez a las partes deudora y fiadora, ya sean éstas personas físicas o jurídicas. Ante esta práctica consolidada, aparentemente contradictoria con los criterios sentados por la DGRN para los préstamos hipotecarios, cabe preguntarse si los notarios podemos continuar interviniendo pólizas con esas características, y si existe alguna diferencia sustancial entre los préstamos con garantía hipotecaria y los préstamos con garantía personal que permita establecer distintos criterios para apreciar la existencia de autocontratación ilegal.

La respuesta a estas preguntas es realmente complicada porque, si aplicamos analógicamente los restrictivos criterios de la DGRN referentes a las escrituras a la intervención de pólizas, deberíamos sostener la nulidad de millones de estos documentos firmados desde hace años con todas las entidades de crédito del país. Como puede apreciarse a simple vista, no nos encontramos ante un tema baladí ni ante una mera discusión escolástica, sino ante una cuestión de enorme trascendencia jurídica y práctica. ¿Cómo salvar entonces la aparente contradicción expuesta? En mi opinión, se hace preciso diferenciar varios supuestos en los casos resueltos por la DGRN:

— Casos de hipotecas en garantía de DEUDA PROPIA: la DGRN admite la doble o múltiple representación por un solo apoderado que comparece en nombre de varios deudores hipotecantes siempre que cada uno de esos deudores constituya una hipoteca sobre sus propios bienes en garantía de su propia deuda, es decir, cuando las deudas son mancomunadas y autogarantizadas. En los casos en que se ha pactado la solidaridad de las deudas, esto es, que por una deuda de uno de los deudores se pueda ejecutar una finca de otro de ellos, el Centro Directivo considera que existe conflicto de intereses y, en consecuencia, autocontrato ilegal (*vid.* Resolución de 21 de junio de 2001). No obstante, tal conflicto de intereses podrá evitarse con una expresa autorización para autocontratar.

— Casos de hipotecas en garantía de DEUDA AJENA: en estos casos, la DGRN, más estricta, considera que si hay una única representación de deudor e hipotecante, y no hay autorización expresa para autocontratar, hay autocontrato ilegal (Resoluciones de 20 de septiembre de 1989, 14 de julio de 1998 y 1 de junio de 1999).

No obstante lo anterior, la DGRN no ha podido pronunciarse directamente sobre la materia concreta que nos ocupa, ya que las pólizas intervenidas que documentan créditos y préstamos con garantía personal y no hipotecaria no acceden al Registro de la Propiedad, y no pueden ser objeto de resolución en recurso gubernativo. Pero vistas las analogías evidentes que existen entre ambos supuestos, ¿podemos trasladar sin más la doctrina de la DGRN dictada para los préstamos hipotecarios a los préstamos personales con garantía añadida, esto es, avalados o afianzados por un tercero?, ¿o quizás existe alguna diferencia sustancial de régimen jurídico entre unos y otros que nos permita considerar que los últimos deben regirse, en materia de representación, por criterios distintos que los primeros? Lo cierto es que una práctica inveterada en la intervención de pólizas por los antiguos corredores de comercio, y ahora por los notarios,

ha aceptado sin reparos esas dobles y, a veces, múltiples representaciones, aun sin facultades expresas para autocontratar.

Tras examinar con detalle todas las resoluciones dictadas por la DGRN en los últimos diez años en estas materias, no he encontrado en sus Fundamentos de Derecho ningún argumento que permita sostener una diferencia sustancial de régimen jurídico entre los préstamos hipotecarios y los personales en cuanto al tema del autocontrato. Pero resulta muchas veces más interesante y esclarecedor, desde el punto de vista del razonamiento jurídico, estudiar los argumentos de los notarios y registradores en las Exposiciones de Hechos de las resoluciones publicadas, que atender a la solución dictada por el Centro Directivo, con frecuencia limitada a la justicia material del caso concreto.

De esta forma, en la argumentación desarrollada por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, registrador de la propiedad recurrido en la Resolución de 20 de septiembre de 1989, aparece un rayo de luz. Esta Resolución resuelve un caso de hipoteca en garantía de deuda ajena, en la que una sola persona actúa como apoderado de la sociedad deudora y de la sociedad hipotecante por deuda ajena. GARCÍA GARCÍA, cuyos argumentos acaba respaldando la DGRN, expone que es la CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA el acto determinante de su calificación negativa “sin que conste que el órgano soberano de la sociedad hipotecante, o sea la Junta General, haya concedido facultades de autocontratación o haya autorizado o ratificado la constitución de hipoteca”. Resulta llamativo que el registrador no exija el consentimiento o ratificación de la Junta General de la sociedad deudora, limitándose a reclamarlo sólo de la hipotecante. ¿Por qué razón? El propio GARCÍA GARCÍA nos dice: “... el problema de la autocontratación es un problema que afecta al acto constitutivo de la hipoteca y está relacionado con la cuestión de la legitimación del constituyente de la misma, al tratarse de un apoderado que actúa en representación de dos sociedades, sin tener facultades expresas para autocontratar”. Y esa legitimación viene regulada por un precepto de nuestra Ley Hipotecaria, el artículo 139, al que se refiere expresamente el registrador recurrido, y que exige para constituir hipotecas en nombre de otro “poder especial bastante”.

Apuntado por GARCÍA GARCÍA el camino a seguir, podemos preguntarnos al objeto de nuestro trabajo: ¿qué quiere decir este peculiar artículo de la LH?, ¿por qué dicta la Ley Hipotecaria una norma de representación en sede de hipotecas voluntarias cuando el Código civil ya exige en el artículo 1.713.2 “mandato expreso” y en el artículo 1.857.3 “autorización legal” para hipotecar en nombre ajeno?, ¿qué quiere añadir la LH a estas normas generales del C.c.?

Es un hecho fácilmente constatable que todo nuestro ordenamiento legal trata con especial prevención el negocio jurídico de la HIPOTECA, por su enorme trascendencia patrimonial, ya que puede implicar una enajenación forzosa de parte del patrimonio de un sujeto en vía ejecutiva y sin ulterior prestación de consentimiento ni intervención de éste en el acto dispositivo. Ese recelo legal se hace todavía mayor cuando la hipoteca se constituye para garantizar una DEUDA AJENA, caso en el que ni siquiera el hipotecante experimenta, a cambio de aceptar la carga, un beneficio o incremento económico con el préstamo o crédito concedido, ya que el capital prestado va a parar a otra persona, el deudor principal. Muestra definitiva de esa especial prevención legal es que la hipoteca es uno de los casos excepcionales en el Derecho español de inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad (arts. 1.875.1 del C.c. y 145 de la LH), y no dispositiva como es regla general para los demás actos y negocios inscribibles. Luego, en definitiva, podemos deducir, a los efectos de este trabajo, que es la CONSTITUCIÓN DE UNA HIPOTECA la que marca la diferencia de régimen jurídico en materia de representación en nuestro Derecho, y no la contratación de un préstamo y ni siquiera el afianzamiento personal no hipotecario. El “poder especial bastante” exigido por el artículo 139 de la LH es, pues, algo más que el “mandato expreso” o la “autorización legal” que exige el C.c. Y ¿qué más? Probablemente la LH quiera que el poder sea tan “especial” que no sólo permita al representante hipotecar, sino que le permita hacerlo autocontratando consigo mismo o con otro representado por el mismo apoderado, debiendo indicarlo así de forma expresa.

Lo anterior nos permite sostener que, en los préstamos personales garantizados por tercero representado por el propio deudor, o incluso estando deudor y fiador representados por un apoderado común, no rige la exigencia de “poder especial bastante” que emana del artículo 139 de la LH, el cual es aplicable sólo a los préstamos hipotecarios como resulta de su propio encaje normativo. De esta forma queda bastante suavizada la posibilidad de autocontratar de forma lícita en las pólizas e incluso en las escrituras de préstamo o crédito personal no garantizados con hipoteca, aunque tal posibilidad no se haya previsto expresamente en los poderes del compareciente.

Como conclusión de todo lo anterior podemos sentar las siguientes REGLAS GENERALES:

1. Tratándose de PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, por exigencia legal, no basta que el autocontrato no sea por sí ilegal, por no cumplir los tres requisitos cumulativos que lo proscriben, sino que es necesario que el po-

der utilizado prevea EXPRESAMENTE la posibilidad de autocontratar para que el deudor representante del hipotecante, o el hipotecante representante del deudor, o un representante común de ambos pueda ser admitido a la firma de la operación por el notario autorizante. La única excepción a esa mención expresa que ha admitido la DGRN es el caso, muy poco común en la práctica de las entidades de crédito, en que las diferentes deudas sean mancomunadas y autogarantizadas, es decir, en las que cada deudor hipoteca bienes propios en garantía de su propia deuda, y no de la ajena. Lo anterior se refiere a los casos en que la doble representación afecta sólo a la parte deudora y a la parte hipotecante. En aquellos otros casos en los que, además, exista FIANZA PERSONAL añadida a la garantía hipotecaria, debemos distinguir tres posibilidades:

a) El compareciente interviene en representación del deudor hipotecante, ya sea éste persona física o jurídica, y también en nombre propio como fiador o avalista. Se trata del caso típico del administrador de una sociedad que pide un préstamo hipotecario para ésta y lo avala él personalmente. Aquí no existe autocontrato ilegal respecto del fiador personal, ya que no hay conflicto de intereses: el interés eventualmente perjudicado en el contrato sería exclusivamente el del fiador, que se limita a prestar garantía sin obtener el beneficio del préstamo, y al comparecer personalmente el propio fiador salva el posible conflicto con su consentimiento directo.

b) El compareciente solicita el préstamo para sí, y además lo avala en nombre de la persona o entidad por él mismo representada. En este caso sí puede haber autocontrato ilegal respecto de la parte fiadora, si el compareciente no está especialmente facultado para avalar autocontratando en su título de representación o por acuerdo social de la entidad avalista, que sería la eventualmente perjudicada en el conflicto de intereses, pues se limita a prestar garantía mientras que el préstamo lo recibe el deudor, a quien beneficia.

c) El compareciente no interviene en absoluto en nombre propio, sino que representa a la vez al deudor hipotecante y al fiador. Estamos ante el caso arquetípico del autocontrato ilegal. Para su validez deberá salvarse como hemos dicho anteriormente, en el título de representación o por acuerdo social.

2. En cambio, en los PRÉSTAMOS PERSONALES, ya se documenten en póliza intervenida o incluso en escritura pública, al no regir la exigencia legal del “poder especial bastante” del artículo 139 de la I.H, será suficiente que el autocontrato no cumpla los tres requisitos que lo hacen ilegal, especialmente el conflicto de intereses, siendo innecesario que el poder faculte expresamente al apoderado para autocontratar, bastando

con que lo haga para solicitar el préstamo o para avalarlo. No obstante, debemos aplicar el mismo criterio reseñado en el apartado anterior respecto del fiador personal, según que comparezca en persona o intervenga representado por el deudor o por un tercero que también represente a éste (si fuere un tercero ajeno al deudor no habría ningún problema). En el primero de estos casos no hay conceptualmente conflicto de intereses, como hemos visto antes, aplicándose la doctrina general expuesta para los préstamos personales. En los otros dos sí puede darse el conflicto, por lo que deberá salvarse de forma expresa en el título de representación o en el acuerdo social habilitante.

Septiembre de 2002

DETERMINACIÓN DE HEREDEROS

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. LEGISLACIÓN. 3. RESOLUCIONES DGRN. 4. DOCTRINA. 5. CONCLUSIONES.

1. Planteamiento de la cuestión

Cuando se trata de determinar los herederos de una sucesión nos encontramos con la cuestión de la exacta determinación o concreción de los mismos. Frente a la determinación realizada por el causante en su propio testamento se alza la duda razonable de tener la certeza –moral y jurídica– sobre la determinación y número de los mismos. Siempre se puede plantear la siguiente pregunta: ¿serán todos los hijos del causante?, ¿habrá tenido algún hijo posterior al otorgamiento del testamento?

Esta duda sobre la determinación de los herederos nunca se puede tener por solucionada. Hay que recordar que las pruebas negativas son de imposible cumplimiento –*ad impossibilia nemo tenetur*– y por muchos

certificados negativos, si los hubiera, declaraciones testificales y declaraciones de notoriedad nunca se tendría la certeza jurídica de que no puede aparecer un nuevo heredero no declarado o preterido o ignorado, incluso para la propia familia.

Pero entonces, hay que preguntarse, ¿el Derecho de sucesiones exige una certeza absoluta en la determinación de los herederos o solo una certeza jurídica razonable? Parece que solo es exigible esto último. El Derecho no es equivalente a la Moral. Las soluciones jurídicas son soluciones prácticas de casos que buscan un equilibrio razonable entre la seguridad jurídica y la agilidad del tráfico jurídico. Se trata de evitar tanto el extremo de la frivolidad, como el de la paralización del tráfico jurídico.

Siempre habrá un criterio de prudencia jurídica que deberá ir acompañado de las acciones judiciales correspondientes a las posibles reclamaciones de los perjudicados. Sin embargo, se deberá tener como premisas que:

1. La determinación de heredero exige como acto previo la existencia del mismo. El hecho es anterior al derecho: *Da mihi factum, dabo tibi ius*.
2. Que la prueba de la existencia de otros posibles herederos le incumbe al que lo afirma, no al que lo niega.
3. Que el heredero preterido de la herencia no lo es de la Ley puesto que siempre tendrá su acción de reclamación de la herencia.

2. Legislación

Con esta introducción no encontramos con la legislación básica aplicable:

Ley Hipotecaria:

Artículo 14. El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el art. 979 LEC.

Reglamento Hipotecario:

Artículo 82. En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.

Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.

En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba (...).

Fuero Nuevo de Navarra:

Ley 236. Autorización al fiduciario para elegir fideicomisarios.— (...) Si el fiduciario no hiciera uso de esa facultad, todos los fideicomisarios lo serán por partes iguales. En este caso, y cuando el disponente no hubiere designado nominativamente a los fideicomisarios, la determinación podrá hacerse por acta notarial de notoriedad o información ad perpetuam memoriam.

3. Resoluciones DGRN

La DGRN se ha ocupado de este tema en diversas ocasiones. Un extracto de las más importantes sería el siguiente:

1. **Res. DGRN 8 mayo 2001: TERCERO.**— Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 4 de mayo de 1999), no puede ser estimada la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes posteriores a los designados en los respectivos testamentos, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece contradicha en la propia regulación legal (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria).

2. **Res. DGRN 4 mayo 1999: CUARTO.**— Por lo demás, el argumento de que la necesidad de despejar dudas sobre la posible existencia de otros herederos forzosos preteridos, determina, en el supuesto debatido la necesidad de acta de declaración de herederos, no puede ser estimado, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros legitimarios que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece claramente contradicha en la propia regulación legal (cfr. art. 14 de la Ley Hipotecaria).

3. **Res. DGRN 21 febrero 1992: PRIMERO.**— La única cuestión a debatir en el presente recurso es la de decidir si a efectos de la inscripción en el Registro de la propiedad de la respectiva partición, es suficiente para la determinación de los que son llamados a una herencia por vía de sustitución cuando no aparecen designados nominativamente, la sola manifestación hecha ante notario —con ocasión de la documentación del acto particional— por quienes alegan ser tales sustitutos y por otros comparecientes, o, si por el contrario, se precisa —como sostiene el registrador en su nota— prueba fehaciente de tal extremo.

SEGUNDO.— La sola consideración de la inseguridad que provocaría la tesis mantenida por el notario recurrente en orden a la firmeza de la partición de este modo realizada, así como la evidente inadmisión en la esfera registral (regida por el principio de titulación fehaciente del hecho o acto inscribible —vid. art. 3 LH—) de un pretendido medio de prueba que se reduce a las manifestaciones de quienes invocan la condición debatida, y de otros particulares, bastaría para la desestimación del recurso; mas ésta viene además confirmada por el texto claro y categórico del art. 82.3 Rgto. hipotecario, cuando exige acta de notoriedad para la determinación del extremo ahora cuestionado, y ello cuando de la ley o de la cláusula de sustitución no resulte la necesidad de otro medio probatorio (vid. L 236 Compilación de derecho civil foral de Navarra).

4. **Res. DGRN 24 febrero 1950** en donde la DGRN entiende que en el caso examinado es absolutamente injustificado exigir declaración judicial de herederos abintestato, existiendo institución hereditaria de todo el caudal relicto hecha en testamento válido, de forma que no es necesario promover el juicio universal.

De todas ellas, la última de 8 de mayo de 2001 ha vuelto a plantear la cuestión ofreciendo una solución ágil a la cuestión. En comentario a dicha resolución señala NAVARRO VIÑUALES (1) que nuestro sistema jurídico civil prevé que el último testamento rige la sucesión y hay que estar al contenido del mismo. Pueden surgir y surgen supuestos de preterición de hijos y descendientes —con carácter excepcional— pero se estima más oportuno que el sistema funcione ajustándose al contenido del último testamento, sin perjuicio de que por la vía judicial se solucionen los casos de preterición. Con razón dice que *el Derecho no ha de procurar el mejor de los mundos, sino tan sólo el mejor de los mundos posibles*. Si se quisiera aumentar el rigor en este punto se introducirían unos costes adicionales y una complejidad que sólo en excepciones estarían justificados.

4. Doctrina

La doctrina al referirse a este problema aporta las siguientes soluciones:

Las acciones sucesorias son, como todas las acciones, prescriptibles (art. 1.930 C.c.). Sin embargo, el propio C.c. no señala plazo de prescripción para la acción de petición de herencia (arts. 1.016 y 192). En cuanto a este plazo, la casi generalidad de la doctrina y jurisprudencia señala como plazo de prescripción de la acción de petición de la herencia el de

(1) NAVARRO VIÑUALES, José-María, “Comentario de la Resolución DGRN 8 mayo 2001”, en *La Notaría*, 2001, junio, p. 266.

treinta años contados, en principio, desde la muerte del causante –STS 30 de marzo de 1889, 8 de octubre de 1962 y 7 de febrero de 1960, entre otras–. En Cataluña (art. 275) y Navarra (ley 324) la acción de petición de herencia prescribe a los treinta años.

Por otra parte, el testamento constituye por sí solo título bastante para la transmisión de los bienes del causante, como afirma la STS de 5 de diciembre de 1955. Y esto entendido en unión de las medidas y consecuencias legales derivadas de la intangibilidad de la legítima (formal y material) y de la consiguiente preterición (intencional y no intencional) de los herederos legitimarios conforman un sistema jurídico que protege suficientemente el derecho de los herederos ignorados u olvidados, permitiéndoles acciones suficientes para la defensa de sus derechos de manera que se evita el posible expolio o usurpación de derechos hereditarios.

El Derecho pretende ser exhaustivo, no renuncia a esta pretensión, que es también jurídica, pero quiere compaginarla con el funcionamiento normal del tráfico jurídico y la aplicación natural de las leyes. Piénsese que treinta años es una generación. Que el heredero real debe demostrar un interés real y jurídico por la herencia y los bienes que la integran. Que este interés es digno de protección jurídica. Pero, al mismo tiempo, el Derecho renuncia a la *prueba diabólica* de la existencia de otros herederos más allá de lo razonable al mismo tiempo que ofrece acciones jurídicas de protección a los posibles perjudicados.

Por otro lado, el mismo fundamento jurídico se puede encontrar en otras instituciones como la usucapión, la posesión de buena fe, la construcción extralimitada, etc. En todos los supuestos el Derecho protege los derechos subjetivos, pero no se subordina a ellos. Entre otras cosas, porque exige un interés particular digno de protección y puesto de manifiesto.

5. Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto se podría concluir lo siguiente:

1. Si los herederos están nominativamente designados por el causante en el título de la sucesión debe ser suficiente dicha designación, sin que sea exigible ningún otro medio de prueba.
2. Si el causante ha atribuido dicha facultad a un tercero, como comisario de su herencia, habrá que estar y pasar por la designación que éste haga sin que sea exigible ningún otro medio de prueba.
3. Si los herederos han sido designados genéricamente o por estirpes o en representación o comparecen como sustitutos vulgares gené-

ricamente designados, deberá acreditarse fehacientemente la determinación de los mismos por medio de la oportuna acta de notoriedad o por cualquier otro medio de prueba idóneo.

4. En ningún supuesto puede ser suficiente la mera manifestación de los interesados en la herencia de ser los únicos herederos posibles. Aparte de la inseguridad jurídica que lleva consigo, es evidente que existe un conflicto de intereses no resuelto respecto de los posibles herederos preteridos.
5. Siempre y, en todo caso, queda a salvo la acción de petición de herencia y las acciones en defensa del derecho hereditario de los herederos reales preteridos.

Audiencia Provincial de Alicante

.

SUCESIÓN INTESADA A FAVOR DE CONVIVIENTES (Una resolución sorprendente de la Audiencia Provincial de Alicante)

GABRIEL GARCÍA CANTERO
*Catedrático de Derecho Civil
y Emérito de la Universidad de Zaragoza*

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚM. CINCO ELCHE**

(Antiguo Juzgado Mixto núm. Nueve)

**Auto Declaración de Herederos
núm. 423/01**

AUTO

En la ciudad de Elche, a veinte de marzo de dos mil dos.

I. HECHOS

PRIMERO.— Que por la Procuradora de los Tribunales Dña. G. M. S., en nombre y representación de D. J. L. L., se promovió expediente de declaración de herederos abintestato de Dña. S. G. C., interesando se declarara que el soli-

citante, que había mantenido una relación marital de hecho con la fallecida, según se declaraba en sentencia judicial de fecha quince de enero de dos mil uno, era el único heredero abintestato de la misma.

