

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2003



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 45, enero-marzo 2003

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: GU-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 Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. 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
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

BOTÍA VALVERDE, Antonio: "Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002 "	9
CERDÁ GIMENO, José: "Una aproximación actual a la sucesión testamentaria"	31
CHORNET CHALVER, José Vicente: "Función certificante del notario. Especial referencia al documento fehaciente regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil"	141
GARRALDA VALCÁRCEL, José: "La buena fe como vía para juridificar la moral"	173
IBIZA GARCÍA-JUNCO, Ana M. ^a : "La valoración de inmuebles en los impuestos cedidos a las comunidades autónomas"	179
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "El hecho de las parejas de hecho sin Derecho"	203
VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: "La eficacia del asentimiento de los padres del adoptando"	241

PRÁCTICA NOTARIAL

GOMÁ LANZÓN, Fernando y GARCÍA VIADA, Carlos: "Libro blanco de la firma electrónica notarial"	269
POU AMPUERO, Felipe: "Reversión de gananciales"	315

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión de suelo por obra”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Por Andrés Domínguez Luelmo.....	327
LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: “Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas”. Editorial Civitas, Madrid, 2002. Por Joaquín Zejalbo.....	333

**VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL
Y LIMITACIONES DEL DERECHO
DE PROPIEDAD: PROHIBICIÓN DE DISPONER
Y REQUISITOS DE LOS ADQUIRENTES.
LECTURA CRÍTICA DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 13
DEL REAL DECRETO 1/2002**

ANTONIO BOTÍA VALVERDE
Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO. III. OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO. IV. NORMATIVA APLICABLE. V. REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LLAMADA “NORMATIVA GENÉRICA”. VI. REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LLAMADA “NORMATIVA ESPECÍFICA”. VII. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN LA LLAMADA “NORMATIVA ESPECÍFICA”. VIII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El acuciante problema de la vivienda durante el siglo pasado, su trascendencia social y su evidente importancia política motivó el alumbramiento de una serie de normas específicas tendentes a resolver dicha problemática, y entre ellas cabe citar la legislación sobre arrendamientos urbanos y la relativa a las llamadas “viviendas de protección oficial”, disposiciones que podemos caracterizar, desde un punto de vista genérico, por dos notas: su finalidad de protección de las capas más desfavorecidas de la sociedad y su carácter excepcional respecto a instituciones clásicas de Derecho Civil, como el arrendamiento o el derecho de propiedad, nota esta última que creo importante no olvidar durante la lectura de las presentes notas, ya que nos puede ayudar a comprender algunas extrañas “piruetas” del legislador en esta materia.

II. Planteamiento

He de reconocer que el origen de estas notas estuvo en la perplejidad de este redactor al leer el artículo 13 del RD 1/2002, que aprueba el nuevo Plan de Vivienda 2002-2005, y cuyo texto literal reza de la siguiente manera: *“Las viviendas de nueva construcción que en su calificación o declaración como protegidas se acojan a las disposiciones del presente Real Decreto, se destinarán, obtengan o no financiación cualificada, a adquirentes, adjudicatarios, promotores individuales, para uso propio o arrendatarios, cuyos ingresos familiares no excedan de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional”*.

Y esa perplejidad derivaba del hecho que de la redacción literal de dicho precepto parecía deducirse, que aun cuando no se accediera a la financiación cualificada (que como veremos tiene su primer escalón en la obtención de préstamo cualificado), y tanto en la primera como en posteriores transmisiones, ningún comprador que no reuniera el requisito de tener unos ingresos familiares inferiores a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional podía comprar una vivienda calificada conforme a dicho Decreto 1/2002, lo que planteaba al lector una serie de interrogantes tales como:

— ¿Qué sucede si una persona que no cumpla con los mismos adquiere una vivienda de protección oficial?

— ¿Cuáles son los efectos de la violación de dicha norma, tal vez la nulidad de la compraventa, o sólo la imposición de sanciones administrativas?

— ¿Tiene el vendedor obligación de indagar si el adquirente cumple o no con dichas disposiciones?

— ¿Debe el notario exigir la declaración de la renta de la unidad familiar del comprador? ¿Puede hacerlo el registrador de la propiedad?

A dichas interrogantes se une la existencia de una prohibición de disponer para el comprador que recibe financiación cualificada, prohibición que no fue objeto de constatación registral hasta el Plan de Vivienda 1998-2001, que, como el actual 2002-2005, ordena que se haga constar en el asiento registral por medio de “nota marginal” (art. 12,4.º del RD 1186/1998 y art. 10,5.º del RD 1/2002).

III. Objetivo del presente trabajo

Como se puede deducir de lo expuesto, estas líneas tienen por objeto determinar la trascendencia jurídica que tienen las limitaciones que directamente derivan de la letra del actual Decreto 1/2002, que regula el plan de vivienda 2002-2005 y más específicamente el alcance de dos preceptos:

— Por una parte, el artículo 10,2.º, que establece literalmente que *“los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio no podrán transmitir inter vivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que se hubiera obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo...”*, limitación que, según el párrafo 5.º del mismo artículo, se hará constar en el Registro de la Propiedad por medio de nota marginal.

— Por otra parte, la antes citada limitación del artículo 13 que impide adquirir viviendas de nueva construcción calificadas conforme a dicho Decreto, a personas con ingresos inferiores a 5,5 millones de pesetas.

IV. Normativa aplicable

Posiblemente, lo primero que tenemos que fijar es cuál es la normativa aplicable en esta materia, y al respecto podemos distinguir dos tipos de normas, por una parte las genéricas y por otra las específicas, que regulan las condiciones de financiación de las actuaciones.

— Normativa genérica: está constituida básicamente por el Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y por el Decreto de 10 de noviembre del mismo año, que en muchas materias, especialmente en cuestión de sanciones, deja vigente la normativa del anterior Decreto de 24 de julio de 1968.

— Normativa específica reguladora de la financiación cualificada, que está constituida con carácter general para todo el Estado por el Decreto de 12 de junio de 1998 (modificado por otro de 9 de febrero de 2001)

para las actuaciones realizadas conforme al Plan 1998-2001 y por el Decreto 1/2002 para las actuaciones a realizar desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2005 (disp. transitoria 5.^a). Toda esta normativa básica está a su vez desarrollada a nivel de cada Comunidad Autónoma por Decretos autonómicos y Órdenes de las respectivas Consejerías.

La normativa que hemos calificado de genérica fija con carácter general las condiciones y requisitos de los diversos elementos subjetivos, objetivos y formales que intervienen en esta materia (por ejemplo, quiénes pueden ser adquirentes, cuáles son los requisitos genéricos de las viviendas de protección oficial, etc.).

Por el contrario, la normativa que hemos llamado específica tiene por objeto, como señalan paladinamente tanto el Decreto de 12 de junio de 1998 como el de 11 de enero de 2002, en sus respectivos artículos primeros, regular la FINANCIACIÓN CUALIFICADA de las actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo que en el mismo se especifican realizadas durante el lapso de tiempo fijado para cada uno de ellos.

Parece deducirse, por tanto, de todo lo anterior ***una perfecta delimitación de campos normativos***: una regulación fija los requisitos generales, independientemente de la existencia o no de financiación cualificada, y la otra regula esta última.

V. Requisitos establecidos por la llamada “normativa genérica”

Prefijado anteriormente el objetivo de este trabajo, nos vamos a circunscribir aquí a los extremos que regulan el Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y el Decreto de 10 de noviembre del mismo año y que se refieran a estas tres materias: requisitos de los adquirentes, limitaciones del derecho de propiedad y sanciones por incumplimiento.

a) Requisitos de los adquirentes.

El artículo 3 del Real Decreto-Ley señala que podrán ser propietarios de viviendas de protección oficial las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, aunque únicamente podrán ser usuarios las personas físicas (en igual sentido se pronuncia el art. 9 del Decreto). En ningún otro precepto se establecen otros requisitos que hayan de reunir los propietarios de dicho tipo de viviendas. Sólo el artículo 5 del Decreto-Ley señala que las viviendas calificadas podrán ser objeto de ayudas económicas “... *que se establezcan en las disposiciones de desarrollo del presente Real Decreto-Ley, las cuales regularán igualmente la cuantía y condiciones de dichas ayudas*...”.