SEGUNDO.— Que teniendo por presentada dicha solicitud, se incoó el correspondiente procedimiento, acordando llamar por edictos a las personas que se creyeran con igual o mejor derecho a la herencia, realizándose las correspondientes publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia. Verificado ello, se practicó la prueba testifical interesada, remitiéndose las actuaciones al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de oponerse a la declaración solicitada.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— Afirma el Ministerio Fiscal en su informe de fecha uno de febrero de dos mil dos que la equiparación al *cónyuge legal* de la *pareja de hecho* no puede extenderse por analogía *legis* o *iuris* al supuesto analizado de sucesión *mortis causa*.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de marzo de 1997 ha señalado que “los órganos judiciales están vinculados a la ley por la Constitución (art. 117), sin que se admita que puedan crear Derecho. Por tanto, es obvio que la regulación con carácter general de las uniones extramatrimoniales en modo alguno les compete, si es que fuera necesario regularlas. Mucho menos pueden quebrantar la ley, con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, como lo sería aplicar el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de fecha 29 de mayo de 2001, en la que deniega idéntico derecho al pretendido a persona que afirma haber mantenido una relación estable de carácter homosexual con el causante, pero cuyas conclusiones serían en parte extrapolables a una unión heterosexual como la presente, cuando afirma que “la Sala... no obstante, ha de mantener el criterio de rechazo a la demanda, en parte, y principalmente, con ratificación de la valoración de pruebas por el juzgador «a quo», según la falta de justificación suficiente de esa supuesta «comunidad de vida y de afectos» y que no debiera merecer discriminación de trato en Derecho, y por parte de la sociedad y del Estado; y, en otra proporción, por la inexistencia de todo derecho a esa sucesión legítima, como si de «cónyuge viudo» del difunto se tratara y en la persona del otro miembro de la «pareja» o «unión de hecho». No utilizable, al caso, la fórmula de la «analogía», que sería «interpretación extensiva» y sin el menor fundamento jurídico; en absoluto equiparables, y sin más (solo por ese argumento de evitarse toda clase de «discriminaciones» en Derecho), y que lo serían contra el principio de «igualdad constitucional» de todos ante la Ley empleado en el Preámbulo de la Ley 1/2001, de 6 de abril y sobre «uniones de hecho» de las Cortes Valencianas, y contemplándose la circunstancia, por sí misma indiferente en Derecho, de la

«diferente orientación sexual de las personas» y en cuanto que eventualmente justificadora de trato diferenciado, en absoluto, equiparables, se repite, unión homosexual de hecho, aun probada, y matrimonio”.

Sigue afirmando la referida sentencia que “el que una reciente Ley de las Cortes Valencianas aborde cierta normativa sobre estas situaciones personales, por la necesidad de seguridad jurídica para los constituyentes o integrantes de esas uniones «de facto», nada significará y en orden a una eventual, posible, y desde luego futura «extensión del Código Civil» a estas situaciones en lo personal y en lo patrimonial, básicamente, regulándose (en lo administrativo y en la constatación «erga omnes») la inscripción de tales parejas cara a esa extensión de efectos jurídicos (artículos 1 a 3), y remitiéndose en todo caso a los pactos que convinieren sus miembros «para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese...» (art. 4.1), y con un criterio de presunción «iuris tantum» de contribución por ambos y equitativamente al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho, «en proporción a sus recursos», ... con posibilidad de inscribirse tales pactos en el Registro «ad hoc» y, desde luego, sin poder perjudicar nunca los mismos a tercero... Importante destacar, en el contexto de las referencias a estas normativas autonómicas, que si las Cortes Valencianas habían instado al Gobierno de la Generalitat, y a fin de que ésta requiriese al Gobierno del Estado para lograr «la aprobación de medidas legislativas que supongan el reconocimiento explícito de las uniones de hecho», así como la «modificación» de aquellas «disposiciones legales referentes a situaciones jurídico-patrimoniales, derecho sucesorio, seguridad social, arrendamientos urbanos, derecho de adopción, legislación laboral... que en la práctica supongan una discriminación de hecho respecto a las personas que se relacionan mediante uniones de hecho», ... a subrayarse que la regulación autonómica de la Ley 1/2001, antes aludida no afecta a las «relaciones jurídicas entre personas» que, por incidir en el ámbito de la «legislación civil», viene reservada genéricamente, como competencia exclusiva, al Estado, de acuerdo al art. 149.1 8 de la Constitución de 1978...– Y «competencia estatal exclusiva», la dicha, que, hasta el momento, y sobre esa regulación en Derecho Civil de unas tales «uniones», no ha progresado y como para comprender también el aspecto sucesorio postulado en autos. En consecuencia, y por el momento, al insistirse en la innegable sede del «Derecho Civil Estatal» a la hora del «régimen jurídico de las relaciones personales y patrimoniales de la convivencia en las uniones de hecho»; que, y se concluye, ninguna modificación ha introducido, y que menos ha modificado los arts. 944 y 945 C.C. ni siquiera lanzado a la vida del Derecho «contrato de unión civil» alguno, ... menos institución protegible jurídicamente de «unión o pareja de hecho estable», en su caso, con regulación en lo jurídico-patrimonial, ni con surgimiento de derechos hereditarios”.

SEGUNDO.– No obstante todo ello, en el presente caso concurren circunstancias excepcionales que permiten, salvo mejor criterio de la Superioridad, una interpretación distinta a las hasta el momento expuestas. Y ello, toda vez que en Sentencia de este mismo Juzgado de fecha quince de enero de dos mil uno, que

devino firme, se declaró “que la convivencia que mantuvo el Sr. L. L. con la Sra. G. C. lo fue como si de un matrimonio se tratase, y, en consecuencia, que los bienes adquiridos por ambos durante esa convivencia tienen carácter de gananciales, procediéndose a la liquidación de gananciales, que se practicará en ejecución de sentencia, así como a la apertura de la sucesión intestada de la herencia de Dña. S. G. C.”

No debe olvidarse que el artículo 3.2.º del Código Civil dispone que “*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*”. Al respecto de ello, ha señalado el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 8 de octubre de 1992 que “la equidad en sentido estricto no es fuente del Derecho, sino una regla de interpretación y, en su caso, de aplicación de las leyes, y sólo tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de un vacío legal”; en Sentencia de fecha 10 de diciembre de 1997, que “la equidad es un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética pueda fundar por sí solo una resolución judicial, ya que textualmente el apdo. 2 del artículo 3 del Código Civil prohíbe que las resoluciones judiciales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad, salvo cuando la ley expresamente lo permita”.

Sobre la conveniencia de incluir al conviviente entre las personas con derecho a concurrir en la sucesión intestada se manifiesta en sentido positivo la mayoría de la doctrina, siendo de destacar que en las proposiciones de Ley de IU/IC Grupo Socialista y Coalición Canaria se incluye una modificación, con contenido coincidente, de los artículos 913, 943, 944 y 954 del Código Civil, en el sentido de deferir la herencia, a falta de herederos testamentarios, a los parientes del difunto, al viudo, viuda o *persona que hubiere venido conviviendo como pareja de hecho de forma estable con el difunto, y al Estado*, conviviente que, a falta de ascendientes y descendientes y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes al difunto.

Por todo ello, en el presente caso, sin que se pretenda, sin más, la aplicación analógica de las normas de la sucesión intestada a las uniones de hecho, pero interpretando las mismas desde la perspectiva de la equidad y de la realidad social en que las normas son aplicadas, y dado que, como expresa la Sentencia de este mismo Juzgado de fecha quince de enero de dos mil uno “la convivencia entre el demandante y la Sra. G. C. lo fue como si de un matrimonio se tratara, siendo voluntad de ambos formar con los bienes adquiridos a partir de su unión un condominio, como si de bienes gananciales se tratara, y, en concreto, en lo que respecta al domicilio conyugal adquirido conjuntamente por ambos, como se refleja en el documento privado y posterior escritura pública, en la que se identifican ambos como cónyuges a los efectos consiguientes”, siendo éste el único bien de la comunidad conyugal, y, según se desprende del escrito de demanda, el único bien propiedad de la causante, de la que no consta la existencia de otros parientes con mejor derecho, se estima procedente acceder a lo solicitado, declarando único heredero abintestato de Dña. S. G. C. a D. J. L. L.

Por lo expuesto, vistos los preceptos invocados y demás de general y pertinente aplicación al caso:

DISPONGO: Que DEBO DECLARAR Y DECLARO a D. J. L. L. único heredero abintestato de Dña. S. G. C., a los efectos procedentes.

Notifíquese la presente resolución a los interesados y hágaseles saber que contra la misma podrán interponer Recurso de Apelación en el plazo de cinco días a contar desde su notificación.

Esto es lo que manda y firma Dña. M.º E. A. R. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Elche y su partido.

Auto de 24-07-2002

**(Sección 7.ª de la Audiencia Provincial
de Alicante con sede en Elche) núm. 167/02.**

Iltmos. Sres.:

Presidente: D. J. M. R.

Magistrado: D. J. T. J. M.

Magistrado: D. J. G. M.

En la ciudad de Elche, a 24 de Julio de dos mil dos.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de declaración de herederos núm. 423/01 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Elche (actual Instancia número 5), de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por el Ministerio Fiscal, habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, y como apelada D. J. L. L. representado por la Procuradora Sra. M. S. con la dirección de la Letrada Sra. R. M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Elche en los referidos autos, tramitados con el número 423/01, se dictó auto con fecha 20 de marzo de 2002, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que DEBO DECLARAR Y DECLARO a D. J. L. L. único heredero abintestato de Dña. S. G. C., a los efectos procedentes”.

SEGUNDO.— Contra dicho auto, se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 449/02, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la resolución de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 24 de Julio de 2002.

TERCERO.— En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. *Sr. D. J. T. J. M.*

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— La cuestión planteada consiste en determinar, si como se recoge en la resolución recurrida cabe reconocer en el presente caso y atendiendo a las específicas circunstancias concurrentes, el derecho del conviviente de hecho a suceder abintestato como único heredero de su pareja fallecida tras más de 26 años de convivencia.

La sucesión por causa de muerte, como dicen Díez-Picazo y Gullón, no es más que una aplicación del concepto de la sucesión, que es la sustitución de un sujeto por otro en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos. La sucesión responde en cualquier caso a una necesidad social que se encuentra en la necesidad jurídica, que exige la continuidad en las relaciones jurídicas. Como expone Cicu, si la muerte supusiera la extinción de las relaciones jurídicas que tenía el difunto se produciría una grave inseguridad en la vida jurídica, pues los bienes se harían *nullius*, se extinguirían los *iura in re aliena*, los créditos y las deudas, beneficiándose así sin causa los propietarios y deudores y perjudicándose los acreedores.

Dibujado el fundamento de la sucesión, la pregunta que surge es la de quiénes son las personas que han de continuar la titularidad de esas relaciones jurídicas y cómo han de resultar designadas, y en particular por lo que aquí nos interesa, si dentro de ese grupo encuentra un lugar en la sucesión aquella persona que convive de forma estable con el fallecido en relación análoga a la del cónyuge, pero sin estar unido por el matrimonio. Centrándonos en la sucesión intestada o legal, que opera en defecto de previsión testamentaria del fallecido, tiene lugar en los casos que enumera el artículo 912 del Código Civil (inexistencia de testamento, falta de institución de heredero en todo o en parte de los bienes, falta de disposición de todos los que pertenecen al testador, premoriencia del heredero, repudiación de la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer, incumplimiento de la condición o incapacidad para suceder), la delación de la herencia se produce según el artículo 913 a favor de los parientes del difunto (descendientes y ascendientes por el orden y con las cuotas que establecen los artículos 930 a 942 del Código Civil), del cónyuge viudo (artículo

los 943 a 945), en su defecto de los colaterales (artículos 946 a 955), y del Estado (artículos 956 a 958). Del tenor literal de la expresada normativa, queda claro que no se incluye la vocación hereditaria de los convivientes *more uxorio* en la sucesión legal.

Siguiendo al autor Eduardo Estrada Alonso, cabe decir sin embargo que no siempre ocurrió así en el Derecho Español, pues ya en el Derecho Romano, y más concretamente en las *Novellae* de Justiniano, se planteó el problema de los derechos sucesorios de la *concubina*. También en el Breviario de Alarico, los Fueros Municipales y las Partidas contenían disposiciones en este sentido.

Este sistema tan restringido para la sucesión intestada en el Derecho Civil español actual contrasta con la situación de otros sistemas, en los que se conceden expresamente derechos sucesorios a la conviviente de hecho, como sucede en el Derecho Mexicano y en el de Guatemala, y más próximo a nuestro entorno el Derecho Inglés permite a los tribunales que se acuerden medidas financieras razonables a favor de la persona que asistiese al fallecido en el periodo inmediatamente anterior a su muerte.

SEGUNDO.— La situación actual de la realidad legislativa española sobre las parejas o uniones de hecho se encuentra pendiente de dar satisfacción a la necesidad de una normativa general sobre el llamado “contrato de unión civil”, ya que, la legislación civil viene reservada genéricamente como competencia exclusiva al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1 8 de la Constitución Española de 1978. Las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre parejas de hecho tienen un alcance limitado, por ser de índole “administrativa”. Así la Ley 1/2001, de 6 de abril de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las uniones de hecho, aborda cierta normativa sobre estas situaciones personales, permitiendo su inscripción en el Registro “ad hoc” que se crea al efecto, de cara a la extensión de ciertos efectos jurídicos y remitiéndose en todo caso a los pactos que contraigan sus miembros para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese. Pero en dicha normativa, no se contempla por el principio de competencia antes aludido, tras la extinción de la unión de hecho por muerte de uno de sus miembros, el reconocimiento de derechos sucesorios, ya que ello exige la modificación del Código Civil.

Por su parte, por citar otros ejemplos, la Ley de Unión Estable de Pareja del parlamento catalán de 15 de julio de 1998, aun siendo la más avanzada en la materia, reconoce sólo ciertos derechos de carácter sucesorio de forma limitada. En el mismo sentido, la Ley 6/1999 de Aragón, de Parejas Estables no casadas, sólo contempla en este ámbito un derecho a los muebles e instrumentos de trabajo comunes, cualquiera que fuera la disposición testamentaria o los pactos sucesorios.

No obstante esta falta de reglamentación general, la realidad legislativa ha afrontado fragmentariamente el problema, siendo de mencionar como botón de muestra en el ámbito civil, el artículo 101 del Código Civil que contempla como causa de extinción de la pensión compensatoria fijada en los casos de separación y divorcio “el vivir maritalmente con otra persona”. El artículo 320 del mismo

texto legal considera la convivencia marital de quien ejerce la patria potestad con persona distinta del otro progenitor como causa que autoriza al juez para conceder la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años, si éstos lo pidieren y previa audiencia de los padres. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, extiende la excepción a la norma general de que nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona fuera de ambos cónyuges, “al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana, permite a las parejas no casadas la utilización de técnicas de reproducción asistida. La Ley de arrendamientos urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, atribuye a la persona que hubiere convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, dos años, los mismos derechos que al cónyuge en los casos de desistimiento y vencimiento del contrato (artículo 12), y para subrogarse en el mismo a la muerte del arrendatario (artículo 16 y Disposición Transitoria Segunda B, número 7).

Finalmente, fuera del ámbito civil también se reconocen expresamente determinados efectos jurídicos a la pareja de hecho en el Código Penal (artículos 23, 153, 424 y 617), en la Ley Orgánica 6/1984 de Hábeas Corpus (artículo 3.a), en la Ley 5/1984 reguladora del Derecho de Asilo (artículo 10), y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 391), por citar algunas de las más relevantes.

TERCERO.— De lo expuesto se desprende que las relaciones de convivencia estable o uniones de hecho, además de ser una realidad social, representan una situación de hecho plenamente legítima y carente hoy por hoy de una regulación general, fuera de las referencias legislativas antes expresadas y de las respectivas normativas de las Comunidades Autónomas sobre la materia, pero no por ello las innegables consecuencias jurídicas que originan pueden ser ignoradas por el ordenamiento jurídico y por los Tribunales de Justicia por mor de la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas (artículo 3.1 del Código Civil), y la necesidad de adecuación de todas las normas a la Constitución Española, pues como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de diciembre de 1998, “*dentro de la realidad social del tiempo en que tales normas han de ser aplicadas, se integran las exigencias derivadas de la acomodación del ordenamiento jurídico a los derechos constitucionalmente garantizados*”.

En este sentido, debemos tener en cuenta que el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución Española reconozca al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, no quiere decir que la Constitución prohíba el derecho de los mismos a formar una unión de hecho, ni que reduzca su protección a la familia como institución jurídica (unión de dos cónyuges que suscriben el correspondiente “contrato” de matrimonio) y no la extienda también a la familia como realidad natural (unión efectiva y estable de una pareja). Precisamente la referencia genérica que a la familia contienen los

artículos 18, 35, 50 y sobre todo el artículo 39 de la Constitución, avalan esta última tesis respecto al reconocimiento y tutela de los efectos que produce la convivencia *more uxorio*. El Tribunal Constitucional en la sentencia 47/1993, de 8 de febrero, en su fundamento de derecho segundo dice: *“la Constitución no identifica a la familia que manda proteger el artículo 39.1 con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39) sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial, en el repetido artículo 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”*.

Por su parte el Tribunal Supremo en numerosas sentencias y entre ellas, sin pretensión de exhaustividad, las de 9 de abril de 1979, 13 de junio de 1986, 23 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1994 y 4 de abril de 1997, viene declarando que las uniones libres, de hecho o *more uxorio* aunque carentes de precisa normativa constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, máxime cuando la Constitución, pese a no preverlas, tampoco expresamente las interdicta y rechaza y proyecta la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 22 de abril de 1997, señala que el concepto “vida familiar” previsto por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no se limita únicamente a las familias basadas en el matrimonio sino que puede englobar otras relaciones de hecho.

CUARTO.— Sobre el problema específico que nos ocupa, es decir, el reconocimiento o no de derechos sucesorios abintestato al conviviente de hecho sobre los bienes de su pareja fallecida, no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuyas sentencias sobre el tema de las parejas de hecho se dividen en dos grupos: el primero, las relativas a pensiones de viudedad en las que una sola sentencia se pronunció a favor de su reconocimiento (sentencia 260/1988, de 22 de diciembre) y el resto se inclinó por su denegación (sentencias 184/1990, de 15 de noviembre, 29/1991, de 14 de febrero, 31/1991 de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril, y 64/1994, de 28 de febrero, etc.). El segundo grupo de resoluciones son las relativas al artículo 58.1 (la llamada subrogación *mortis causa*) de la antigua Ley de arrendamientos urbanos de 1964, que las declara extensible a la unión de hecho (sentencias 222/1992 de 11 de diciembre y 47/1993, de 8 de febrero).

Por su parte en la jurisprudencia del Tribunal Supremo las cuestiones relativas a la unión de hecho que se han planteado en recursos de casación han sido muy poco variadas y siempre referidas al concepto estricto. La idea central de todas las sentencias es que la unión de hecho no está regulada por la ley, pero tampoco es rechazada por ésta: es ajurídica, pero no antijurídica. La posición del Tribunal Supremo la podemos resumir en las siguientes declaraciones:

- a) Que la protección constitucional de la familia, que consagra el artículo 39.1 se extiende no sólo al matrimonio, sino también a las uniones no matrimoniales por imperativo del artículo 14, sin dejar de reconocer que no son situaciones equivalentes, como tiene declarado el Tribunal Constitucional en los autos 156 y 788/1987 y en las sentencias 260/1988, 184/1990, etc.
- b) Que la admisión de esta realidad social ha motivado interesantes cambios en orden a la solución de los problemas de ella derivados, que desde luego no vienen facilitados por la aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio por no concurrir la semejanza o identidad de razón que exige el artículo 4 del Código Civil.
- c) Que esa falta de equivalencia de las uniones de hecho con el matrimonio impide la aplicación de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales, de ahí que sean los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados los que patenten su voluntad de regir las relaciones patrimoniales por uno u otro de los regímenes legales del Código Civil o de los derechos forales, o de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.
- d) Que, por tanto, de la unión de hecho no surge una comunidad de bienes ni una sociedad universal de gananciales por el mero hecho de su existencia, lo que no empece su aplicación si así se pactó, el nacimiento de una comunidad o de una sociedad particular respecto a bienes o negocios concretos adquiridos o explotados en común.
- e) Que, el Tribunal Supremo en ocasiones para reparar los desequilibrios y desigualdades que la ruptura de la unión provoca, ha acudido al instituto que prohíbe el enriquecimiento injusto.