Parece por ello claro:

— Por una parte, que no puede exigir una norma de rango inferior (el art. 13 del Decreto 1/2002) condiciones distintas de las fijadas en el Decreto-Ley de 1978 para ser propietario de una vivienda de protección oficial.

— Que las normas de desarrollo de dicho Decreto-Ley (v. gr., el tan citado Decreto 1/2002) puede establecer la cuantía y condiciones de LAS AYUDAS, pero no quién puede o no ser propietario. En todo caso, lo que aquéllas pueden fijar son sólo *las cuantías y condiciones de las ayudas*, pero nunca restricciones de derechos (como el de dominio), para lo cual ni faculta ni podría facultar la norma con rango de Ley citada. Señalemos aquí que, siendo las restricciones de derechos de interpretación estricta, difícilmente podría considerarse dentro de la delegación que se hace a las normas de desarrollo el establecimiento de restricciones o limitaciones a un derecho consagrado con rango, no sólo de Ley, sino incluso de Norma Fundamental, y aunque se considerase que esa fue la verdadera voluntad del legislador (permitir que normas reglamentarias pudieran establecer como “condiciones de las ayudas” la contrapartida de limitaciones del dominio), sería contrario a los principios del Ordenamiento jurídico tal delegación legislativa.

b) Limitaciones del dominio.

Las limitaciones son las que derivan de su propia calificación como viviendas de protección oficial, en tanto que, como señala el artículo 1 del Real Decreto-Ley, la calificación implica un régimen concreto de uso, conservación y aprovechamiento, que tendrá una duración de treinta años a partir de su calificación, debiendo destinarse a domicilio habitual y permanente.

Así pues, sí es cierto que, salvo descalificación, el titular dominical no puede hacer actos que impliquen un cambio del régimen de uso y aprovechamiento de la vivienda, pero ello porque así lo señala expresamente una NORMA CON RANGO DE LEY (el art. 1 del Real Decreto-Ley).

c) Sanciones.

El artículo 8 del Real Decreto-Ley establece que las infracciones serán sancionadas administrativamente, remitiendo expresamente en su párrafo 2.º a su determinación por vía reglamentaria, lo cual nos lleva a los artículos 153 y 154 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968, declarados aplicables por la disposición transitoria undécima del Decreto de 10 de noviembre de 1978, que califica como san-

ciones “graves”, entre otras, el alterar el régimen de uso y utilización de las viviendas establecidas en la calificación definitiva, el mantener deshabitada la vivienda o la utilización de más de una vivienda construida con protección del Estado, calificando por su parte el artículo 56 del Decreto de 1978, en su inciso final, que tendrá la consideración de falta muy grave dedicar la vivienda a usos no autorizados o desvirtuar el destino de domicilio habitual y permanente.

¿Y cuáles son las sanciones en caso de incumplimiento?

La respuesta a la pregunta debe de ir precedida de una afirmación previa indiscutible: en materias de carácter sancionador, como lo es ésta, ha de prevalecer siempre el principio de “TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES”, de manera que no es posible por parte de la Autoridad administrativa competente calificar como infracciones conductas no tipificadas como tales, al igual que tampoco es posible aplicar sanciones que no estén expresamente recogidas en el Ordenamiento.

Señalado lo anterior, veamos cuál es el régimen aplicable: viene recogido en el artículo 8 del Decreto-Ley, que establece un sistema de multas en función de la calificación de la sanción como leve, grave o muy grave, aunque a continuación parece sembrar la duda cuando habla también de “... *sin perjuicio de las demás que sean de aplicación...*”.

Esas otras sanciones complementarias son las que establece expresamente el artículo 155 del Reglamento de 1968 (aplicable por disposición del art. 57 del Decreto de 1978), que establece como posibles, entre otras, la descalificación de la vivienda, lo que ocasionaría la pérdida de beneficios económicos, exenciones y bonificaciones, o la imposición de obras de reparación para acomodar la edificación al proyecto aprobado.