Finalmente indicar que sólo una sentencia, la de fecha 4 de marzo de 1997, aparte de reiterar la inaplicabilidad de normas fundadas en el matrimonio, especialmente las relativas al régimen económico-matrimonial, toca el tema sucesorio de forma indirecta: dice el fundamento 6.º: *no es aplicable la regla prohibitiva del enriquecimiento injustificado cuando el presunto enriquecimiento lo ha sido en virtud de una disposición legal (que aquí sería el ordenamiento jurídico de la sucesión mortis causa abintestato).*

QUINTO.— El Ministerio Fiscal en su recurso de apelación contra el auto de primer grado, censura a la juzgadora *a quo* que haya acudido a la aplicación analógica de las normas sucesorias a la convivencia *more uxorio* que hubo entre el solicitante y la fallecida, reproche que no puede ser tenido en consideración, ya que, la propia resolución combatida en el último párrafo del fundamento segundo, deja bien claro que no basa su decisión en la aplicación analógica de las normas sucesorias, sino en la interpretación de las mismas desde el prisma de la equidad y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

La Sala entiende a este respecto, que para la adecuada resolución del conflicto concreto que se plantea no es preciso entrar a dilucidar sobre la vieja y tan debatida cuestión relativa a qué modalidad de aplicación analógica de las normas habría que acudir ex artículo 4.1 del Código Civil (*analogía iuris* o *legis*)

para resolver la cuestión de índole económico-patrimonial que origina la extinción de la unión de hecho que formaban el solicitante y su pareja tras el fallecimiento de esta última, y ello sin perjuicio de recordar a mayor abundamiento, que el propio Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 4 de abril de 1997 ha señalado que *“la aplicación analógica de las normas de régimen de gananciales debe mantenerse cuando, en el caso del litigio, no existían elementos derivados de la propia conducta de que los que así conviven determinante de la exclusión de esa aplicación analógica, y ello, por el sentido estricto con que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable a las llamadas uniones de hecho o more uxorio, como se dice, ello habrá de ser cuando en la compulsa de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión, no aparezcan circunstancias de hecho, o, hasta instrumentos de pactos expresos suficientes, que eliminen esa aplicación de reenvío”*.

Recordemos que en el caso enjuiciado la convivencia entre el solicitante y la fallecida se ajusta a los requisitos tradicionales exigidos por la mayoría de la doctrina para que la unión de hecho pueda producir efectos jurídicos, a saber:

- a) Heterosexualidad (aunque este extremo esté cada vez más diluido al admitirse las uniones de carácter homosexual).
- b) La capacidad de los sujetos, que para unos debe de coincidir con la exigida para contraer matrimonio, mientras que para otros debe ser la precisa para contratar.
- c) La relación sexual monogámica, que para algunos incluye la procreación.
- d) La voluntad continua o *affectio*.
- e) La comunidad de vida estable y duradera desarrollada en un único domicilio.
- f) La notoriedad excluyente de las relaciones ocultas y secretas.
- g) La ausencia de toda formalidad como presupuesto de validez, lo que no impide la existencia de pactos escritos regulando las relaciones entre los convivientes y sus efectos.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 1992 dice: *“la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar”*.

En el supuesto aquí tratado dicha convivencia *more uxorio*, fue pública y notoria, durando más de veintiséis años, siendo voluntad de ambos convivientes formar con los bienes adquiridos a partir de su unión un condominio, como si de bienes gananciales se tratara. En concreto, el único bien de la comunidad adquirido conjuntamente con el esfuerzo económico de ambos integrantes de la unión de hecho, es el domicilio familiar adquirido primero en documento privado y posteriormente en escritura pública, en los que incluso se identifican ambos como cónyuges a los efectos consiguientes, representando dicha vivienda el único bien propiedad en un 50% de la fallecida, de la que no consta que existan otros parientes con derecho a suceder en el mismo.

SEXTO.— A juicio de la Sala, el problema de la equiparación no es el verdadero *thema decidendi*, ni el que realmente importa desde el punto de vista de dar una solución equitativa al presente conflicto sucesorio, ya que lo que se pretende en este recurso, no es asimilar a todos los efectos la unión de hecho al matrimonio legal, sino dar el mismo trato a unas concretas consecuencias iguales en las distintas hipótesis. Equiparar matrimonio y unión libre supondría suprimir uno de los términos, desapareciendo el problema y haciendo inútil la discusión. No parece lógico que el que opta libremente en el desarrollo de su personalidad por una unión de hecho, es decir, sin trabas ni formalismos legales, pueda luego pedir que se le aplique la normativa legal matrimonial, tanto en el orden personal como en el patrimonial, simplemente porque le beneficie.

Lo que sí es aceptable y congruente es que el conviviente de hecho pueda exigir del Estado, y por tanto a los Tribunales de Justicia, no resultar perjudicado por ser preterido en la sucesión intestada de su pareja fallecida sin causa justificada, cuando el solicitante y la fallecida formaron una concreta unión *more uxorio* que se caracterizó por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquéllos se comportaron como si de un verdadero matrimonio se tratara, habiendo quedado plenamente probado que su intención fue llevar también una unión patrimonial plena, que como es lógico creó tras una larga vida en común una serie de intereses patrimoniales y económicos entre los convivientes que han de contribuir al levantamiento de las cargas de la convivencia y responder de las deudas contraídas, generando un patrimonio común que se confunde entre los integrantes de la pareja de hecho, así como la existencia de otras actividades, como el trabajo doméstico o de otra naturaleza, por lo que tras la extinción de dicha unión por muerte de uno de sus integrantes, debe evitarse por este Tribunal que la ausencia de previsión legal expresa del conviviente de hecho en la sucesión legal o intestada prevista en los artículos 943 y 944 del Código Civil sólo para el cónyuge viudo, pueda causar un perjuicio inaceptable para una de las partes de la unión, conforme al principio de “protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho” reconocido expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 1998, cuyo principio hace derivar de las normas constitucionales (artículos 10, 14 y 39), de normas de derecho privado (artículo 96 CC) y de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 (artículo 16).

Por consiguiente, esta Sala debe mostrar su conformidad con la decisión adoptada por la juzgadora *a quo*, que en definitiva amparándose en la equidad (artículo 3.2 del Código Civil) y en la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas (artículo 3.1 del mismo texto legal), realizó una interpretación extensiva de las normas sucesorias equiparando al cónyuge del difunto, a la persona que hubiere venido conviviendo como pareja de hecho de forma estable con el fallecido, pues dentro de la realidad social del tiempo en que deben ser aplicados los artículos 943 y 944 del Código Civil, se integran las exigencias derivadas de la acomodación del ordenamiento jurídico en su interpretación, y en espera de una futura regulación legal expresa, a las normas de la Constitución Española anteriormente analizadas. En definitiva, la interpretación de la citada

norma debe realizarse de modo que resulte más acorde con los preceptos contenidos en la norma fundamental que protegen a la familia de hecho. Ello nos obliga a reconocer el derecho del solicitante a ser declarado heredero único abintestato de su pareja de hecho D.^a S. G. C., a todos los efectos procedentes.

SÉPTIMO.— De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 in fine, en relación con el artículo 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso se impondrán las costas procesales al Ministerio Fiscal en los procesos en los que intervenga como parte, por lo que no procede efectuar expresa condena respecto a las costas de esta alzada.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal, contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Elche (actual Instancia número 5) de fecha 20 de marzo de 2002, **CONFIRMANDO** dicha resolución sin efectuar expresa condena respecto a las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese este auto conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, que es firme, no puede interponerse recurso ordinario ni de casación.

Así, por este nuestro auto definitivo que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

COMENTARIO

SUMARIO: 1. EL AUTO DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO A FAVOR DEL CONVIVIENTE, DICTADO POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA (JPI) NÚM. 5 DE ELCHE. 2. EL AUTO NÚM. 167/02, DE 24 JULIO, DE LA SECCIÓN 7.^a DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE (CON SEDE EN ELCHE) CONFIRMATORIO DEL AUTO DEL JUZGADO. **A)**

Planteamiento de la cuestión debatida. **B)** Perspectivas *de lege ferenda*. **C)** El fragmentario panorama legislativo sobre las uniones de hecho. **D)** Tratamiento constitucional de las uniones de hecho. **E)** Derechos sucesorios abintestato de los convivientes de hecho en la jurisprudencia constitucional. **F)** Descripción del supuesto de hecho. **G)** *Ratio decidendi* de la desestimación del recurso del ministerio fiscal **H)** A modo de conclusiones.

1. El auto de declaración de herederos abintestato a favor del conviviente, dictado por el Juzgado de Primera Instancia (JPI) núm. 5 de Elche

Se trata de la declaración de herederos núm. 423/01, relativa al fallecimiento de D.^a S., que se solicita por don J., invocando una relación marital de hecho con la fallecida según se había declarado por el propio JPI por S. de 15.01.01. Se practicó prueba testifical y, al parecer, nadie compareció creyendo ostentar igual o mejor derecho a la herencia. El ministerio fiscal se opuso a la declaración solicitada. El auto dedica su primer FD a exponer los argumentos del ministerio fiscal, mientras que el segundo FD ofrece las razones de la resolución estimatoria de la solicitud.

Sostiene el fiscal que la equiparación al cónyuge legal de la pareja de hecho no puede extenderse por analogía *legis* o *iuris* al supuesto de sucesión *mortis causa*. Se cita la STS de 04.03.97 al señalar que *los órganos judiciales están vinculados a la ley por la Constitución (art. 117), sin que se admita que puedan crear Derecho. Por tanto, es obvio que la regulación con carácter general de las uniones extramatrimoniales en modo alguno les compete, si es que fuera necesario regularlas. Mucho menos pueden quebrantar la ley con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, como lo sería aplicar el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión*. Invoca asimismo la S. de 29.05.01 de la Sección 7.^a AP de Valencia, relativa al caso de una pareja homosexual, cuyas conclusiones son, en parte, extrapolables al presente caso. Se cita asimismo la Ley 1/2001 de las Cortes Valencianas, que no incide en el ámbito de la legislación civil, competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.8 CE, concluyéndose que ninguna modificación se ha introducido en los artículos 944 y 945 C.c. sin que se haya regulado un contrato de unión civil, con surgimiento de derechos hereditarios.

La argumentación contraria de la jueza se basa en la *conurrencia de circunstancias excepcionales*, y en la propia jurisprudencia del mismo Juzgado, que en S. de 15.01.01 declaró *que la convivencia que mantuvo el*

Sr. J. L. L. con la Sra. S. G. C. lo fue como si de un matrimonio se tratase, y, en consecuencia, que los bienes adquiridos por ambos durante esa convivencia tienen carácter de gananciales, procediéndose a la liquidación de gananciales, que se practicará en ejecución de sentencia, así como a la apertura de la sucesión intestada de la herencia de D.^a S.

La jueza, por tanto, se basa, para resolver esta cuestión de jurisdicción voluntaria, en su propia jurisprudencia, remitiéndose a una S. suya anterior dictada entre las mismas partes, que parece incluso anticiparse y ordenar la futura declaración de herederos abintestato de la propia causante, cuyo supuesto de hecho, sin embargo, no se transcribe aquí íntegramente (1), aunque de lo transcrito parece que el principio de la *apariencia* es la *ratio decidendi* de la misma, ya que se declara como hecho probado que *la convivencia lo fue como si de un matrimonio se tratase*. Fundamento, realmente, sorprendente. ¿Habrá que añadir esta causa, en el futuro, a las formas de celebración del matrimonio civil? De aceptarse, bastaría así que una pareja de hecho manifestara públicamente que ellos son un matrimonio, para que los jueces, sin más averiguaciones, tuvieran que considerar creado el vínculo conyugal entre los mismos, aunque anteriormente dicho matrimonio no hubiera realmente existido.

Adviértase que no estamos en presencia de un caso de aplicación del artículo 78 C.c. Aquí no ha habido ninguna celebración de un matrimonio, sino una mera situación fáctica, caracterizada, precisamente, por lo contrario. Durante el largo tiempo de duración de esta unión de hecho, no consta que en ningún momento los interesados hayan intentado celebrar matrimonio entre sí (por ejemplo mediante la iniciación del expediente, o solicitando la dispensa de eventuales impedimentos, etc.), más bien puede afirmarse rotundamente que se han negado a casarse en cualquiera de las formas legales admitidas que hubieran podido utilizar. No ha habido, por tanto, ningún matrimonio *contraído*. Menos aún puede subsumirse el supuesto en el artículo 79, pues falta una declaración de nulidad de una unión previamente celebrada, de suerte que tampoco puede invocarse la doctrina del *matrimonio putativo*, que, sin darle este nombre, ha conservado la reforma de 1981 (2). Por último, en esa actuación aparential cabe que las partes hayan podido incurrir hasta en un ilícito penal (por ejemplo si han falsificado documentos con tal fin, o si han pretendido engañar a terceros), o, incluso, que lo hayan manifestado así para defraudar a terceros. La S. pasa por alto esta circunstancia.

Hay argumentos manifiestamente falsos: o inadecuadamente invoca-

(1) Más adelante al comentar el auto de la AP se añadirán otros datos de aquella S.

(2) Para la doctrina general del matrimonio putativo cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, v-1.º, 12.ª ed. (Madrid, 1994), pp. 1088 y ss.

dos. Que la mayoría de la doctrina (¿sólo la valenciana?, ¿también la española?, ¿civil, foral, administrativa o penal?) se manifieste en sentido positivo sobre la conveniencia de incluir al conviviente entre las personas con derecho a concurrir en la sucesión intestada, es algo que está por demostrar aunque la S. lo da por demostrado (3). Por otro lado, cabe afirmar rotundamente que, en ningún caso, las proposiciones de ley, rechazadas o no discutidas por haber decaído, pueden fundar ahora una resolución judicial; en su día, podrían, en su caso, ser elementos interpretativos de una ley eventual, todavía no promulgada, pero actualmente carecen de valor por mucho que el juzgador sintonice con su filosofía.

En el último párrafo se utilizan dos argumentos que se presentan –aunque en realidad, no lo son– como *ratio decidendi*, a saber, la equidad en cuanto medio interpretativo y la nuevamente citada S. de la propia jueza de Elche de 15 de enero de 2001. Ocurre, sin embargo, que las normas en vigor excluyen de modo absoluto que los componentes de la pareja de hecho ostenten derecho a sucederse abintestato de modo recíproco. Esa positiva voluntad del legislador se tergiversa (¿uso alternativo del derecho?) y se hace decir al texto legal lo contrario que expresa, *desde la perspectiva de la equidad*. Estamos en presencia de la eficacia *taumatúrgica* de la equidad, que evoca el nacimiento de la *Equity* en el sistema del *common law*. Como si la LOPJ hubiera investido de los poderes misericordiosos –que primero fueron del Confesor del Rey y luego del Canciller– en la Inglaterra medieval (4). Sólo que ello resulta obviamente

(3) Es un tema abierto en el que hay variedad de opiniones: GITRAMA GONZÁLEZ, *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*, Homenaje a J. BELTRÁN DE HEREDIA (Salamanca, 1984) pp. 209 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, “La autorregulación de la unión libre”, *PJ*, núm. 4, 1986, pp. 119 y ss.; LACRUZ BERDEJO, “Convivencia *more uxorio*. Estipulaciones y presunciones” en el vol. *El centenario del Código civil* (Madrid, 1991) I, pp. 1061 y ss.; R. BERCOVITZ, *Las parejas de hecho*, Aranzadi Civil, 1993-I, pp. 1823 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, “Las uniones de hecho. Derecho aplicable”, *AC*, 1994-4, pp. 1095 y ss.; TORRES LANA, “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la *convivencia more uxorio*”, *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, V (Madrid, 1998), pp. 771 y ss.; JORDANO BAREA, “Matrimonio y unión libre”, *AC*, 1999-I, pp. 181 y ss.; TORRES LANA, *De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas*, Aranzadi Civil, 1993-II, pp. 2407 y ss.

(4) Evocando el dificultoso origen procedimental del *Common Law*, nos dice DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10.^a ed (a cargo de Camille JAUFFRET-SPINOSI) (París, 1990), p. 265:

“Los obstáculos encontrados en la administración de justicia por los Tribunales de Westminster, tuvieron como resultado, inevitablemente, que cierto número de casos no alcanzaron una solución justa en los procesos. En estas hipótesis, a la parte perdedora se le venía a la mente la idea de que había todavía un procedimiento de obtener justicia; recurrir directamente al rey, fuente de toda justicia y gracia. Como los Tribunales reales no habían administrado bien la justicia, el rey debía remediar este mal funcionamiento de sus Tribunales. En las ideas medievales, este recurso supremo al rey aparecía como cosa totalmente natural, y los Tribunales reales no se ofuscaban inicialmente al ver cómo las partes pedían al rey que hiciera uso

imposible en nuestro ordenamiento. Tampoco a la *realidad social* se le puede atribuir eficacia creadora *contra legem*. La autocita, sin embargo, parece ser concluyente para la misma jueza: *La convivencia entre el demandante y la Señora G. C. lo fue como si de un matrimonio se tratara, siendo voluntad de ambos formar con los bienes adquiridos a partir de su unión un condominio, como si de bienes gananciales se tratara, y, en concreto, en lo que respecta al domicilio conyugal (sic) adquirido conjuntamente por ambos, como se refleja en el documento privado y posterior escritura pública, en la que se identifican ambos como cónyuges a los efectos consiguientes*, siendo éste el único bien de la *comunidad conyugal (sic)*, y, según se desprende del escrito de demanda, el único bien propiedad de la causante, de la que no consta la existencia de otros parientes con mejor derecho. Por todo ello, se estima procedente acceder a lo solicitado, declarando único heredero abintestato de D.^a S. G. C. a D. J. L. L.

En mi opinión, este auto constituye buen ejemplo de *voluntarismo* extremo, de otorgar la máxima eficacia a la autonomía de la voluntad reconocida a los miembros de la pareja; así, transformar un condominio en una sociedad de gananciales; dar virtualidad a la mera apariencia (son pareja de hecho, pero *quieren* aparecer como casados, y la jueza lo da por bueno; ¿cabría hablar de un *matrimonio virtual*?). Por otro lado, no consta la existencia de descendientes ni ascendientes de la causante, con mejor derecho a heredar en ausencia de testamento, luego se accede, sin otros requisitos, a lo solicitado en el expediente de jurisdicción voluntaria. Pero seguimos sin saber *por qué* se le declara heredero abintestato al conviviente. No basta con que el solicitante pretendiera públicamente estar casado, ni tampoco aparentarlo, ni haber establecido una indivisión sobre el piso adquirido, ni apoyarse en la equidad que sólo se utiliza aquí para interpretar –lo que no parece posible– una evidente voluntad negativa del legislador.

Hay que concluir que el auto estimatorio dictado por la jueza del JPI núm. 5 de Elche, de la declaración de heredero abintestato solicitada por el varón conviviente por muerte sin otorgar testamento de la mujer conviviente, carece de todo fundamento jurídico, conculca preceptos expresos del C.c. y contradice jurisprudencia del TS.

de su *prerrogativa*. Los mismos Tribunales reales se habían desarrollado, en definitiva por la actuación de este mismo principio, de que se puede apelar al rey, en casos excepcionales, para obtener justicia. A partir del siglo XIV ocurrió que los particulares, no pudiendo alcanzar justicia de los Tribunales reales, se dirigieron al rey para solicitar que interviniera graciosamente *para satisfacer a la conciencia y actuar caritativamente*. La solicitud pasaba normalmente al Canciller –inicialmente, al confesor del rey–, y si lo estimaba oportuno se lo transmitía al rey que resolvía en consejo sobre la petición”.

2. El auto núm. 167/02, de 24 de julio, de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Alicante (con sede en Elche) confirmatorio del auto del Juzgado

Como el caso lo merecía, el Tribunal de Apelación ha dictado un extenso auto –extensión desusada en este tipo de resoluciones–, resolviendo el recurso de alzada interpuesto por el fiscal. En el texto que manejo ocupa once páginas, con citas doctrinales y legales, y jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. Dado que se confirma el auto recurrido, la doctrina que se hace prevalecer, no sólo es novedosa, sino claramente en oposición y derogatoria del C.c., y al tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, no caben contra él más recursos ordinarios, por lo cual hay un evidente interés doctrinal en su comentario. El que realizo a continuación lo hago siguiendo el orden del propio auto, no siempre lógico y sistemático, incurriéndose a veces en repeticiones.

Consta de siete Fundamentos de Derecho, de los cuales, el primero se dedica al planteamiento de la cuestión; el segundo hace un repaso –incompleto, como se verá– de la legislación vigente; el tercero razona y argumenta sobre las uniones de hecho bajo la perspectiva constitucional, e, incluso, del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo; el cuarto viene a ser un corolario del anterior; el quinto rechaza los argumentos del ministerio fiscal, y avanza los propios; el sexto se dedica a razonar y fundamentar el fallo desestimatorio del recurso; el séptimo argumenta sobre la no imposición de costas al ministerio fiscal.

A) Planteamiento de la cuestión debatida.

Se hace correctamente en los siguientes términos: *La cuestión planteada consiste en determinar, si como se recoge en la resolución recurrida cabe reconocer en el presente caso y atendiendo a las específicas circunstancias concurrentes, el derecho del conviviente de hecho a suceder abintestato como único heredero de su pareja fallecida tras más de 26 años de convivencia.*

Tras unas –probablemente innecesarias– consideraciones sobre el fundamento de la sucesión *mortis causa* en general, y legal o abintestato en particular (con citas de Díez-PICAZO y GULLÓN), se reproducen los artículos 912, 913 y 930 a 968 del C.c., de los que deduce una conclusión absolutamente correcta, que es la mantenida por el ministerio fiscal: *Del tenor literal de la expresada normativa, queda claro que no se incluye la vocación hereditaria de los convivientes more uxorio en la sucesión legal.*

Pero esta correcta deducción trata de descalificarse a continuación.

Con cita de la monografía de ESTRADA ALONSO (5) se afirma que no siempre ocurrió así, pues ya en el Derecho romano, y más concretamente en las *Novellae* de Justiniano, se planteó el problema de los derechos sucesorios de la *concubina*. También el Breviario de Alarico, los Fueros Municipales y las Partidas contenían disposiciones en este sentido. No parece, sin embargo, que estas sumarias referencias históricas posean demasiada fuerza actual de convicción. Resucitar a estas alturas el *concubinatus* romano o la *barraganía* medieval, no parece muy acertado, y, desde luego, encontraría muchas resistencias, empezando por las terminológicas. No mucho más convincentes resultan los inadecuados argumentos comparativos invocados a continuación con aquella finalidad. Así, se afirma que *este sistema tan restringido para la sucesión intestada en el Derecho Civil español contrasta con la situación de otros sistemas*. Parece querer darse a entender que nuestro Derecho en este punto es un reducto oscurantista y retrógrado. Ocurre sin embargo, que es el régimen general de los Códigos civiles europeos (6), en buena parte todavía en vigor. No somos un caso aislado. Por otra parte, resulta, al menos dudosa, la aplicación indiscriminada del método comparativo al Derecho de Familia; en cada país hay principios fundamentales sobre el matrimonio y la familia de carácter privativo, que dificultan la comparación (7).

B) Perspectivas de *lege ferenda*.

El 2.º FD se encabeza con la siguiente afirmación literal:

La situación actual de la realidad legislativa española sobre las parejas o uniones de hecho se encuentra pendiente de dar satisfacción a la necesidad de una normativa general sobre el llamado contrato de unión civil.

Si se tratara de un trabajo científico, tal afirmación no extrañaría. Sorprende, en cambio, que figure entre los Fundamentos de Derecho de un auto judicial. Hasta podría verse aquí una injustificada invasión de lo ju-

(5) ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho español*, 2.ª ed. (Madrid, 1991).

(6) Vigente, por ejemplo, en Francia, antes y después de la aprobación en 1998 de la Ley sobre el PACS. Dice a este respecto CARBONNIER, *Droit civil*, 2, *La Famille*, 19.ª ed. (París, 1998), p. 316: *Il n'existe pas de droit de succession ab intestat entre concubins*. Igualmente sigue vigente en Italia. En Alemania, después de la *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 2001, tienen derechos sucesorios entre sí los miembros de una pareja homosexual inscrita, pero, en contraste, no los tiene la pareja de hecho heterosexual.

(7) En el auto se mencionan indiscriminadamente Méjico, Guatemala e Inglaterra. No resulta correctamente utilizado aquí el método comparativo. Un elemental conocimiento de la actual situación social de los países hispanoamericanos hace ver que en éstos el concubinato o unión de hecho tiene caracteres muy diferentes de los que pueden ofrecer tales figuras en el mundo anglosajón o en Europa. Por ello la comparación resulta inadecuada.

dicial en lo legislativo. Los firmantes del auto parecen querer dar instrucciones al Legislativo, apoyando de paso, al parecer, algunas de las proposiciones de ley pendientes en las Cortes Generales. Incluso se pronuncian sobre la figura jurídica que, en este caso, debiera utilizar el legislador; no el concubinato, ni la barraganía, ni el PACS, ni la *Partnership* escandinava, ni la germana *Partnerschaft*. Precisamente esa necesidad que constatan se remediaría con un *contrato de unión civil*. Sin comentarios. En lo que tiene razón el *obiter dictum* es que, de ser necesario regularla, deberá ser una ley general que el Estado dicte en ejercicio de sus facultades constitucionales sobre el Derecho civil, especialmente a la hora de optar por la unidad o pluralidad de modelos de unión sexual legalizada. Exigencia que algunas legislaciones autonómicas han orillado.

C) El fragmentario panorama legislativo sobre las uniones de hecho.

En el catálogo de normas legales que contemplan las parejas de hecho hay lagunas; me atrevo a decir que muy extensas lagunas porque nadie se ha parado a pensar en su significado general en el ordenamiento y la primacía que, en todo caso, ha de tener el matrimonio por ser la única unión sexual protegida constitucionalmente. No es del todo exacto, sin embargo, sostener que *las leyes de las Comunidades Autónomas sobre parejas de hecho tienen un alcance limitado, por ser de índole administrativo*. Es cierto respecto de la Ley 1/2001, de 6 abril, de la Comunidad de Valencia, así como de la Ley 11/2001, de 19 diciembre, de la Comunidad de Madrid y de la Ley 4/2002, de 23 mayo, del Principado de Asturias. En cambio, no son meramente administrativas, sino ejercicio (probablemente abusivo) de pretendidas facultades sobre su Derecho civil propio las leyes catalana, aragonesa, navarra y balear, de las cuales en el auto sólo se mencionan las dos primeras –con cierto aire de *suficiencia autonómica*–. Precisamente en las leyes omitidas hay normas que –erróneamente a mi juicio– atribuyen derechos sucesorios abintestato a las parejas de hecho, incluso homosexuales. Por otra parte, la cita de los artículos 101 y 320 C.c. en nada favorecen a la solución que patrocina el auto comentado. La conclusión de este fragmentario panorama legislativo que encabeza el FD 3.º y sirve para fundamentar el fallo. Se expresa en los siguientes términos: *De lo expuesto se desprende que las relaciones de convivencia estable o uniones de hecho, además de ser una realidad social, representan una situación de hecho plenamente legítima y carente, hoy por hoy, de una regulación general, fuera de las referencias legislativas antes expresadas y de las respectivas normativas de las Comunidades Autónomas sobre la materia, pero no por ello las innegables consecuencias jurídicas que originan pueden ser ignoradas por el ordenamiento jurídico y por los Tribunales de*

Justicia por mor de la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas (art. 3.1 del C.c.) y la necesidad de adecuación de todas las normas a la Constitución Española.

Como es el punto de partida de la base argumental del fallo de la AP, merece algunas observaciones. No hay a lo largo de la resolución judicial, referencia alguna sobre datos estadísticos recientes sobre la importancia real de las uniones de hecho en la sociedad española. Genéricamente suele decirse que el peso de tales uniones es más bien modesto, inferior, por ejemplo, a lo que ocurre en Francia o Alemania y, por supuesto, a lo que sucede en los países nórdicos. Suele decirse que la tónica general de las uniones de hecho en Portugal, España, Italia y Grecia, es la de constituir una antesala del matrimonio, el cual se contrae al nacer el primer hijo. De aquí que decir que se trata *de una realidad social*, resulta una banalidad (el concubinato es tan antiguo como el matrimonio mismo, se ha dicho), y las urgencias de regulación presentan distinto grado de apremio cuando el número de hijos extramatrimoniales supera al de los nacidos dentro de matrimonio, que cuando representan un porcentaje poco significativo. En todo caso, estas circunstancias resultan ser mejor apreciadas por el poder legislativo que por los jueces, pues estos últimos disponen habitualmente en menor medida de los instrumentos sociológicos adecuados. ¿Situación de hecho plenamente legítima? Podrá ello predicarse de los casos en que hay una normativa al respecto; en los demás es, más bien, una situación *alegal*, o al margen de la ley. En ausencia de ley hay un grave problema de política legislativa pues, al margen del artículo 32 CE, no se ha decidido autorizadamente si junto al matrimonio la ley debiera contemplar otros modelos de unión sexual, ni su número, ni tampoco su jerarquía, relativa y en relación con el matrimonio. Problema indudable de alta política legislativa, para cuya solución los jueces no parecen estar legitimados, y que está obteniendo distintas respuestas, por ejemplo en los países escandinavos, en Alemania y en Francia. La invocación de la *realidad social* se está convirtiendo en un *comodín* que vale para todo. Hay un límite fundamental, pues, *ex facto non oritur jus*. Las funciones de aquélla no tienen en nuestro ordenamiento una determinación clara y concreta, y, en todo caso, debe emplearse con prudencia y ponderación. La referencia al marco constitucional es obvia, pero resulta, además, evidente que ningún precepto de ésta reconoce de modo directo y expreso un distinto modelo de unión sexual al margen del matrimonio.

D) Tratamiento constitucional de las uniones de hecho.

Con expresión inexacta el FD 3.º dice que: *el hecho de que el artículo 32.1 de la CE reconozca al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, no quiere decir que la Constitución prohíba el derecho de los mismos a formar una unión de hecho*. Es incorrecto hablar de *prohibir el derecho*. El hombre y la mujer son libres para casarse o no casarse. Pero si optan por la segunda posibilidad la Constitución no dice que la ley ordinaria ha de reconocerles iguales derechos que a los casados. Estamos en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad, que tiene sus limitaciones y prohibiciones; por ejemplo, no podrían unirse a un descendiente o a un hermano; y si lo hace con persona que está casada con otra, o ella misma lo ha estado, pueden producirse consecuencias desfavorables (separación, divorcio, pérdida de pensiones, etc.). Si la pareja de hecho carece de descendencia, algunos ponen en duda que sean verdadera familia, y si prevaleciese la respuesta negativa, tal pareja no encontraría protección en el artículo 39.1 CE. Pero es posible que la pareja de hecho tenga hijos comunes; en primer lugar entrarán en aplicación las normas sobre filiación no matrimonial, y así si uno de los progenitores se niega a ello, puede ser condenado a reconocer a la prole, con todos los efectos que derivan de la relación paterno-filial, entre ellos el deber legal de alimentos. Y debido a una situación social que veía con malos ojos a las madres solteras, el artículo 39.2 CE asegura expresamente la protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil (aunque nada se dice de los *padres solteros*). Por ello el artículo 39.2 alarga o amplía la protección fundamental prestada a la familia basada en el matrimonio, en presencia de hijos de la unión de hecho; de aquí que pueda hablarse de una protección, especialmente social, de la familia no matrimonial, sobre la que no hay discrepancias. Ahora bien, lo anterior no permite hablar del *reconocimiento constitucional y tutela de los efectos que produce la convivencia more uxorio*. Tal figura no aparece mencionada *nominatim* en la Constitución, y sólo se llega a ella por vía de deducción y consecuencia.

E) Derechos sucesorios abintestato de los convivientes de hecho en la jurisprudencia constitucional.

Es correcta la afirmación que encabeza el FD 4.º al decir que: *sobre el problema específico que nos ocupa, es decir, el reconocimiento o no de derechos sucesorios abintestato al conviviente de hecho sobre los bienes de su pareja fallecida, no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional*. Sobran, en mi opinión, las referencias a las resoluciones recaídas en ma-

teria de pensión de viudedad (abrumadoramente en contra) y subrogación *mortis causa* en el arrendamiento urbano (como se sabe, fue el TC el que lo estableció, y luego lo ha recogido la LAU de 1994, aunque con una aplicación práctica de muy escasa significación).

Menos útil es el resumen de la jurisprudencia del TS sobre uniones de hecho, en la que no hay ningún ejemplo de concesión del derecho a suceder abintestato (8). Tampoco se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ninguna referencia sobre este punto concreto, aunque haya dado una interpretación amplia al concepto de *vida familiar* del artículo 8.º del Convenio de 1950.

F) Descripción del supuesto de hecho.

No está exenta de reproche la afirmación del auto que precede a la enumeración de los caracteres de la unión de hecho aquí contemplada, al decir que: *la convivencia entre el solicitante y la fallecida se ajusta a los requisitos tradicionales exigidos por la mayoría de la doctrina para que la unión de hecho pueda producir efectos jurídicos*. En efecto, ¿qué naturaleza poseen esos requisitos tradicionales?, ¿son de derecho histórico, de origen jurisprudencial, o meramente doctrinal, etc.?, porque el valor jurídico que haya de darse a su existencia está en función de la respuesta que se dé. Además, ¿qué clase de efectos produce la convivencia fáctica?, ¿se trata de los parciales y fragmentarios que antes examina el auto?, ¿o caeremos en la aplicación analógica?, ¿o el intérprete crea una figura ideal de unión de hecho a la que, también sin fundamento *in re*, atribuye convencionalmente determinados derechos, mediante un ejercicio, ya denunciado, de voluntarismo?

Los caracteres aludidos de la presente unión de hecho son: a) heterosexualidad, b) capacidad de los sujetos, c) relación sexual monogámica que para algunos incluye la procreación (9), d) voluntad continua o *affectio* (10), e) comunidad de vida estable y duradera desarrollada en un úni-

(8) Al final del FD 4.º hay una referencia a la STS de 04.03.97 en el sentido de ver implícita una alusión a la sucesión abintestato. No hay tal, la S. se remite al fundamento sexto, que no existe en la colección que manejo (sólo llega al quinto), y el supuesto de hecho recae exclusivamente sobre la liquidación de bienes después de una convivencia de quince años, con un hijo de la unión, en la que se declara privativa la adquisición de un piso (otorgándole al otro componente de la pareja el derecho al reembolso de las sumas que aportó para la compra) y en el que se reconoce el carácter también privativo de un premio de lotería de 19 millones de pesetas. Ninguna previsión sucesoria.

(9) Redacción confusa, pues una cosa es la monogamia, otra la existencia de relaciones sexuales y otra la procreación. En este caso parece darse la primera circunstancia, se presume la segunda y no hay constancia de prole.

(10) Parece querer decir que se requiere un consentimiento reiteradamente renovado.

co domicilio, f) ausencia de toda formalidad como presupuesto de validez (11). Se concluye que en el supuesto aquí tratado la convivencia *more uxorio* fue pública y notoria, durando más de veintiséis años, siendo voluntad de ambos convivientes formar con los bienes adquiridos a partir de su unión un condominio como si de bienes gananciales se tratara. En concreto, el único bien de la comunidad adquirido conjuntamente con el esfuerzo económico de ambos integrantes de la unión de hecho, es el domicilio familiar comprado primero en documento privado y posteriormente en escritura pública, en los que incluso se identifican ambos como cónyuges a los efectos consiguientes (¿cuáles?), representando dicha vivienda el único bien propiedad en un 50 por 100 de la fallecida, de la que no consta que existan otros parientes con derecho a suceder en el mismo. Destacan los elementos aparentes ya hechos notar en el auto de primera instancia (adquieren un condominio *como si de bienes gananciales se tratara*; en la escritura pública *declaran estar casados*). Se pone el énfasis en que la vivienda es el único bien adquirido durante veintiséis años de unión, y... se viene a pedir una solución del *buen Juez Magnaud*.

G) Ratio decidendi de la desestimación del recurso del ministerio fiscal.

En el primer párrafo del FD 5.º se dedican unas pocas líneas a rechazar la argumentación del ministerio fiscal, si bien es en el FD 6.º en donde se sitúa la argumentación fundamental.

Frente a la acusación de haber acudido a la aplicación analógica de las normas sucesorias se alega que ello no es así, sino que el auto recurrido se basa en la interpretación de las normas sucesorias desde el prisma de la equidad y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (12).

Sorprendentemente la AP recoge aquí argumentos del ministerio fiscal: *Equiparar matrimonio y unión libre supondría suprimir uno de los términos, desapareciendo el problema y haciendo inútil la discusión. No parece lógico que el que opta libremente en el desarrollo de su personalidad por una unión de hecho, es decir, sin trabas ni formalismos legales, pueda luego pedir que se le aplique la normativa legal matrimonial, tanto en el orden personal como en el patrimonial, simplemente porque le beneficie. Pero, ¿es que un juez puede crear una norma que equipare matrimonio y unión de hecho? De lo que se trata, más bien, es de ir avan-*

(11) En las leyes autonómicas suele haber dos tipos de uniones de hecho, las que derivan de la inscripción en un Registro administrativo (a veces, con carácter constitutivo) y las que se forman puramente de hecho, para lo cual se exige cierto tiempo de duración de la unión.

(12) Ver *supra* apartado 1 en el que se comenta el auto de la jueza.

zando paso a paso, y la AP es plenamente consciente de la audacia que supone en el derecho del C.c. atribuir a los convivientes derecho recíproco a sucederse abintestato, aunque trate de minimizarlo. El siguiente paso será, probablemente, reconocerles derechos legítimos; algún juez benévolo los otorgará, *et sic de caeteris*.

Lo que parece ser argumento determinante es el siguiente: *Lo que sí es aceptable y congruente es que el conviviente de hecho pueda exigir del Estado, y por tanto de los Tribunales de Justicia, no resultar perjudicado por ser preterido en la sucesión intestada de su pareja fallecida sin causa justificada, cuando el solicitante y la fallecida formaron una concreta unión more uxorio que se caracterizó por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquéllos se comportaron como si de un verdadero matrimonio se tratara, habiendo quedado plenamente probado que su intención fue llevar también una unión patrimonial plena, que como es lógico creó tras una larga vida en común una serie de intereses patrimoniales y económicos entre los convivientes que han de contribuir al levantamiento de las cargas de la convivencia y responder de las deudas contraídas, generando un patrimonio común que se confunde entre los integrantes de la pareja de hecho, así como la existencia de otras actividades, como el trabajo doméstico o de otra naturaleza, por lo que tras la extinción de dicha unión por muerte de uno de sus integrantes, debe evitarse por este Tribunal que la ausencia de previsión legal expresa del conviviente de hecho en la sucesión legal o intestada prevista en los artículos 943 y 944 C.c. sólo para el cónyuge viudo, pueda causar un perjuicio inaceptable para una de las partes de la unión, conforme al principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho reconocido expresamente en la STS de 10.03.98, cuyo principio hace derivar de las normas constitucionales (arts. 10, 14 y 39), de normas de derecho privado (art. 96 C.c.) y de la LAU de 1994 (art. 16).*

Estamos en presencia de un antológico texto jurisprudencial, con ribetes de folletín decimonónico o reportaje de las revistas del corazón del siglo XXI (13). Es equívoco hablar de preterición en este supuesto porque tal institución se aplica fundamentalmente a los herederos forzosos. La omisión del conviviente de hecho en la sucesión abintestada hay que de-

(13) No sé si los componentes de la Sala de la AP son plenamente conscientes de que han ofrecido argumentos para presentar en el futuro nuevas demandas (no sin algún morbo) de declaración a suceder abintestato, por ejemplo: a favor del niño acogido de hecho y a quien sus acogedores han tratado como si un hijo propio fuera; al niño acogido legalmente en acogimiento de larga duración al no ser susceptible ya de adopción, aunque en iguales circunstancias; a la relación padrino-ahijado que haya conducido a idéntica vinculación afectiva; o en el caso de parientes lejanos que, sin embargo, se han tratado con intensa familiaridad, o de amigos muy íntimos, etc., etc.

mostrar que resulta injustificada (no basta darlo por supuesto). Son irrelevantes las referencias reiteradas a la apariencia de matrimonio en la conducta de los convivientes. No ha lugar a tomar en consideración las relaciones patrimoniales mantenidas en vida por los convivientes, pues ya fueron liquidadas por S. anterior. La Sala de la AP parece que se ha propuesto actuar en función de *desfacedor de entuertos*. No heredar abintestato a la compañera ha supuesto un perjuicio económico al compañero (14), que únicamente ha recibido la mitad de la casa. Es cierto que ello le supondría una desventaja patrimonial, no recibir un beneficio económico, con el que acaso contaba o soñaba. Pero, ¿quién es el causante del perjuicio patrimonial? En realidad lo ha sido la propia mujer conviviente que no ha hecho uso de su facultad de nombrar heredero voluntario a su compañero. Como ya no vive para explicarlo, todas las hipótesis son posibles. Una de ellas, bastante verosímil, es que *no quiso instituir a su compañero* por las razones que ella se reservó al no ejercitar el *jus testandi* en su favor (pudo ser, por ejemplo, por querer beneficiar, sin decirlo, a algún sobrino antes que a su compañero). La sentencia comentada ha suplantado la voluntad de la causante (no hacer testamento supone implícitamente querer que se aplique la sucesión abintestato), inventando un llamamiento que presumiblemente no quiso hacer aquélla.

H) A modo de conclusiones.

Están todavía por inventariar los efectos perversos del *desmadre autonómico* en relación con las parejas de hecho. Desde 1998, en que empezó Cataluña, en una línea creciente de audacias legislativas parece que se ha aplicado la ley no escrita del *quién da más*, y que, por ahora, ha culminado en las leyes navarra y balear. Las parejas de hecho sujetas a estos derechos forales gozarán de singulares derechos que no disfrutaban en otros territorios españoles. Se olvida con demasiada frecuencia que los poderes autonómicos carecen de facultades para crear nuevas formas legales de unión sexual distintas de las establecidas en la Constitución y en la legislación general de competencia del Estado. El auto comentado

(14) Lo que el auto denomina, magnificándolo, *principio* en realidad es una declaración contenida en la STS de 10.03.98 en los términos siguientes: *Evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica*. En el caso se trataba de la ruptura de una pareja de hecho en la que se pacta el uso de la vivienda y del garaje a favor de la mujer, que además padece una enfermedad. El TS reconoce validez al pacto y fija la duración total aproximada de diez años, transcurrido el cual se procederá a la división del bien. No se trata de un principio general, sino de un criterio para resolver, caso por caso, los litigios, y que, además, a mi conocer, no se ha reiterado por el Alto Tribunal.

contribuye a la ceremonia de la confusión y merecería que el ministerio fiscal ejercitara acciones para dejarlo sin efecto. Esta resolución se ha dictado en un proceso de jurisdicción voluntaria, por lo cual se han agotado los recursos en esta vía. Pero cabría ejercitar una acción de nulidad de la declaración de herederos a favor del conviviente en juicio declarativo ordinario por clamorosa contravención del C.c.; lo que debería ir unido a una investigación sobre la posible existencia de otros herederos hasta el cuarto grado, dando paso, en caso negativo, a la declaración de herederos a favor del Estado.

“Colegios Profesionales y Competencia”, CALVO SÁNCHEZ, Luis, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo y PELLICER ZAMORA, Rafael. Unión Profesional-Civitas, Madrid, 2002.