No establece, sin embargo, la ley en ninguno de sus preceptos (ni tampoco lo hace, como es lógico, el Decreto de 1978, que lo desarrolla) ninguna sanción de nulidad civil, revocabilidad, rescisión, anulabilidad o alguna similar, y así lo ha reconocido expresamente el TS en las famosas sentencias de 3 de septiembre de 1992 (ponente, el Sr. Marina Martínez-Pardo), que deniegan la nulidad de una venta de vivienda de protección oficial por precio superior al legal, reconociendo que, aunque se vulnera una norma prohibitiva y por tanto es de aplicación el artículo 6,3.º C.c., en estos casos la legislación de viviendas de protección oficial establece sanciones diferentes de la nulidad (la descalificación con pérdida de beneficios y la imposición de sanciones pecuniarias).

VI. Requisitos establecidos por la llamada “normativa específica”

Como dijimos anteriormente, ésta es la que periódicamente, para cada plan de vivienda concreto, establece las modalidades y cuantía de las ayudas a los promotores y adquirentes de viviendas de protección oficial, y como dijimos anteriormente está constituida en la actualidad por el Decreto de 12 de junio de 1998 y el Decreto 1/2002, cuyos respectivos artículos primeros señalan expresamente que su objeto es regular la “FINANCIACIÓN” de las actuaciones que a él se acojan. Por todo ello, debe tenerse presente que toda aquella regulación que se exceda de dicha finalidad, en principio, debe considerarse extraña a los citados Decretos.

¿Cuáles son esas medidas de financiación?

Pues en la actualidad son de dos tipos, tal y como reconoce el artículo 2 de ambas normas:

— Por una parte, los llamados préstamos cualificados.

— Por otra parte, las llamadas “ayudas económicas directas”, que son a su vez de tres clases: subsidiación de los préstamos, subvenciones y ayudas económicas a la entrada.

En todo caso, ahora nos interesa destacar que ya el hecho sólo de existir un préstamo cualificado, aunque no concurren ayudas económicas directas, implica ya la existencia de financiación cualificada, y por tanto la aplicación íntegra de la normativa recogida en dichos Decretos, entre ellas, las limitaciones objetivas y subjetivas al derecho de propiedad del adquirente, objeto del presente tema.

VII. Limitaciones del dominio en la llamada “normativa específica”

Como dijimos al principio de las presentes notas, son dos: por una parte, la prohibición de transmitir inter vivos o de ceder el uso durante el plazo de diez años (plazo establecido por el Decreto 1/2002 para el nuevo plan de vivienda y aplicable a las actuaciones anteriores a la reforma del Decreto de 12 de junio de 1998 por el Decreto de 9 de febrero de 2001), y por otra, la limitación establecida en el artículo 13 del Decreto de 2002 respecto de la renta de los propietarios de viviendas de nueva construcción. Veamos ambas por separado.

LA PROHIBICIÓN DE DISPONER: viene recogida en el artículo 10 del Decreto 1/2002 en términos prácticamente iguales a los que recogía el artículo 12 del Decreto de 1998, y sus notas más descollantes son las siguientes:

— Afecta a los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio.

— El plazo de duración es de diez años, a contar desde que se obtuviera el préstamo cualificado.

— La prohibición es de transmitir *inter vivos* o ceder el uso por cualquier título.

— Podrá dejarse sin efecto por causa justificada, pero ello requerirá autorización de la Comunidad Autónoma respectiva y precisará además la cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas directas con los intereses legales desde el momento de la percepción.

— La prohibición de disponer, que deberá hacerse constar en la escritura del préstamo hipotecario y en la de compraventa o adjudicación se hará constar en el registro de la propiedad por medio de nota marginal.