I. La aplicación del Derecho de la Competencia a las actividades de los profesionales ha sido siempre una cuestión compleja, rodeada de dificultades. No obstante, la necesidad de someter a los profesionales a la disciplina del mercado, extendiendo a ellos la aplicación de las normas antitrust, constituye una vieja idea en los ordenamientos de nuestro entorno (1). La relevancia práctica de la cuestión es innegable a la vista de la importancia económica que la actividad profesional tiene en las economías modernas (generalmente subestimada en cualquier dato estadístico, que incorpora sólo su participación directa en el PIB sin computar la indirecta) (2).

Nuestro país ha ofrecido siempre un terreno fértil a las restricciones a la libre competencia en general y también entre profesionales. Hasta el punto que, en el argot económico estas prácticas reciben la denominación de *Spanish Practices*. Durante muchos años, han persistido en nuestro país prácticas restrictivas de la competencia entre los profesionales justificadas en una pretendida protección del consumidor y en la salvaguardia del interés público (3).

La situación ha cambiado radicalmente en la segunda mitad de los años noventa, a raíz de la modificación de la *Ley de Colegios Profesionales para someter expresamente a los profesionales a la regulación de defensa de la competencia y de competencia desleal* (Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales) (4).

(1) Véase, por todos, CARNELUTTI, Francesco, “Concorrenza illecita professionale”, *Riv. Dir. Comm.*, 1911, I, 168-169.

(2) Véase NGUYEN-HONG, Duc, *Restrictions on Trade in Professional Services*, Productivity Commission Staff Research paper, Camberra (Australia), Aug. 2000, p. 4.

(3) Véase, en general, el magnífico trabajo de FRAILE BALBÍN, Pedro, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1988; la referencia a los profesionales aparece en las pp. 83-91.

(4) Véanse, VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, “Ejercicio de profesiones liberales y Derecho de la Competencia”, en *Diario La Ley*, n.º 5590, de 18 de julio de 2002, y MARCOS, Francisco, “La

A partir de la Ley 7/1997 los expedientes sancionadores contra colegios profesionales se han multiplicado [el libro que comentamos los relaciona con exhaustividad (5)] y desde que este libro salió a la calle se pueden anotar algunas resoluciones más que se pronuncian sobre las prácticas restrictivas de la competencia de los colegios: resoluciones de 11 de enero de 2001 (483/00, Colegio Gestores Administrativos Galicia); de 22 de enero de 2001 (480/99, Abogados Jerez); de 9 de marzo de 2001 (485/00, Agentes Propiedad Murcia); de 30 de noviembre de 2001 (508/00, Abogados Granada); de 11 de octubre de 2001 (504/00, Abogados Madrid); de 3 de diciembre de 2000 (507/00, Cirugía Plástica Aragón), de 17 de enero de 2002 (512/01, Sociedades de Arquitectos), de 21 de marzo de 2002 (r502/01, Colegios Médicos), de 1 de abril de 2002 (r472/01, Gestores Inmobiliarios/Administradores de Fincas), de 24 de mayo de 2002 (r490/01, Propiedad Inmobiliaria), de 27 de mayo de 2002 (r516/02v, Colegio Abogados Vigo), de 30 de mayo de 2002 (521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria), de 26 de septiembre de 2002 (528/01, Consejo General de la Abogacía) y de 10 de octubre de 2002 (526/01, Certificados de Defunción). Antes de que estas páginas estén impresas seguramente este listado se habrá quedado corto.

Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) han sancionado a los colegios por la adopción de decisiones y acuerdos que son considerados restrictivos de la competencia, mas la reiteración y repetición de estas resoluciones no son sino una muestra de que la idea de que los profesionales estén sometidos a la Ley de Defensa de la Competencia dista mucho de haber definitivamente cristalizado entre los colegios profesionales.

II. El libro de CALVO SÁNCHEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, MENÉNDEZ GARCÍA y PELLICER ZAMORA, *Colegios Profesionales y Competencia*, hace un estudio de la evolución de la aplicación del Derecho de la Competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas y de la situación actual en España, examinando la influencia del Derecho Comunitario sobre la cuestión.

Las dificultades que suscita la aplicación del Derecho de la Competencia a los profesionales y a los colegios profesionales están relacionadas con diversas cuestiones, sin que todas ellas hayan sido tratadas por los autores en este libro. Si bien, el análisis que en él se realiza no pretende ser omnicomprensivo, ni interdisciplinario, es estrictamente jurídico, se ignoran las ricas aportaciones de los sociólogos al tema y se desdeñan las enriquecedoras ideas de los economistas. Aunque ello no resta mérito ni utilidad al estudio, acudir a esas otras disciplinas hubiera sido de gran ayuda para dejar sentadas algunas ideas previas y hubiese sido un gran auxilio en el estudio posterior. Los autores no analizan, por ejemplo, cuáles son las razones de fondo que explican la existencia de una profesión (la definición que se realiza en las pp. 36 y 37 resulta insuficiente) y la creación de un colegio profesional. Aunque se trata de una cuestión difícil de responder con carácter general y absoluto, se pueden apuntar algunas ideas y posibles respuestas que sitúen las coordenadas del análisis posterior. En última instancia la clave del concepto de “profesio-

lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 219 (mayo/junio 2002) 22-35.

(5) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 237-317.

nal” ha de encontrarse en otras disciplinas, ajenas al Derecho, en la sociología y la economía (6).

Gran parte de las dificultades que, bajo cualquier perspectiva (no sólo la de competencia en el mercado), suscitan los colegios profesionales, tienen que ver con la indefinición constitucional sobre el particular (art. 36 CE) que ha provocado el desdibujamiento de la institución colegial, de sus perfiles jurídicos y el debilitamiento de la estructura colegial. Ello ha permitido que surjan y coexistan colegios con características dispares, que no respetan el patrón tradicional (7), proliferando “*nuevas profesiones colegiadas cuyo estatuto no siempre responde a unas mismas exigencias*” (8). Esta multiplicación de nuevos colegios profesionales continúa y, por ejemplo, actualmente se encuentran en tramitación parlamentaria la Proposición de Ley de creación del Colegio de Prácticos de Puerto (9), que además introduce el monopolio profesional a favor de los colegiados (art. 2.2), y la Proposición de Ley de creación del Colegio de Pedagogos (10).

En teoría, ha de existir algo que diferencia al profesional del mero trabajador u obrero ordinario, y ello es lo que explica que los profesionales realicen actividades intelectuales para cuyo ejercicio se requiera la posesión de una titulación universitaria, que la relación con el cliente sea de carácter fiduciario y que existan unas normas deontológicas que rijan el ejercicio de las actividades profesionales. Por esta razón, la equiparación que, aparentemente, en el libro se hace entre la mera ocupación y la profesión libre (11) no es plausible. En el plano conceptual, tampoco es real la secuencia que los autores trazan: profesional libre, profesional regulado, profesional titulado, profesional colegiado (12). Existen supuestos de los cuatro, y un análisis de la realidad desvirtúa esa secuencia, generalmente todas las profesiones son colegiadas y tituladas.

De otra parte, es cuestionable el concepto de profesional libre o liberal como “*quien disfruta de una independencia técnica y tecnológica*” (13). Es profesional liberal quien ejerce independientemente y de manera autónoma una profesión (frente a los profesionales dependientes). En consecuencia, existe una confusión con una de las notas características de la profesionalidad, en concreto, la discrecionalidad técnica (14).

(6) Para el lector interesado, véanse, por citar sólo dos, GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *Las Profesiones. Entre la vocación y el interés corporativo. Fundamentos para su estudio histórico*, Catriel, Madrid, 1999, y CURRAN, Christopher, “Regulation of the professions”, en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), McMillan-Stockton, Londres-Nueva York, 1998, vol. 3, 247-255, ambos con referencias a otros trabajos.

(7) Véase WILENSKI, Harold L., “The Professionalisation of Everyone”, *Amer. J. Sociology* 70 (1964), 137-158.

(8) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 74.

(9) BOCG, Serie B, n.º 214-1, de 1 de marzo de 2002.

(10) BOCG, Serie B, n.º 159-1, de 13 de julio de 2001.

(11) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 30 y 34.

(12) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 34.

(13) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 35.

(14) Aunque luego se acoge esta idea, véase *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 52 y 159. En este punto resulta útil traer a colación el trabajo de MORELL OCAÑA, Luis, “Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y «Lex artis»”, *Noticias de la UE*, 184 (mayo 2000), 95-108.

Es, por último, errónea la caracterización del mercado de los servicios profesionales como mercado de competencia perfecta (15), ¡nada más alejado de la realidad!, para empezar porque las partes no poseen la misma información sobre las características de los servicios prestados (16).

La caracterización que se realiza de los profesionales se limita a desgarnar algunas de las consecuencias del *status* y de la prestación del profesional, sin ahondar en los presupuestos que motivan esa situación. Teóricamente, la titulación superior opera como garantía de calidad, al acreditar una formación especializada del prestatario en una determinada disciplina. El profesional se configura como poseedor de conocimientos complejos y de habilidades muy específicas que le colocan en una posición privilegiada para intentar resolver los problemas de sus clientes. De esa superioridad informativa del profesional nace la confianza que, necesariamente, el cliente (por lo general, en inferioridad de condiciones) ha de depositar en él. Generalmente, el cliente no puede evaluar la prestación del profesional, ni su necesidad, ni su calidad; está a merced del profesional, a quien se imponen unas normas adicionales establecidas por el colegio profesional en el ejercicio de sus funciones. La existencia de posibles efectos externos (externalidades) positivos y negativos en la actividad de los profesionales es otra de las circunstancias que los autores habrían encontrado útiles para perfilar un concepto aceptable de profesional (17). Conforme a estos planteamientos teóricos, el colegio se presenta como reducto de calidad, o al menos de unos estándares mínimos de calidad, aunque en la práctica esto no sea siempre del todo cierto (18).

El estudio que el libro realiza da por sentado el concepto de “profesional” como sinónimo de “profesional colegiado”. Desde esta perspectiva, todo se circunscribe a la creación y reconocimiento legal de un colegio profesional. La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular es clara: la creación ha de justificarse en el interés público (19). Curiosamente, aunque el interés público parece exigir un único colegio por profesión [así se puede extraer del art. 4.3 de la Ley de Colegios Profesionales (20)], quizá esto no sea lo más eficaz ni eficiente para

(15) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 148.

(16) Véase CABRILLO, Francisco, “La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas”, en *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 127-128.

(17) Sin embargo, los autores no han seguido este camino; para quien esté interesado, son recomendables los trabajos de MASSAGUER FUENTES, José, “La regulación de los servicios profesionales (un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust)”, *Iuris* 3 (dec. 1994) 85-120; ARRUNADA, Benito, “La regulación de los servicios profesionales: Una guía para las decisiones públicas en tiempos de cambio”, *IUDEM, Documento de Trabajo 2000-6*, y MATTHEWS, R. C. O., “The Economics of Professional Ethics: Should the Professions be more like Business?”, *Econ. J.*, 101 (1991) 737-750.

(18) Aunque, sin generalizar, GOODE, William J., “The Protection of the Inept”, *American Sociological Review*, 32 (feb. 1967) 7, que cree que ocurre precisamente lo contrario, ni la pertenencia al colegio es sinónimo de calidad, ni existe una relación entre la calidad del proveedor y la retribución que este recibe.

(19) Véase PÉREZ ROYO, Javier, “Colegiación Profesional e Intermediación Inmobiliaria: Un Análisis Constitucional”, *La Ley*, 2-1995, 821.

(20) Aunque véase §III.2 del Dictamen del Consejo de Estado 2445/1999, de 28 de octubre, relativo al Decreto 679/63, de 4 de abril, que autorizó la constitución del Colegio Nacional de Ingenieros del Instituto Católico de Artes e Industrias y artículo 3 de los Estatutos

controlar el ejercicio de las potestades públicas delegadas por el colegio profesional (21).

El colegio profesional se configura como una institución que ejerce tanto funciones públicas como privadas (22). El principal criterio diferenciador de unas y otras son los intereses perseguidos. Entre las funciones públicas se encuentran la de autorregulación de la ordenación de la profesión, el control de acceso (articulado a través de la colegiación obligatoria) y el control del ejercicio de sus actividades por los profesionales, justificadas por la superioridad informativa y de conocimiento de los propios profesionales. Otra cosa es que los colegios instrumentalicen estas funciones en la protección de los intereses particulares de sus miembros.

De otra parte, no menos relevante es la función privada que los colegios desarrollan de representación y defensa de los colegiados (art. 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales).

III. Es cierto que, inicialmente, la exclusión de la aplicación del Derecho Mercantil a los profesionales se debió a que no eran considerados “operadores de mercado”. Sin embargo, hace ya tiempo que la propia realidad del ejercicio de su actividad, equiparada en muchos aspectos a la actividad empresarial, y las normas jurídicas, reclaman expresamente su aplicación a los profesionales (el paso del modelo profesional al modelo social de nuestro Derecho de la Competencia había de suponer necesariamente su plena aplicación a los profesionales). Sin embargo, aquella exclusión ha tenido mucho que ver con la consideración de los colegios como corporaciones de Derecho público (y ciertamente eso es lo que los propios colegios inicialmente argumentaron cuando trató de aplicárseles la LDC). Actualmente, los profesionales deben equipararse a empresas y empresarios (23), como los colegios son equiparados a asociaciones de empresas. No es necesario recurrir a eufemismos. Otra cosa es la necesidad de modular la aplicación del Derecho de la Competencia a las actividades profesionales, en atención a la “especial situación de opacidad y de confianza personal o dependencia en la que se hallan los consumidores en este mercado” (24).

De todos modos, no falta quien considera que en ese trasunto del modelo corporativo al modelo liberal de mercado se corre el riesgo de desnaturalizar la prestación de servicios profesionales, equiparándolos a “*ordinarios servicios de naturaleza económica, como típicos valores de cambio, destinados al mercado donde concurren, en su demanda, los potenciales clientes, esto es, los consumidores o usuarios de los mismos*” (25). A juicio de este último autor, la distinción entre profesional y empre-

Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de su Consejo General, aprobados por Real Decreto 1332/2000, de 7 de julio.

(21) Véase DUNMORE, Paul y FALK, Haim, “Economic Competition between Professional Bodies: The Case of Auditing”, *American Law and Economics Review*, 3/2 (2001) 315-316.

(22) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 48-50.

(23) Véase OPPO, Giorgio, “Antitrust e Professioni Intellettuali”, *Riv. Dir. Civ.*, 45 (1999) II, 123-127.

(24) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 68. Véase también MASSAGUER, *Iuris* 3 (1994) 133.

(25) La cita es de SERRANO CAÑAS, José Manuel, “Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia”, *Derecho de los Negocios*, 130-131 (julio-agosto 2001) 22.

sario tiene como consecuencia dogmática la necesidad de utilizar el mercado como elemento configurador del Derecho Mercantil, o sea, el Derecho Mercantil como Derecho Privado del mercado (26).

En este punto debe matizarse la referencia que los autores realizan al desarrollo del mercado bajo el principio de eficiencia (27), ya que no es totalmente cierto que la función de la intervención del Estado en el mercado busque siempre alcanzar la máxima eficiencia. El modelo liberal que inspira la libertad y la no interferencia, no exige necesariamente la eficiencia, y tampoco hay en la LDC ni en la CE ninguna mención expresa a la eficiencia, aunque ciertamente éste sea un principio que pueda considerarse implícito en algunos preceptos, pero eso es otra cuestión (28).

IV. A raíz del informe del TDC sobre el libre ejercicio de las profesiones de junio de 1992, se produce un cambio en el examen por el TDC de las conductas de los colegios profesionales potencialmente restrictivas de la competencia. Aunque las sanciones se demoraron unos años, hasta la modificación introducida por la Ley 7/1997 (29).

En general, se sostiene que la disciplina corporativa refuerza los niveles éticos y deontológicos mínimos del Derecho de la Competencia, pero ello no ha impedido que la intervención de los colegios se haya tendido a enjuiciar de manera directa y absoluta por el parámetro antitrust, observando sus efectos perjudiciales para la competencia.

En el nuevo planteamiento, los colegios son considerados agentes económicos y asociaciones de empresas, sujetos a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan en defensa del interés privado de sus miembros o realizan una actividad con finalidad o trascendencia económica. Así, el ámbito exento al control del TDC es muy reducido, limitado a cuando se ejercen potestades administrativas delegadas (supervisadas, en su caso, a través de los recursos corporativos previstos y de los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativos). Consecuentemente, el control de colegiación por los colegios constituye un ejercicio de una función pública no susceptible de enjuiciamiento en clave antitrust.

Lo anterior no obsta para que, en ocasiones, resulte difícil trazar la distinción entre los dos tipos de funciones, pudiendo ocurrir que en determinados supuestos se ejerzan simultáneamente funciones públicas y privadas. En cualquier caso, los autores constatan una resistencia del TDC a llegar a las consecuencias de su propia doctrina, que le llevaría a afirmar la existencia de un ámbito exento al enjuiciamiento antitrust en lo referente a la actividad administrativa de los colegios (30).

De otro lado, el artículo 2.1. de la LDC abría la puerta a la normativa colegial restrictiva de la competencia, al establecer una exención a la aplicación de la ley a las conductas amparadas en leyes y disposiciones reglamentarias. Por ello, se susci-

(26) SERRANO CAÑAS, *Derecho de los Negocios*, 130-131 (2001), pp. 26-29.

(27) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 57.

(28) Véase ALFARO, Jesús, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", *RDM*, 233 (1999) 958-965.

(29) Véase PEDRAZ CALVO, Mercedes, "Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia", en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 137-158.

(30) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 100.

taron dudas sobre la eventual aplicación del artículo 2.1 de la LDC, y la posible exención del enjuiciamiento como conductas restrictivas de la competencia, de las conductas y actividades realizadas de acuerdo con normas reglamentarias que regulasen el ejercicio profesional. Lo más aceptable es excluir sólo la aplicación de la LDC a las conductas previstas en los reglamentos que sean directamente ejecutivos de normas legales, o en los propios Estatutos Generales de los Colegios, pero no aquellas derivadas de decisiones o normas meramente colegiales (31).

Como consecuencia del Informe del TDC, se suceden varios proyectos de reforma, que concluyen en las modificaciones legislativas previstas en el Real Decreto-Ley 5/1996 y en la Ley 7/1997, por cuya virtud se plasma expresamente la sujeción de los colegios profesionales a las reglas de la competencia. Simultáneamente, se intentó perfilar la exención prevista en el artículo 2.1 (32), excluyendo su aplicación a decisiones adoptadas en ejercicio de potestades administrativas y limitándola a normas legales y reglamentarias complementarias. La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, culmina el proceso reductor del ámbito de aplicación de esa exención, eliminando la exención de las normas reglamentarias, y limitando su virtualidad a las normas legales.

Las modificaciones legislativas concluyen con el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y servicios, que suprime el artículo 3.3 de la Ley de Colegios Profesionales y da una nueva redacción al artículo 3.2, posibilitando, definitivamente, la colegiación única de los profesionales, que no se había conseguido –por la astucia de los colegios– con la reforma de 1997 (33).

V. El libro realiza un estudio detallado de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a los colegios profesionales. El impulso y la inspiración comunitarios son claves de los cambios en el Derecho español.

Frente a la aplicación sin paliativos de la prohibición de prácticas restrictivas y acuerdos colusorios a los profesionales, se observa lógicamente la escasa relevancia de la prohibición de abuso de posición de dominio, ya que las instituciones comunitarias no consideran que exista posición de dominio colectiva por actos de los órganos representativos de los profesionales (34).

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia a los profesionales se funda en un concepto amplio de empresa, que permite incluir en el mismo a los pro-

(31) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 106-117. Véase, también, MASSAGUER, *Iuris* 3 (1994), 111-119. En tales supuestos, eventualmente, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal han utilizado el cauce del artículo 6 para perseguir aquellas conductas o decisiones restrictivas de la competencia de los colegios cuando no había posibilidad de evitar la exención del 2.1 (*Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 118-120).

(32) Véase BERENGUER FUSTER, Luis, “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 166-169.

(33) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 145-146. Sobre este particular véase también SOUVIRÓN MORENILLA, José M.^a, “Medidas sobre el ejercicio de profesiones colegiadas”, en *Liberalizaciones 2000* (coord. Gaspar Ariño), Comares, Granada, 2000, 195-198.

(34) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 149. Recientemente, véase ENGRA, José Carlos y NAVARRO VARONA, Edurne, “Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales”, *REDE*, 3 (jul.-sept. 2002) 529.

fesionales y a sujetos que tradicionalmente no son considerados empresarios mercantiles. Los colegios y las organizaciones profesionales pasan a ser “asociaciones de empresas”, en tanto en cuanto son sujetos que realizan actos que puedan provocar restricciones que la ley trata de reprimir (35). De este modo, las decisiones de fijación de honorarios orientativos u obligatorios por un colegio se ven como decisiones prohibidas adoptadas por una asociación de empresas.

Una vez encuadrados los profesionales y las organizaciones profesionales en el concepto de empresa, debe atenderse a los efectos objetivos de los acuerdos y prácticas enjuiciadas (independientemente de su intención). Es necesario también que el acuerdo o la conducta imputada afecte al comercio entre los Estados miembros, lo cual reduce enormemente las posibilidades de enjuiciamiento, ya que los mercados de servicios profesionales son predominantemente locales. En todo caso, el interés general ha de operar como cláusula de modulación de la aplicación de las normas antitrust, de difícil concreción en la práctica, pudiendo tolerarse ciertas prácticas restrictivas cuando sean objetivamente necesarias y adecuadas, proporcionales y no discriminatorias.

Tras un inoportuno *excursus* sobre el sistema comunitario de control de la competencia y propuestas de reforma (36), se analizan los principales casos en los que las instituciones comunitarias han tenido ocasión de pronunciarse sobre las restricciones a la competencia en el mercado de los servicios profesionales (principalmente en materia de fijación de precios y de limitaciones a la publicidad). Menos problemas plantea el ejercicio profesional en grupo, en el que los autores aluden a la Directiva 98/5/CE sobre derecho de establecimiento de los abogados, demostrándose acertado su planteamiento (conforme al art. 11.3 de la Directiva) sobre la legitimidad de la prohibición de las asociaciones multidisciplinarias a la luz de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de febrero de 2002 (C-309/99) en el asunto Wouters (37).

En España, el TDC ha tenido ocasión recientemente de pronunciarse sobre un caso parecido, con igual solución (aunque con voto particular discrepante) al enjuiciar en su Resolución de 17 de enero de 2002 (512/01) la normativa del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, según la cual los Colegios de Arquitectos únicamente visarían los proyectos presentados por una sociedad de arquitectos cuando participasen en ella arquitectos colegiados, en unas proporciones del capital social y de participación en los órganos de gobierno no inferiores al cincuenta por ciento (38).

VI. El libro concluye afirmando la consolidación del sometimiento de los profesionales y de los colegios al Derecho de la Competencia en aquellos aspectos de ordenación del ejercicio profesional con repercusión económica.

Ese resultado es fruto de una importante modificación legislativa y de la labor

(35) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 153.

(36) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 171-176.

(37) Sobre la cual, véase MARCOS, Francisco, “¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores?”, en *Revista jurídica española La Ley* 3-2002, D-89, 1726-1733.

(38) Véase VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, “¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?”, en *Diario La Ley*, n.º 5517, de 5 de abril de 2002.

del TDC, que los autores critican por su heterodoxia. Es cierto que la calidad técnica de algunas de sus resoluciones deja bastante que desear, pero el ejemplo elegido es poco afortunado (res. 455/99, Abogacía española) (39). En efecto, a diferencia de como hacen los autores, no debe atribuirse un significado especial a la falta de mención de la Ley General de Publicidad en el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales (tras la reforma operada por la Ley 7/1997). Basta leer los artículos 1 y 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para darse cuenta (40). Es más, como frecuentemente ocurre, las restricciones publicitarias pueden ser enjuiciadas no sólo bajo el prisma del régimen jurídico de la publicidad, sino también por la vía del Derecho de Defensa de la Competencia, que es la que el TDC utilizó en su resolución (y luego en la resolución de 5 de octubre de 2000, 471/99, Odontólogos Córdoba).

Al margen de ese ejemplo, puede coincidirse en que la doctrina del TDC sobre colegios profesionales sea técnicamente defectuosa, sobre todo por la confusión de los planos técnico-jurídico y funcional. No cabe duda que sería más lógico y eficaz admitirse el enjuiciamiento, aunque no revisión, de todas las conductas y actividades de los colegios con relevancia antitrust independientemente de la naturaleza del acto (41).

De otro lado, parece correcto establecer unos límites correctores a una aplicación maximalista de las normas de defensa de la competencia en función de los intereses dignos de tutela que legitiman decisiones de los colegios con trascendencia económica (o sin ella) restrictivas de la competencia. Esta labor habrá de ser necesariamente casuística y habrá de emplear el interés general como parámetro de las limitaciones (superando la bipartición entre funciones públicas y privadas), que pondere los bienes jurídicos implicados y la proporcionalidad de las medidas: calidad del servicio, protección de consumidores y deontología profesional.

Con esa finalidad, los autores proponen emplear el mecanismo de las autorizaciones singulares de los artículos 3 y 4 de la LDC para dar entrada al interés general en el enjuiciamiento de las decisiones y conductas de los colegios profesionales que sean potencialmente restrictivas de la competencia, y así está ocurriendo en la práctica (42).

En general, debe coincidirse con los autores acerca de la necesidad de alcanzar un equilibrio adecuado y razonable entre las necesidades de interés general vinculadas al ejercicio de las profesiones y las específicamente vinculadas al Derecho de Defensa de la Competencia, pero también ha de subrayarse la dificultad del análisis propuesto, caso a caso, según los efectos de las prácticas, que ocasionalmente serán difíciles de medir, según el contexto y las circunstancias, y en función de la inter-

(39) *Colegios Profesionales y Competencia*, p. 220.

(40) Al respecto, véanse OLAVARIA IGLESIA, Jesús y VICIANO PASTOR, Javier, "Profesiones Liberales y Derecho de la Competencia: Crónica de la situación", *Derecho Privado y Constitución*, 11 (1997) 300 y nuestro comentario a la Resolución 455/99 del TDC publicado en *Comunicaciones IDEI*, 21 (2000) 122-123.

(41) *Colegios Profesionales y Competencia*, pp. 226-227.

(42) Véanse, por ejemplo, resoluciones A 310/01, de 31 de octubre de 2002 y A 298/01 de 9 de septiembre de 2002, aunque en ambos supuestos el TDC considera que las normas que se pretende sean objeto de autorización singular no constituyen conductas restrictivas de la competencia.

vención del Estado, sin que las conclusiones sean en muchos casos generalizables a las distintas profesiones (43).

En cualquier caso, quizá por la inercia histórica (recuérdese que hablamos de *Spanish Practices*), parece claro que todavía subsisten muchos excesos colegiales que restringen la libre competencia en el ejercicio profesional, y que carecen de justificación posible en el interés general. Ello explica que sea uno de los temas en los que más resoluciones ha dictado el TDC en los últimos cinco años. Sólo cuando esos excesos y prácticas restrictivas se eliminen será posible agudizar el análisis para dar cuenta de los supuestos verdaderamente problemáticos en los que existe un interés general que inspira las normas profesionales y que puede llevar a que se toleren ciertas restricciones a la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales.

Francisco Marcos
Profesor de Derecho Mercantil
Instituto de Empresa

(43) Véase, por ejemplo, LOPATKA, John E., "Antitrust and Professional Rules: A Framework for Analysis", *San Diego Law Review*, 28 (1991) 382-384, y, más próximo y atractivo, aunque quizá menos realista en sus propuestas, BORTOLOTTI, Bernardo, "La competizione regolata nel mercato dei servizi professionali", en *Le professioni intellettuali tra liberalizzazione e nuova regolazione* (a cura di Stefano Zamagni), Egea, Milano, 1999, 97-117.

“Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II. Elaboración sistemática.” Volumen 1.º VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. Ed. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2002, 667 páginas.

La regularidad con que aparecen los trabajos jurídicos **Vallet de Goytisolo** es tan admirable como esos mismos trabajos. Una regularidad constante, periódica, de *metrónomo*, especialmente en cuanto a la ingente “*Metodología Jurídica*” en la que VALLET viene trabajando en los últimos, y fecundísimos, años a partir de su jubilación como notario: solamente como notario “*práctico*”, si así puede denominarse, toda vez que, como jurista enamorado del Derecho, la jubilación ha sido un acicate para su *constancia en el trabajo*. Pudiendo aplicarse a VALLET y a su amor al Derecho, el pensamiento de San Juan de la Cruz sobre el alma enamorada, la cual “*no se cansa ni cansa*”.

Regularidad y constancia: así, sus libros de las distintas metodologías, o de los diversos aspectos de la Metodología Jurídica observados por VALLET, han ido publicándose en periodos regulares:

La *Metodología de las leyes* en 1991; la *Metodología de la determinación del Derecho, I* (parte primera: perspectiva histórica), en 1994; y su parte segunda, la sistemática, en 1996; la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, I* (La Ciencia del Derecho a lo largo de su historia), en el 2000; y su elaboración sistemática, II, volumen 1.º, de la que voy a ocuparme, acaba de aparecer en este año 2002 (1).

En una extensa Introducción, el autor repasa, partiendo de la tripartición que observa y estudia en la Metodología Jurídica (hallazgo y elaboración de las normas de derecho –determinación o concreción de lo que es derecho– y configuración sistemática de la ciencia del derecho), y sintetiza, desde una perspectiva metodológica, las enseñanzas históricas de la ciencia del derecho, y su interferencia con las otras

(1) Se publicaron las recensiones de estos libros en la *Revista Jurídica del Notariado*, números: 1 (enero-marzo 1992, pp. 261-267); 12 (octubre-diciembre 1994, pp. 309-314); 19 (julio-septiembre 1996, pp. 327-333); y 35 (julio-septiembre 2000, pp. 285-289).

metodologías; de los juristas de Roma; de los glosadores y de los teólogos y filósofos, así como, posteriormente, al confundirse el derecho y sus normas con la ley, de aquella especie de toma de posesión o apoderamiento del derecho por el poder político, del que trae su causa el centralismo codificador; para, en *una volta face* ya en el siglo XIX, la escuela histórica alemana, el conceptualismo dogmático, la jurisprudencia de intereses y el movimiento del derecho libre, reivindicaron el derecho como ciencia, aunque con finalidades a veces contrapuestas aun dentro del positivismo legislativo que une a esas escuelas.

En el siglo XX se intentó reconstruir el derecho basándolo en la aspiración a la justicia material en concreto; es decir, hacia las realidades de la vida y a su justa determinación, ya sea mediante la idea del derecho, o bien a través de sus principios generales, de los valores, de la naturaleza de las cosas o de la equidad. A juicio de VALLET este intento reconstructivo del derecho pudiera encuadrarse en varias líneas y direcciones tales como: continuidad histórica del *ius comune mos italicus*, sobreviviente en territorios de derecho foral; continuidad en el marco del derecho vigente en los regímenes de derecho codificado común, pero despegándose del positivismo legalista; y retorno a la genuina concepción del derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto, orientada a una mejor realización del arte de lo bueno y equitativo. Esta última dirección, ya propuesta por el romanista BIONDI, y apoyada por VILLEY, propugna el retorno al debate entre el nominalismo y el realismo para retomar y continuar este camino. Tal es también la dirección y el camino que VALLET sigue, con algunas particularidades, en este libro, dividido en tres títulos, y, a su vez, en secciones, capítulos y parágrafos.

El examen de la Ciencia del Derecho, la puesta en relación de “ciencia”, “método” y “derecho” solo se desarrolla con la observación de lo que en la vida es derecho y cómo las dudas y conflictos se han resuelto judicialmente. Respecto al significado de la “ciencia”, qué es y cuál es su alcance cierto referido al conocimiento sensible e intelectual, su delimitación, la pretendida reducción a las ciencias exactas, físico-químicas y naturales y la reapertura del concepto de ciencia en el siglo XX, resume VALLET las concepciones, teorías y doctrinas sobre todo ello de SANTO TOMÁS, VICO, KANT, OCKHAM, BALDO, HUME, BACON, HOBBS, COMTE, etc., hasta llegar al siglo pasado en el que se produce la vuelta al concepto originario, que responde al entendimiento teorético (aristotélico), y que trata de diferenciar la verdad y la falsedad y de conocer todas las cosas divinas y humanas.

STAMMLER, KAUFMANN, LE PLAY, SCIACCA, MILÁN-PUELLES siguen esta dirección, siendo sintomáticas las palabras de KAROL WOJTYLA, nuestro Papa actual, Juan Pablo II: “*La teoría del hombre en tanto es verdadera en cuanto respeta la profundidad de su praxis. Ésta es, hasta cierto punto, una dimensión verificadora de la teoría (...), y ambas son inseparables de la consideración del ethos*”.

El concepto de “método” o “métodos científicos” –su significado, cuántos existen, han existido o pueden existir, su distinción básica (filosóficamente idealista– PLATÓN, SUÁREZ)–; filosófica y metódicamente realista –ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS–; los nominalistas, monistas, pluralistas –seguidos en España por BONET, ESPÍN y HERNÁNDEZ GIL–, con su polémica sobre el sincretismo de FEDERICO DE CASTRO; el examen de los elementos metódicos utilizados: la intuición; el “*intellectum principiorum*”; la sindéresis; las diversas clases de abstracción (integrativa, negativa, de grado ulterior); la inducción; la deducción, la lógica inventiva y la realista; la abducción y la concreción; la definición; la demostración; y el razonamiento lógico-material por

diferenciación y asimilación o analogía; así como los conceptos de análisis y de síntesis; de la axiomática; la dialéctica y la lógica dialéctica; todo este mundo conceptual, tan pragmático y vital en ocasiones, y los principales filósofos y juristas que se ocuparon de él durante veinte siglos, llenan el tercer epígrafe del Título I sobre la Ciencia del Derecho.

En los dos epígrafes siguientes del mismo Título, VALLET analiza los significados de la palabra “derecho”, reproduciendo en parte sus discursos inaugurales de los cursos de 1998-1999 y 1999-2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, cuya presidencia ejerció hasta comienzos del 2001; y concluye que el derecho está inmerso entre las esferas del amor y del poder, forma parte del orden moral, está reclamado por el bien común para determinar lo que es justo o injusto, se halla entreligado con los hechos a los que enjuicia con el sentido común (*sensus naturalis* y la *naturalis ratio*), y no debe confundirse con la regla de derecho ni específicamente con la ley.

Respecto a la ciencia del derecho, ciencia moral para la realización de lo justo, se pregunta VALLET cuál es el método más adecuado. Su respuesta –al final del último capítulo del Título I– es la del realismo metódico, ratificándose en lo que ya expuso exhaustivamente en sus otros libros sobre “*Metodología*” e, incluso, anteriormente a ellos, en sus *Apuntes de derecho sucesorio* (1953).

VALLET señala en una bella metáfora cómo se puede transitar bien por el camino del realismo metódico en el derecho. Por ser yo, además de jurista, montañero, no resisto su transcripción: “*Quien planifica la ascensión a la cima más elevada del Himalaya debe hallarse debidamente entrenado, ha de conocer los planos de los caminos seguidos por quienes les han precedido en el empeño, la experiencia de sus dificultades, las causas de sus éxitos y fracasos; debe proveerse de brújulas, barómetros, altímetros, cuerdas, clavos, calzado y vestido adecuados, alimentos, tiendas de campaña, guías experimentados, etc. De similar modo, por transitar por la senda del realismo metódico, hacia el conocimiento, la expresión y la explicación científica del derecho, debemos tener una experiencia personal de lo que es el derecho, de haberlo vivido en la práctica, confrontarlo con otros tratados y necesitamos conocer las experiencias de quienes ya emplearon el mismo método o utilizaron otros, conocer sus obras, y terminología; y estar provistos del instrumental técnico preciso para investigar, exponer y razonar, argumentar y explicar*”.

En resumen, para conseguir todo esto, debe entenderse la metodología del derecho desde la observación y la práctica (o experiencia jurídica –propia y ajena–) a la que ayudan la historia, los maestros y la filosofía.

El Título II de este volumen lo dedica VALLET al examen de la preestructura natural del orden jurídico y de los elementos mediadores entre ella y el derecho.

Un amplísimo panorama (por el que desfilan los grandes temas de la naturaleza del hombre, de las cosas y de la integración de los hombres en comunidades y sociedades), contemplado a través de las doctrinas de muchos filósofos y juristas, desde ANAXÁGORAS a HEIDEGGER, desde SANTO TOMÁS a HOBBS y ROUSSEAU; desde VIVES a RAFAEL GAMBRA y ÁLVARO D’ORS, en España. Las respuestas sobre el hombre, su temporalidad, sus tradiciones culturales, su integración en la naturaleza de las cosas, la imagen que de estas cosas configuramos los hombres, en qué medida las conocemos (interesantísimos los epígrafes –pp. 210-238 sobre la imagen mental que tenemos sobre la naturaleza de las cosas y de cada cosa, con la refutación de VALLET a la teoría de KAUFMANN– nota 58 bis); sobre la participación del hombre en el orden

de las cosas; sobre la función de las cosas en el derecho; y sobre la función de la naturaleza de las cosas como fuente de derecho, en la interpretación, la analogía y la equidad. No me es posible resumir cuanto dice VALLET respecto a estos temas. Su conclusión es que la naturaleza de las cosas no sólo constituye la infraestructura tipológica del derecho, sino que los principios generales del derecho se desprenden de su realidad viva. Respecto de la equidad cabe señalar que ésta actúa cuando lo justo legal no concuerda con lo justo natural; es decir, con lo justo *ex ipsa natura rei*, de ahí resulta que la naturaleza de las cosas es la pauta para determinar lo que, en cada caso, es equitativo (2).

La Primera Sección del Título II contiene el estudio sobre el tejido social y su contextura: el carácter natural de las comunidades y sociedades humanas; su constitución; la intervención del “Estado” moderno en aquel tejido y el origen y entramado del poder político. En todos estos puntos es pasmosa la erudición de VALLET, destacándose, a mi modo de ver, las magníficas exposiciones de las doctrinas aristotélica y tomista sobre el entramado social, y su confirmación por –¡quién lo diría!– la física cuántica, para comprender el orden del universo (p. 248); así como el tema en el que el propio VALLET está aún más especializado: el del pactismo genuino (cuyos sujetos son las “cosas”, no los individuos), realmente vivido en varias regiones españolas. Otros muchos temas se superponen lógicamente en éste del poder; tales como el de la soberanía suprema, la división de poderes, la sociedad civil y la “auctoritas” social. En cada uno de éstos VALLET sintetiza los últimos trabajos doctrinales de MOLNAR, D’ORS y DE CORTE; así también en el tema de la Comunidad de Estados y de lo que llama “Estado del Bienestar Tecnocrático”, alegando textos desde TOCQUEVILLE a POMPIDOU y FERNÁNDEZ DE LA MORA (3).

Unido a estos puntos el importantísimo de las libertades civiles y la organización de la sociedad, al que VALLET dedicó con anterioridad espléndidos trabajos, ratificando en éste la doctrina española tradicional de la pluralidad social y política para el conjunto de comunidades sociales básicas y de sociedades intermedias entre la familia y el Estado bajo el principio rector de la subsidiariedad, estudiado también aquí por nuestro autor. Este, en la conclusión de la Sección Primera del Título II subrayó cómo, en todo caso, las leyes deben ser informadas por los principios jurídicos tradicionales en el propio territorio, tal como las compilaciones de derecho especial o foral hispánico establecen como pauta fundamental. Ahora bien, dice

(2) El “Fuero Nuevo de Navarra” no contempla la equidad entre los principios generales (vid. Ley 4), pues para el Derecho romano, vigente en Navarra como supletorio, la equidad era un simple elemento interpretativo de las leyes (Dig. 1, 3, 18 y 25). Todos los ordenamientos jurídicos derivados del Derecho romano tienen buen cuidado en no dar excesiva importancia a tal elemento, necesariamente “vago e impreciso y asistemático”, que puede atentar al fin inmediato de la Justicia que es el de la seguridad jurídica. Incluso en el Derecho anglosajón la *equity* está ya condicionada como cuerpo de doctrina jurisprudencial aplicable, al par que las leyes, en casos concretos e institucionales determinados. Similar a los principios básicos de la *moderatio*, *benignitas*, *pietas* y *humanitas*, deducidos de los Derechos romano y canónico y señaladas genéricamente como principios informadores de algunas instituciones forales, la equidad se silencia en el Fuero Nuevo de Navarra, repito, con razones derivadas del Derecho romano (Cfr. *Comentarios al c.c. y compilaciones forales*, t. XXXV-1.º, p. 272 y nota 29).

(3) FERNÁNDEZ DE LA MORA, fallecido el 10 del pasado febrero, en un trabajo póstumo (n.º 113 de *Razón española*, correspondiente a los meses de mayo-junio de este año 2002), toca temas análogos a los de VALLET: los de la razón y presión social, y el de la ideología del contrato social.

VALLET completando esta conclusión en otro lugar del libro (p. 546): “*Lamentablemente, a partir de 1981, en algunos derechos especiales o forales se ha producido el fenómeno que hace años yo preveía, de la debilitación de sus principios por la inmisión en ellos de los Parlamentos de sus respectivas comunidades con un sentido legislativo racionalista contradictorio con los principios tradicionales propios*”; lo cual, digo yo, hace perder al Derecho foral su propia esencia y pone en peligro su pervivencia a no largo plazo.

La Sección Segunda del Título II se dedica a “*La Justicia*”, la Justicia moral y la Justicia jurídica, como virtud moral y a la interrelación entre ambas; a la necesidad que la segunda tiene de otras virtudes morales y a su comparación con la equidad; así como de las clases de justicia jurídica. VALLET, en otra Sección, la más breve del libro, revisa estudios suyos anteriores; los de su monografía –*De la virtud de la justicia a lo justo jurídico* (RDE y A, 1965, reproducido en torno al derecho natural, Ed. Salas Editorial, 1973, pp. 65-172)– y en *Antología de las leyes* (1985). Fortaleza, templanza y, sobre todo, prudencia, deben estar siempre al lado de la justicia, tanto en el gobernante como en el súbdito.

En la Sección Tercera, última del Título II, estudia y analiza VALLET los elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos; es decir, las fuentes formales del derecho: leyes (divinas, humanas en sentido lato y humanas en sentido estricto) y sintetiza las doctrinas de muchos autores: SANTO TOMÁS, MIERES, VITORIA, MOLINA, VÁZQUEZ DE MENCHACA, VICO, los nominalistas, los formalistas y positivistas y sus derivaciones, que nos han traído la actual inflación legislativa con olvido de los primeros principios de la ley natural derivada de la ley divina.

Respecto a la costumbre, VALLET dedica particular atención (pp. 499 a 529) a su racionalidad como requisito esencial, y a la diversidad de criterio existente sobre su aplicación (en el derecho común y los derechos forales) como genuina fuente de derecho. Estos últimos encarnaron, a un tiempo, la razón vital y la razón histórica de las respectivas regiones españolas; vividas las costumbres en su repetida aplicación práctica, eran transmitidas después de padres a hijos, y como eran fuente de experiencia, gracias a ellas, se mejoraban y afirmaban continuamente. Fueron los juristas prácticos –notarios y abogados– los que las plasmaron en normas y cláusulas y les pusieron límites: la moral, el orden público y el perjuicio de terceros. Sin embargo, hoy –recapitula VALLET–, a partir de reformas a las compilaciones (a las que se antepone y subordina, como “*ley de leyes*”, la Constitución) “*está dejando de ser así*”. Por eso en su conferencia “*Principios básicos de los derechos forales y especiales españoles. Presente y futuro del derecho foral*” (Pamplona, EUNSA, 1999, p. 56) insistió en cómo el mayor peligro de los derechos forales son los Parlamentos de las comunidades respectivas. Las reformas “*forales*” (?) responden a un racionalismo contrapuesto al modo de ser del derecho foral, que, de seguir así, dejará de ser no tan sólo “*foral*” sino también “*derecho*”.

El epígrafe final del Título II lo titula VALLET como *La determinación negocial en su aspecto mediador*. Dice que adquirió su mayor importancia al consagrarse la libertad civil en el principio *pactum vincit leges*, y que se desarrolló en la mediación negocial tipificando instituciones. La libertad civil y el pactismo inherente condujo a la formación del derecho consuetudinario medieval cristiano (4) que está sien-

(4) FERNÁNDEZ DE LA MORA resume así: “*La inverosímil hipótesis de que la convivencia se funda en un contrato, sea originario o renovado, no es un absurdo puesto que se utiliza como*

do sustituido en la actualidad por un derecho que contrapone a la libertad civil el triángulo “Estado intervencionista-tecnocracia-sociedad de masas”, aunque se observe, dentro de aquél, lo que FEDERICO DE CASTRO denominó “cierta tendencia moralizadora del derecho”; teñida, eso sí, de principios económicos casi universales o, como hoy se dice, globalizadores.

El Título III plantea el tema para un análisis estructural de las relaciones e instituciones jurídicas: según SAVIGNY, según CARNELUTTI y según el propio VALLET. Si éste en el primer volumen de esta tercera *Metodología*, dedicó un epígrafe a los tres conceptos de SAVIGNY, claves, en su concepción del Derecho, en este volumen, VALLET dedica tres Secciones del Título III a esos conceptos, es decir, a las relaciones, a las instituciones jurídicas y al sistema en su aspecto institucional pero desde el punto de vista del realismo metódico seguido por CARNELUTTI; del cual sólo le separa –según nos dice el autor– “su normativismo aun no siendo legalista”.

En la Sección I del Título III (“*Perspectiva general de las relaciones jurídicas*”) se pregunta VALLET cuál es el elemento básico de todos los contenidos jurídicos según la doctrina de los dos últimos siglos XIX y XX. La respuesta no es otra que la de las relaciones jurídicas; esa es la realidad más profunda que la ciencia del derecho debe observar.

Su estructura es, en síntesis, la siguiente: relación de vida, de individuos singulares o de organizaciones sociales; posición de cada sujeto en la relación; objeto de ésta; su consideración como justa e injusta; tipificación; regulación jurídica; efectos jurídicos.

En segundo término al de relación jurídica aparecen las instituciones donde se produce el tránsito de la distinción entre derechos personales y derechos reales, en torno a la cual recalifica nuestro autor la doctrina, anteriormente expuesta por él, respecto de que aquélla es una distinción equivocada, derivada del idealismo cartesiano y de un preconcepto, asimismo equívoco, del derecho subjetivo.

Buena parte de la doctrina de autores (BRINZ, VON THUR, etc.) siguen hoy día análoga directriz, así como se han revisado las tendencias anteriores sobre las relaciones jurídicas entre cosas (teoría sobre la posibilidad de derechos reales en cosa propia y de derechos sin sujeto). Hoy puede decirse que la ciencia jurídica ha pasado de atender a las distinciones de derecho público y derecho privado y de derechos reales y personales, a observar la distinción de relaciones políticas y civiles y de relaciones jurídicas de persona a cosa y de personas entre sí.

A esta perspectiva general atienden los dos últimos capítulos, II y III, de la Sección Primera del Título III, con la exposición crítica de las muchísimas teorías sobre aquellas distinciones: Derecho y Política (con la denuncia de la actual subordinación del primero a la segunda); reduccionismo o no –*numerus clausus* o *apertus*– de los derechos reales (o, incluso, de todos los derechos, sean reales o de crédito) a derechos en cosas singulares o sobre universalidades patrimoniales; transcendencia de las

imaginario fundamento de derivaciones presuntamente legitimadoras del poder. No es ni la expresión de un hecho, ni una hipótesis que espera confirmación empírica, ni un ideal utópico: es ideología, y lo ideológico es irracionalismo con disfraz. Y podemos preguntar: ¿Qué función puede desempeñar una hipótesis inverosímil? La respuesta es obvia: para sustentar voluntarismos que pueden ser políticos, jurídicos o éticos y hacen creer al ciudadano que se gobierna a sí mismo”. Sin embargo, el foralismo, como es sabido, no se fundamenta solo en un pactismo voluntarista, sino también en unos principios básicos del derecho natural.

relaciones jurídicas respecto a terceros ajenos a la relación, la responsabilidad civil inherente; así como la dependencia de las relaciones jurídicas con terceros a la publicidad, es decir, a la “visibilidad” de esas relaciones, a su vez relacionada con la clasificación de bienes que puedan ser objeto de garantía real y de la publicidad registral.

En las páginas finales (645-667) se ocupa VALLET del tema de las relaciones jurídicas estáticas (situación de permanencia) y dinámicas (cambios de situación de los sujetos con el objeto de la relación), y del “equilibrio” y “encaje” de la seguridad jurídica en unas y en otras. Problemas, doctrinales y prácticos, autores y soluciones diversas surgen sugerentes al final del libro. ¿Derechos negativos?, ¿derechos sobre derechos...? VALLET ya había respondido con anterioridad a tales preguntas. En su trabajo “Hipoteca del derecho arrendaticio” (*Estudios sobre garantías reales*, pp. 11-36) demostró la falta de unidad fenoménica de las denominadas hipotecas sobre derechos. De esta falta de unidad participa la formulación genérica de “derechos sobre derechos” en cuanto es más heterogénea que su indicada subespecie de la hipoteca sobre derechos (5).

De la asombrosa capacidad de VALLET DE GOYTISOLO para el trabajo intelectual (y aun para el físico dado el “volumen” de sus *Metodologías jurídicas*; esperemos que, con la regularidad acostumbrada, aparezca el 2.º de esta “*Elaboración sistemática*”), nos admiramos todos los juristas. En un librito titulado *Máximas y reflexiones* (Madrid, Imp. Clásica esp., 1919, p. 36) su autor, el sabio RAFAEL ALTAMIRA, escribió: “*Lo que importa en la vida no es hacer más que otros, sino hacer lo que está en la capacidad de cada cual con la mayor intensidad posible*”. Pues bien, nuestro compañero, Maestro y amigo, hace no sólo más sino mucho más que otros, y lo hace no sólo con más intensidad sino con mucha mayor intensidad que otros. ¡Qué rápidas deben pasar sus horas!, pues según el adagio latino “*Tarda fugit pigris, velox operantibus hora*” (“*Lenta pasa la hora para los perezosos, veloz para los que trabajan*”).

J. Javier Nagore Yáñez

(5) De las escasísimas erratas del libro, aviso aquí de una en la nota final del libro. Dice: “Cfr. *supra*, nota 215”; debe decir: “Cfr. *supra*, nota 225”.

“El carácter dinámico del régimen electoral español” (Soluciones de *lege ferenda*), ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. 214 páginas.

El profesor ARNALDO ALCUBILLA, que desde hace más de una decena de años ha venido publicando trabajos sobre el Derecho electoral, nos ofrece su obra probablemente más arriesgada y acabada, pues aborda la problemática global del ordenamiento electoral en general y del español en concreto con la claridad y precisión de quien conoce en profundidad esta compleja materia.

En la primera parte del libro fundamenta el poder electoral y los procedimientos que lo configuran en el ideal democrático, pues es de dicho poder del que emanan todos los demás que en el Estado son. Las elecciones son no sólo un requisito funcional básico de la democracia, sino su verdadero ser, su alma y constitución misma. La constitucionalización de las bases y principios del régimen electoral se impone, en fin, como elemento definidor del propio Estado constitucional, sin perjuicio, lógicamente, de la necesaria colaboración del legislador electoral para completar la obra del constituyente, y asimismo para actualizarla y adaptarla a la realidad cambiante y a la necesaria profundización en el ideal democrático, dentro, por supuesto, de los moldes constitucionales cuya estabilidad y permanencia se impone.

Concreta, a continuación, el autor estos principios en el examen de la evolución del régimen electoral español desde el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, hasta la LOREG de 1985, reformada en diez ocasiones hasta la fecha, en el marco de una extensa constitucionalización de las bases y principios electorales en la Carta Magna de 1978, en todo caso ampliamente deudora de la norma provisional de 1977.

La segunda parte, más extensa y núcleo fundamental del libro, aborda las diferentes propuestas de reforma de nuestro régimen electoral, que no son fruto “de una voracidad reformadora ni mucho menos de pretensiones rupturistas”. El autor está guiado por la búsqueda del perfeccionamiento de nuestro régimen electoral, de “unas elecciones (aún) más libres, más abiertas y competitivas, más limpias y transparentes, más baratas y, por supuesto, más participativas e integradoras”. Para ello procede a dejar de lado las pretensiones modificadoras de los elementos políticos del sistema electoral y se adentra en las de orden procedimental y técnico que coadyuvan decisivamente a aquellos fines. De este modo, plantea y argumenta la necesidad de

reformas de la regulación por la LOREG del derecho de sufragio activo y pasivo, de la Administración electoral, del censo electoral, de las candidaturas, de la campaña electoral y sus medios de expresión, de las encuestas electorales, de las papeletas electorales y del “mailing” electoral, de los procedimientos de votación, de la votación en urna electrónica, del recurso contencioso-electoral y de los delitos e infracciones electorales.

Con ambición y rigor, pero con sentido eminentemente práctico y realista, así como valiente y comprometido, ofrece ARNALDO ALCUBILLA una perspectiva enriquecedora de nuestro Derecho electoral. Como afirma el profesor GONZÁLEZ-TREVIANO en el prólogo del libro: “No tengo la menor duda de que este magnífico libro va a tener unas consecuencias muy positivas para el debate doctrinal español y para el propio legislador, sobre una de las cuestiones más relevantes y recurrentes de nuestra ya consolidada democracia, como es, el régimen electoral.”

José Marcos Picón Martín
Notario

“La voz del Estado”, LORENTE, Marta. Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 230 páginas.

LA PUBLICACIÓN DE LA LEY Y LOS SUEÑOS DE NABUCODONOSOR

Se cuenta que Nabucodonosor ajusticiaba a sus súbditos por no ser capaces de adivinar sus sueños. Tamaña demanda de interpretación de la más interna intimidad debiera ser apreciada como una aclamación a gritos de que surgiera, de una vez y sin más dilaciones, ese arte interpretativo que se ha prodigado, en nuestro tiempo, como psicoanálisis. Pero mucho antes de que el noble arte de ocuparse de los sueños de otros justificara que “algunos hayan puesto sus orejas en alquiler” (1), tanta desesperación es propia del arbitrio del tirano que no regatea infligir sufrimientos entre sus súbditos como si la sangre de los otros fuera el mejor analgésico a sus padecimientos. Como pone de manifiesto el *Hieron* (358 a. C.) de Jenofonte, el tirano siempre encuentra justificación a sus desmanes y cree, incluso, no dejar de ser mayor víctima que el más pobre de sus servidores. Aunque Nabucodonosor pueda ser valorado como un precedente frustrado del psicoanálisis es, sobre todo y fundamentalmente, un déspota.

A JEREMY BENTHAM, en sus cábalas sobre la urgencia de empezar a publicar la ley, le preocupó mucho el sangriento capricho de Nabucodonosor (2). Aunque el siglo XIX sea un tiempo de proclamación de la publicidad de la ley, parece que llevar a cabo este desiderátum requeriría mucho empeño, finalmente, entonces, frustrado. BENTHAM ponía el comportamiento del tirano como un mal ejemplo de arbitrariedad a no seguir. Ya se sabe que cuando el despótico Calígula quiso sortear el requisito previo romano de la publicidad de las normas tributarias vigentes, hizo gravar las disposiciones en letras diminutas y a muy largo alcance de la vista de los con-

(1) FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité. La volonté de savoir, I*, París, Éditions Gallimard, 1976, 211 pp., p. 14 (trad. cast. Ulises Guiñazu, *Historia de la sexualidad, I, La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1977, 194 pp.).

(2) DINWIDDY, John, *Bentham*, Oxford University Press, 1989 (trad. cast. Esperanza Guisán, *Bentham*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, 175 pp.).

tribuyentes. Así deseó recabar injustas multas a inadvertidos contribuyentes de sus nuevas obligaciones fiscales. En la Inglaterra de la revolución industrial, la indefensión de los contemporáneos de BENTHAM también era grande. Sólo la publicación de la ley podía dotar de seguridad jurídica a un ciudadano que carecía de ella cuando no tenía otro instrumento que la costumbre en la resolución de conflictos. En el contexto inglés donde BENTHAM postula su misión codificadora, la costumbre –defendida por autores de tanto predicamento como BURKE o BLACKSTONE– no sentaba ninguna predicción firme acerca de cuál iba a ser la reacción del derecho ante una infracción o ante un conflicto de intereses o, incluso, sobre cuáles eran los supuestos jurídicos previstos por el derecho. A este derecho consuetudinario tan imprevisible, BENTHAM lo denominó “derecho canino”. La aplicación del derecho por el juez, para el utilitarista inglés, se asemejaba al arbitrario comportamiento del dueño de un perro que, en un mal día en el que le abandonaron todos sus amigos, espera la menor travesura de su mascota con la correa en alto para hacerle pagar culpas humanas de las que un can nunca es responsable. La aplicación de la costumbre se le asemejaba mucho a BENTHAM a la creación judicial de una norma *ex post facto* a los hechos que tenía que resolver. La costumbre sin derecho escrito y público sólo beneficiaba a jueces y abogados, únicos capaces de escrutar el imprevisible contenido del derecho, y perjudicaba al ciudadano, que costeara procesos interminables y muy morosos. Cuanto más se dilatara el proceso más beneficios obtenía un juez sin salario fijo que cobraba según los honorarios del caso. La situación del abogado inglés era de semejante privilegio al del juez. Aun formado en Oxford como jurista, BENTHAM despreció a los leguleyos que se conducen por espurios intereses en vez de por un sentido de justicia. De aquí la gran mejora que suponía la propuesta reformadora de JEREMY BENTHAM, capaz de aportar los presupuestos básicos del derecho moderno: seguridad jurídica e imperio de la ley (3). Antes no había forma de conocer qué derechos estaban protegidos y cuáles eran las infracciones a la norma. La propuesta normativa de BENTHAM quería concluir en un auténtico Estado legislativo, verdadera maquinaria de promulgar y publicar normas. El objetivo a lograr era un auténtico “pannomion” o conjunto completo de normas ordenadas bajo la forma de códigos escritos. La publicidad de leyes ordenadas en códigos, que guardarían un orden de más generales y abstractas a más particulares y concretas, facilitaría que cualquier ciudadano pudiera encontrar las normas que más le incumbían a su caso sin lagunas, contradicciones o redundancias. El código escrito y público, por la sencillez de su redacción, habría de acabar con los privilegios de los técnicos y tendría que convertirse no sólo en una referencia jurídica cierta sino en un auténtico código ético para el ciudadano, por su gran capacidad de instrucción moral. El “pannomion” como conjunto total de normas arrojaría la mayor publicidad y claridad a las normas escritas cara al conocimiento jurídico real ya no de los jueces y abogados, solamente, sino de todos los ciudadanos (4).

Desde luego a BENTHAM tampoco le faltaba carácter aunque buscara mayor ponderación, seguridad y justicia que el obsesivo y paranoico Nabucodonosor. Tenía la temeridad de dedicar las más agudas críticas a su maestro, WILLIAM BLACKSTONE,

(3) LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, *Estado, justicia, derechos* (Eliás Díaz y José Luis Colomer Eds.), Madrid, Alianza Editorial, 2002, 477 pp., pp. 105-132.

(4) PENDÁS GARCÍA, Benigno, *J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, 357 pp.

con sólo veintiocho años, si bien con la prudencia de publicar anónimamente su *Fragmento sobre el Gobierno* (1776). Sin embargo, como señaló JOHN STUART MILL, BENTHAM “hasta el final (...) fue: esencialmente un chico”, con la viveza e ingenuidad de un mozo, y la caprichosa falta de tacto o cálculo que hay que tener en la vida (5). Parece ser que LUIS DUMONT, después de haber trabajado toda su vida para descifrar la endiablada letra de BENTHAM y establecer sus primeras obras completas en francés (6), vio negada su prudente petición como discípulo para que su maestro elaborara una codificación para Suiza, bajo pretexto de que él no se movía para un país tan pequeño. BENTHAM estaba pensando en Rusia, Francia, Inglaterra y tampoco le desagradaba su expansión por latinoamérica. En Colombia tuvo, por ejemplo, profunda influencia. Y las Cortes portuguesas llegaron a aceptar su sugerencia de redactarles varios códigos, amén de traducirle sus obras. Era la época de la redacción de los códigos modernos: Rusia (1769), Prusia (1780), Pensilvania y Toscana (1786), Austria (1788), Francia (1791). Comienza una “nueva era para la justicia penal” (7). España no estuvo aparte de esta influencia benthamista tanto en la redacción del Código penal como en la reforma de las cárceles. El discurso de entrada de Luis Silveira en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1894 muestra esta impronta del gran codificador. En 1820 ya se habían traducido los *Principios de Legislación Civil y Penal* por RAMÓN SALAS, profesor de la Universidad de Salamanca. De entre los receptivos liberales españoles a esta influencia tan inglesa como francesa es Toribio Núñez, profesor y bibliotecario de la Universidad de Salamanca y discípulo de Meléndez Valdés, diputado en Cortes en 1820, quien le introduce en nuestro país. En 1821, el Presidente de las Cortes, seguro influido por los diputados Salas y Núñez, envió a BENTHAM el borrador del nuevo Código penal pidiéndole opinión. Jacobo Villanueva y Jordán adapta los principios benthamistas a la reforma de las prisiones españolas (8). Y, asimismo, las teorías codificadoras de BENTHAM tuvieron influencia en el Código penal de 1822 y en la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834. Mientras que el primero pronto es derogado por Fernando VI a través del Código de Narváez de 1848, que mutila esta recepción liberal, la reforma de las prisiones permanecería sin paréntesis con escasas modificaciones. La codificación abrió una batalla de ideas e intereses –siete códigos penales diferentes, cuatro constituciones– que contrasta con la inmutabilidad de fortalezas carcelarias como El Dueso, Santa María, Ocaña y La Casa Galera de Mujeres de Alcalá (9). Aunque no faltaron reformadores benthamistas en España, el proceso racionalizador de la ley, que supone su publicación formal o promulgación, fue muy deficiente por la disgregación del Estado decimonónico envuelto en una madeja de poder provincial caótica. Benthamistas no faltaron en España pero, como si la historia tuviera ya su propia y razonable astucia y no requiriera inteligencias extrañas, la publicidad de la ley no fue un hecho usualmente aceptado, como se ocupa de demostrarnos recientemente la profesora MARTA LORENTE.

(5) STUART MILL, John, *Bentham* (Estudio preliminar, traducción y notas de Carlos Maeilizo), Madrid, Tecnos, 1993, 100 pp., p. 92.

(6) BENTHAM, Jérémie, *Oeuvres, I, II, III* (Ét. Dumont), Bruselas, Société Belge de Librairie Hauman et C^o, (3.^a ed. 1840), 540, 452 y 540 pp.

(7) FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir*, París, Gallimard, 1975, 318 pp., p. 13.

(8) VILLANUEVA Y JORDÁN, Jacobo, *Cárceles y presidios. Aplicación de la Panóptica de Jeremías Bentham*, Madrid, Imprenta de Tomás Jordán, 1834, 191 pp.

(9) MIRANDA, María Jesús, “Bentham en España”, Jeremías Bentham, *El Panóptico*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1979, 145 pp., pp. 127-145.

El impulsor más destacado del utilitarismo refleja el intento de superación de la tradición, como legitimidad del poder, y de la costumbre jurídica, como regulación, por la legitimidad racional que supondría el imperio de la ley clara, ordenada, completa, precisa y transmitida a los ciudadanos a través del derecho escrito. Pero la preocupación de BENTHAM no es sino el reflejo de un proceso histórico de modernización al que tampoco España le fue ajeno. Claro que con una morosidad o demora incomparable con el brío que esta transformación social adoptó en Inglaterra. Ni Inglaterra ni Francia, con el impulso dado al principio de legalidad por la constitucionalización de los derechos humanos y el código civil, padecieron la indeterminación de la vigencia de la ley que atraviesa todo nuestro Ochocientos. MARTA LORENTE, en *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, realiza una crítica sin paliativos de la supuesta encarnación del principio de publicidad de la ley que ha predominado en la historiografía al analizar el liberalismo del siglo XIX. Esta destrucción de un tópico central de la tradición liberal se realiza mediante el análisis de los rituales de comunicación de la nueva ley –comunicación personal jerárquica al personal de la Administración, lectura pública en la plaza del texto, acuse de recibo,...– y de todos los boletines provinciales, colecciones legislativas, compilaciones, así como de la Gaceta centralista. Premeditadamente, se utilizan todos los materiales jurídicos y se suspende el estudio de las luchas políticas para otro contexto diferente, dentro de una preocupación bien acotada y genuinamente histórico jurídica. Así lo expresa su autora: “(...) este discurso debería apuntalarse teniendo en cuenta más condicionamientos que los aquí expresados, como son, por ejemplo, de los diferentes conflictos políticos decimonónicos. Pero lo que aquí ha interesado destacar son los fundamentos esenciales de una comprensión jurídica del orden normativo –a la que no importó reflexionar sobre el lugar que correspondía a la ley como fuente de derecho–, infiriéndolos en exclusiva del análisis de las normas. (...)” (p. 219). Esta acotación del trabajo es su mayor acierto pues el análisis más directamente político ha venido ocultando la incertidumbre de la ley que predominaba sobre cualquier imperio de la ley y seguridad jurídica, como garantías de los ciudadanos, que se pudiera presuponer en la cultura jurídica liberal decimonónica. Por el contrario, el exhaustivo análisis de materiales jurídicos revela un mordaz resultado con el tópico liberal por más que se exprese dentro una extrema frialdad de cálculo en sus conclusiones: “No cabe hablar de «publicidad normativa» a lo largo del XIX en términos no de garantía ciudadana, ni de ordenamiento, sino de exigencia de Administración. Por mucho que nos empeñemos en documentar la retrospectiva, no hay precedentes a nuestro actual 9.3 de la Constitución. Si como afirma el Tribunal Constitucional, el principio garantizado en él es consecuencia ineluctable de la proclamación de España como Estado de Derecho, responsabilidad del historiador es buscar otro calificativo para denominar el complejo estatal decimonónico, extrayendo todas y cada una de sus consecuencias.” (p. 222). La autora ha encarado esta responsabilidad con muy sugerentes resultados. Antes, MARTA LORENTE contrastó la renuencia de los funcionarios judiciales y administrativos a la aplicación efectiva de la Constitución de 1812 con el anhelo de los ciudadanos por ver satisfechas las libertades y garantías constitucionales allí previstas (10).

(10) LORENTE, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución* (Prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, 423 pp.).

No ha sido su intención expresa entrar en discusión o polémica con algunas explicaciones del proceso revolucionario ilustrado por el legado ofrecido de los derechos humanos a la historia. Sin embargo, consciente de que la historia, como Saturno, devora a sus hijos, la autora, deliberadamente, no adopta el punto de vista de la Administración, como otros autores actuales. Se observa así, más exactamente, el fracaso de la publicación de las normas cara a los ciudadanos que no llegaron a gozar de esta garantía, pese a su proclamación a los cuatro vientos. La autora expresa cómo la lógica de la publicidad en el Código civil español era administrativa y no respondía a las exigencias ni de la ley ni de los derechos. La “publicidad administrativa” desconsideró si era legítimo el órgano que dictó la disposición; y subestimó a la ciudadanía en beneficio de la consideración del agente encargado de ejecutar la disposición, ya fuera judicial o administrativamente. *La voz del Estado* analiza expresamente el fracaso que sucedió al Proyecto de Código civil de 1851, tras la creación de la hasta hoy vigente Comisión de Codificación por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Por más centralizadora que fuera esta Comisión, nunca atendió a la Constitución sino más bien a la ley y clausuró el sistema de comisiones parlamentarias dentro de un afán gubernativo. Entre 1851 y 1889 se desarrolla la “era de la insatisfacción” en lo concerniente a la materialización de la publicidad entendida como promulgación. La inexistencia de principio de publicidad, las contradicciones normativas de las normas reguladoras de la publicidad cuando no la inexistencia de normas sobre normas y el caos de los instrumentos y órganos jurídicos fue una mortificación habitual tanto de los operadores como de los ciudadanos. La Comisión de Codificación reunía uno de los elementos técnicos de legislación queridos por BENTHAM: la construcción del derecho por una comisión de sabios, únicos capaces de concluir su tarea en códigos claros, precisos y completos. BENTHAM defendió que fuera un sabio, ajeno a las disputas políticas nacionales. Había de llegar un sabio extranjero al país en vía de codificación. Y, claro, este “salvapatrias” habría de ser él.

El correlato de esta visión elitista de la creación del derecho era la concepción administrativa de los códigos, factible en comisiones alejadas del pueblo, y no en parlamentos. El fracaso del Código civil de 1851 aleja, aún más, cualquier comparación de la situación del ordenamiento jurídico decimonónico español con el francés –según el argumento histórico de la autora–. El desprecio del parlamentarismo, la inflación de reglamentos, la ausencia de cualquier preocupación doctrinal sobre la consecución real de las normas, se mantuvieron hasta 1889. Al final de la “era de la satisfacción” se había consagrado la ficción del conocimiento universal de la *Gaceta de Madrid*. Ni la igualdad de los ciudadanos, reflejada en las preocupaciones que suscitaron los diferentes plazos de entrada en vigor de las normas para unos u otros; ni el imperio de la ley vinculado con la circulación de las normas y su consiguiente promulgación –nos recuerda MARTA LORENTE–; ni la depuración terminológica de los significados jurídicos que se dio en Francia tienen parangón con la situación española, dominada por un ordenamiento jurídico plano sin jerarquías normativas. La presunción del conocimiento de la ley, contra la que no podía argüirse desconocimiento o imposibilidad, y el reconocimiento del arbitrio de las autoridades subalternas –señala la autora– nada tenían que ver con el procedimiento de “enregistrement” francés o la circulación de las disposiciones vehiculadas a través de los comisarios napoleónicos.

En España, COSTA hizo un diagnóstico certero de la injusticia que representaba, en el siglo XIX, la presunción del conocimiento de la ley. La bondad del diagnóstico

no se compadece con una terapia propuesta algo ingenua. En “El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre” (1901) (11), COSTA denuncia la contradicción que supone establecer exenciones del conocimiento de la ley al juez lego y presumir conocimiento de la ley a una población inmersa en penosos trabajos durante dieciséis horas, sin instrucción alguna, cuando no analfabeta. Si los abogados y jueces no pueden conocer la oceanografía de normas existentes, ¿cómo puede presuponerse este conocimiento a costureros, agricultores o pescadores? Si un especialista no conoce el derecho, ¿cómo va a conocerlo un bracero? La inmensidad del derecho escrito es inalcanzable para el pueblo. Ni con un régimen socialista que diera preferencia a la educación continua del pueblo, podría lograrse el conocimiento general de la población llana. La ficción del conocimiento del derecho no es sino una manifestación de la suplantación del derecho por la simple y brutal fuerza. No hay energía humana disponible y suficiente para conocer la totalidad de las leyes. Para COSTA, el conocimiento real de las leyes, en su época, era incompatible con la vida. Si su diagnóstico crítico no carece de perspicacia al revelar la “ficción”, su terapia —el derecho popular como único ligamen obligatorio entre los hombres, legítimo por haber aparecido espontáneamente entre el pueblo— no deja de resultar, hoy, algo enaltecido en su idealismo.

La explicación weberiana del proceso de modernización del mundo desarrollado se confirma cada vez más imprescindible en los estudios históricos y científico sociales. Los tipos ideales weberianos de legitimidad son un instrumental imprescindible para explicar, también, las transformaciones del derecho dentro del proceso más amplio de racionalización de la acción social en el mundo moderno. Los tipos ideales de legitimidad —tradicional, carismática y legal-racional— explican la transformación del mundo desarrollado a partir del *predominio* de la legitimidad legal racional, compatible con la *existencia menor* de la legitimidad carismática y la tradicional. En el siglo XIX, incluso en Inglaterra —país pionero de la revolución industrial—, perviven la legitimidad tradicional y la legal racional. En nuestro país, el solapamiento de ambos tipos de legitimidad —por no hablar de la legitimidad carismática— es palmario. Entre nosotros, el ochocientos se caracteriza, en sus postrimerías, por una modernización política que contrasta con el atraso social. En el certero diagnóstico de JOAQUÍN COSTA, la oligarquía y el caciquismo como forma de gobierno en España suplantaron a los principios liberales declarados en la Constitución de Cádiz (12). La tradición suplantó y domina a la legalización de las relaciones políticas.

El premeditado paréntesis a los lados de cualquier análisis político, operado en *La voz del Estado*, no deja de considerar los rasgos globales de este proceso del Antiguo Régimen a la Revolución —parafraseando la obra ALEXIS DE TOCQUEVILLE—. El predominio de las relaciones jerárquicas, en el entorno de la Administración y de sus agentes, fue mucho más constante de lo que auguraba la revolución igualitaria.

(11) COSTA y MARTÍNEZ, Joaquín, “El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre”, discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Junta Pública de 3 de febrero de 1901; contestación de Gumersindo de Azcárate, Madrid, *Revista de Trabajo. Serie Clásicos y Madrid*, Civitas, 2000.

(12) COSTA, Joaquín, *Oligarquía y caciquismo como la forma de gobierno actual en España: urgencia y modo de cambiarla* (Ed. y Prólogo de Joaquín Costa). Madrid. Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975, vol. I: Memoria y Resumen de la Información, II: Informes o Testimonios, CCLXXXVII+246 pp., XXX+529 pp.

Invirtiendo el diagnóstico toquevilliano, favorable a atribuir la transformación social a los últimos periodos de la sociedad aristocrática –después de todo, Luis XVI ya es moderno–, se llega a parecida consecuencia: la pervivencia de rasgos tradicionales en la sociedad moderna tras la Gran Revolución. Poco después de la Revolución, los franceses, como señala TOCQUEVILLE en *El Antiguo Régimen y la Revolución*, siguieron llamándose, como hasta hoy, “madame” y “monsieur”. Las relaciones antiguas entre el administrador y el administrado perduraron mucho más allá de las posibilidades reales del igual acceso de los ciudadanos al conocimiento de la ley. Un conocimiento jerárquico de los agentes de la Administración, cuando no la arbitrariedad judicial, se impuso sobre el conocimiento horizontal, garantizado por la promulgación auténtica de las disposiciones.

La puesta en escena impecable –desde el punto de vista histórico jurídico– de la reflexión de MARTA LORENTE no deja ver esta valiosísima tramoya conceptual –TOCQUEVILLE, WEBER,...–, pero subyace a *La voz del Estado*. Ambos clásicos, leídos en nuestros días, han renovado el punto de vista de la historiografía del derecho contemporánea. Dentro de esta lógica reveladora de los rasgos antiguos bajo los oropeles modernos y revolucionarios, su autora señala: “la persistente vigencia de la «legislación histórica» no sólo debe comprenderse como una consecuencia de la lentitud de la codificación española, ya que se correspondió con la formulación normativa, doctrinal y jurisprudencial de una legitimación de corte historicista que no sólo convivió sino que se superpuso a la constitucional que debiera haber sido la propia del siglo. Al mismo tiempo, aquella legitimación resultó ser un magnífico caldo de cultivo para desarrollar una indistinción tipológica que, en último extremo, dificultaba la emergencia de la ley, entendida como expresión de la voluntad general. O dicho de otra forma, la inteligencia que se mantuvo respecto del orden normativo vigente y de su gestión dificultaba –si no negaba– la elaboración de una noción formal de ley, con las consecuencias previsibles respecto tanto de su publicación como de su relación con la normativa de origen gubernativo” (p. 218). La inexistencia de una “noción formal de ley” dejaba sitio libre a la arbitrariedad oligárquico-caciquil de los jueces en sus resoluciones. WEBER ha ilustrado la racionalización y su falta en la esfera concreta de la acción social referida al derecho y la aplicación de las normas con dos modelos: el de la “justicia calculable” occidental y la “justicia del cadí” oriental. El capitalismo requirió del primer modelo. Surge en Inglaterra, donde los abogados son mandatarios de una clientela de mandantes que requirieron las relaciones jurídicas necesarias a la gestión comercial de un capital inmovilizado que necesitó de cálculos exactos y no permitía ningún tipo de irracionalidad. Bien los precedentes, como “esquemas calculables”, o bien la ley en los Estados burocráticos, supuso WEBER, convierten la aplicación del derecho en una “máquina automática” (por arriba, se introducen las actas y los costes y, por abajo, aparece la sentencia con sus argumentos más o menos sólidos). La justicia del cadí es la justicia discrecional, irracional, venal e imprevisible, basada en el arbitrio y los vagos mandatos religiosos (13). Es la justicia de Oriente que CERVANTES describió tan genialmente en *La Gran Sultana*, una bella mujer que ataviada de traje castellano, en la corte mora, por amor y seducción, dispone a su antojo del rey árabe y del cadí que le rodea. Aquí el cadí solo

(13) WEBER, Max, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos” (1918), *Escritos políticos* (edición de Joaquín Abellán), Madrid, Alianza Editorial, 1991, 370 pp., pp. 101-300.

dispone indirectamente, es la castellana vieja quien decide realmente. No existe ley alguna, y sí mucho capricho, en la corte del sultán. WEBER supuso que espectáculos semejantes sólo debieran ocurrir en Oriente.

Para dar cuenta de la frustración de esta noción formal de ley que dominó en Occidente, MARTA LORENTE ha sometido el proceso histórico a unos acontecimientos ineludibles que explican bien lo sucedido: la Constitución de 1812 con la representación del imposible acceso al conocimiento del derecho; el Proyecto de Código civil de 1836 con su concepción de la publicidad de las disposiciones como su escritura en los boletines oficiales, su lectura ante el Ayuntamiento de cada provincia y su fijación en un lugar visible de aquel paraje; el Real Decreto de 9 de marzo de 1851, que conduciría a la reforma de la Constitución de 1845 por Bravo Murillo, con una toma de partido por la publicidad administrativa en detrimento de la publicidad política; el Código civil de 1889, con su artículo 1, que consagra la ficción de la publicidad de la ley y fija la presunción de su conocimiento. La autora cierra su análisis del siglo con un balance absolutamente negativo sobre cualquier preocupación por mejorar la publicidad, como publicidad formal o promulgación.

La debilidad política para ampliar el conocimiento de las disposiciones es palmaria no sólo si se compara nuestro Ochocientos con el francés sino con el norteamericano. En 1851, nos muestra MARTA LORENTE, los jueces administrativos y tribunales carecían de los códigos y de las colecciones de infinidad de decretos como instrumentos necesarios de su quehacer diario. Ortiz de Zárate, en 1853, hace un triste balance manifestando que muchos jueces tienen tan sólo las *Siete Partidas*, la *Novísima Recopilación* y la *Ilustración del Derecho Real de España* de D. JUAN DE SALA o a otros comentaristas en sus estanterías. Ni los jueces ni los ciudadanos, todavía menos, conocieron las disposiciones legales vigentes. Pero los tribunales españoles se inhibieron muchas veces en su determinación porque no consideraron que la publicidad formal o promulgación fuera una garantía de los ciudadanos. Los análisis de derecho comparado incluidos en *La voz del Estado* reflejan una predisposición diferente de los jueces en Francia y Estados Unidos. En la recién nacida república norteamericana las normas sobre normas eran incipientes y contradictorias, pero los jueces fueron conscientes de la necesidad de establecer cuáles eran los precedentes a favor del conocimiento de todas las personas de la comunidad. Mediante reglas y principios fueron determinando el derecho aplicable, creado por las asambleas federal y estatales. En Francia, la comprensión de la publicación de las normas fue realizada jurisprudencialmente a través de la Corte de Casación, que precisó la estructura de la publicación, y el Consejo de Estado, que procuró delimitar su campo de aplicación. Mientras en ambos países, tras las revoluciones burguesas, los ciudadanos hicieron valer legítimas pretensiones por desconocimiento de las nuevas disposiciones solo atribuible a la Administración, la indefensión del individuo, ante la presunción del conocimiento, fue brutal.

El análisis de este drama se realiza con un estudio frío de un material ingente de colecciones legislativas, boletines y decretos que dan cuenta de la fragilidad y dispersión de una pretendida centralización administrativa en España. *La voz del Estado* se estructura en dos periodos –“Bases de un sistema (1810-1851)”–; “Una larga espera (1851-1889)”– y un epílogo como ponderada y crítica conclusión –“Orden normativo, Publicidad administrativa y Estado de Derecho (1851-1889)”–. MARTA LORENTE ha realizado una detenida y exhaustiva caracterización de estos dos periodos. La primera mitad del siglo, de frágil centralización y dominio de las provincias, está

dominada por la transmisión ritual, institucional, interna y jerárquica de la ley: predominó la oralidad de la divulgación sobre un seguro conocimiento escrito; los empleados reciben jerárquicamente las disposiciones y se someten a ellas según relaciones de responsabilidad; la lectura pública oral, mediante edicto o pregón, de las normas no garantiza ningún conocimiento de las disposiciones por la analfabeta ciudadanía; la dispersión de las publicaciones sin ninguna centralización asegura el caos normativo; las normas sobre publicidad se refieren a la organización de la edición privada y no a la difusión pública de las normas; las publicaciones son mera “propaganda constitucional”, no hay un concepto de publicación periódica y la edición de los boletines provinciales está en manos privadas que se rigen por un negocio más dirigido a los suscriptores que a los ciudadanos; el afán centralizador de la Colección Legislativa se vio contradicho por su desconsideración de una ordenación jerárquica, su carestía e insuficiencias. La segunda mitad de siglo no solventó mínimamente este panorama. Hasta la llegada del Código civil, MARTA LORENTE solo detecta una absoluta despreocupación legislativa y doctrinal por la publicidad formal o promulgación de las disposiciones como garantía constitucional.

La voz del Estado se abre paso con originalidad dentro de los estudios histórico-jurídicos al detectar, hasta ahora, una carencia en el conjunto de sus estudios. La valiosa historia de la codificación, de los Códigos o de las Leyes, realizada mediante enfoques económicos, políticos, o de pensamiento –nos recuerda su autora– no había reparado en la *incerteza* que recorrió como un mal del orden jurídico del Estado liberal. No es un problema artificialmente creado por la historiadora: “A lo largo de casi todo el siglo no se pudo contestar con claridad a dos importantes interrogantes: ¿qué normas estuvieron vigentes? Y sobre todo, ¿en virtud de qué criterios debieron reputarse como tal?” (pp. 167-168). MARTA LORENTE no sólo se ha adentrado en el mal que aquejaba al orden jurídico ochocentista sino que ha determinado sus causas: “aun cuando potenciara su indeterminación, la incerteza respecto de la fuerza de ley de los diferentes textos no fue una consecuencia de los defectos, insuficiencias o contradicciones de la publicidad formal. La incerteza respondía a causas más profundas: haciendo abstracción de las políticas, en un principio puede afirmarse que el caos normativo decimonónico debe identificarse con un hecho material de naturaleza cuantitativa: la acumulación, sin solución de continuidad de un conjunto de disposiciones hijas del siglo sobre un inabarcable e indeterminado legado normativo procedente del Antiguo Régimen. Ambos factores son similares, pero no idénticos. Poner orden en el caos obligaba a establecer jerarquías entre unos textos cuya diversidad y contradicciones internas respondían a razones distintas, pero, sobre todo, a las resistencias a la ordenación de uno y otro bloque seguían lógicas diferentes. (...). Una vez monopolizada la creación del Derecho por un Estado, que ya no reconocía otros poderes originarios, el mantenimiento de dicho desconocimiento no implicaba simplemente continuidad, sino debilidad. Es más: destruido el antiguo marco institucional que daba sentido a la pluralidad, y alteradas las bases de una conceptualización doctrinal que la ordenaba, la estatalización del legado normativo creó un desorden de proporciones hasta entonces desconocidas.” (pp. 169-170). Así es. La afirmación de MARTA LORENTE trasluce, en mi opinión, los solapamientos que se producen entre diferentes tipos de legitimidad –tradicional y legal-racional– en la historia, según MAX WEBER. En los países occidentales, el autor de *Economía y Sociedad* (1920) auguró un futuro sin revoluciones: observó el decurso histórico de Francia sin observar cambio fundamental en el aparato administrativo desde los

tiempos del Primer Imperio. El otro gran artífice del cambio de paradigma en la reflexión filosófico histórica –ALEXIS DE TOCQUEVILLE– ironizó agudamente en torno a los grandes cambios que se le atribuyeron a la Revolución sobre el Antiguo Régimen: las maquinarias administrativas parecieran tener una “estática” difícilmente desmantelable por la retórica de la revolución y sus voceadores. Así, un cambio de escenario supuestamente inédito no modifica los productos y bienes sociales que augura el progreso de la historia.

MARTA LORENTE ha desmontado la retórica de la revolución desde un compromiso progresista con los ciudadanos del diecinueve y también con nosotros. El resultado es un cauteloso diagnóstico que nos saca del engaño de la emergencia optimista del Estado liberal. Para ello, ha afrontado la difícil responsabilidad de encarar la virtualidad de uno de sus tópicos usualmente aceptado: la publicidad formal o promulgación de la ley como una garantía constitucional de los ciudadanos. El desvelamiento de este sacralizado tópico no sólo interesará sino también inquietará al lector de *La voz del Estado*. Además, le reconciliará muy satisfactoriamente con el trabajo histórico muy bien elaborado.

Julián Sauquillo

Universidad Autónoma de Madrid