Desde luego, de la lectura del precepto, a bote pronto, se puede llegar a una primera conclusión: dicha prohibición de disponer, tal y como está redactada, dado los términos imperativos de la redacción y, sobre todo, su carácter de “constatable” (y además de manera obligatoria) en el Registro de la Propiedad tiene propiamente carácter real, afectando al “poder de disposición” del titular dominical que, por tanto, si dispone, no dispondrá válidamente al tener cercenada una de sus facultades dominicales (la facultad de disposición que consagra el art. 348 C.c.). Cualquier duda que pudiera ofrecer el carácter real de dicha limitación parecería disipada al declarar paladinamente el precepto el carácter inscribible de dicha limitación, mas si se tiene en cuenta que sólo acceden al Registro los actos y contratos relativos al dominio (art. 1 de la LH), y que la citada legislación hipotecaria expulsa de los asientos registrales aquellas prohibiciones de disponer que no afecten directamente a la esencia del derecho de dominio o derecho real limitativo inscrito (arts. 26 y 27 LH), así como que, conforme al principio de legitimación registral (art. 38 LH), “*a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...*”, lo que, aplicado al caso que nos ocupa, significaría que el dominio del adquirente, adjudicatario y promotor para uso propio, al constar la citada nota marginal de prohibición de disponer, existiría, pero justamente con esa limitación, que, además de afectar al titular dominical, por supuesto afecta a terceros.

Derecho de propiedad y limitaciones del dominio.

Como señala el artículo 348 del Código civil, “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes*”, precepto del que podemos extraer una consecuencia clara: existe una **reserva de Ley** a favor de aquellas disposicio-

nes que impliquen limitaciones del dominio, o, lo que es igual, no puede una norma de rango inferior (Decreto, Orden Ministerial, etc.) establecer limitaciones de nuevo cuño al meritado derecho, lo que por otra parte parece ratificar la Constitución Española, que, después de consagrar en el artículo 33 el derecho de propiedad como uno de los derechos fundamentales, señala en el artículo 53,1.º como sólo por disposición con rango de Ley se regulará el ejercicio de diversos derechos regulados en diversos preceptos, entre ellos el antes citado 33.

En un sentido similar debemos recordar que la S del TS de 31 de enero de 2001 ha declarado nula la redacción dada a muchos preceptos del RH por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, entre otras razones, básicamente por entender que no se pueden regular derechos como el de propiedad por normas de rango reglamentario (mucho más grave es, no ya regular, sino limitar dicho derecho).

En un sentido similar se ha venido a pronunciar la DGRN en **R de 12 de enero de 2002**, que en un caso en el que, dada licencia para construir una vivienda unifamiliar, se procede a dividir horizontalmente la construcción en dos, ha concluido que, pese a la dicción del artículo 53 a) del Decreto de 4 de julio de 1997 (que no obstante no era aplicable por su tiempo al caso de la Resolución), no procede la aplicación del mismo teniendo en cuenta “... *la falta de una norma con rango de ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (art. 33 CE y 348 C.c...)*”.

Creo sinceramente por todo ello que SÓLO LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD que vengan consagradas en NORMAS CON RANGO DE LEY pueden considerarse como tales, o sea, como cercenaciones al derecho de dominio, en principio omnímodo, del titular dominical.

¿Qué sucede entonces con las limitaciones (mejor será decir presuntas limitaciones) del mismo que vengan recogidas en normas de rango inferior?

A la respuesta anterior se le puede dar una primera respuesta simplista: simplemente son nulas por violar el principio de jerarquía normativa (art. 9,3.º CE). Sin embargo, no creo que ello sea así en todos los casos, ya que si es cierto que lo serán en muchos (como lo eran las limitaciones y regulaciones de diversos derechos recogidas en la reforma de 4 de septiembre de 1998 del RH), sin embargo, en otros muchos supuestos simplemente deberá a procederse a realizar una INTERPRETACIÓN CORRECTA de las normas para, saltando por encima de su literalidad, permitir que la finalidad y espíritu de las mismas se pueda realizar, determinando cuál es su alcance, que no es el que directamente se deduce de su letra, sino el que acompaña su espíritu.

Aplicando la doctrina anterior, creo por ello que, en el caso que nos ocupa de la prohibición de disponer recogidos en los Decretos citados, se pueden extraer las siguientes consecuencias:

— En primer lugar, que en ningún caso implica una propia limitación del derecho de propiedad, no afecta al poder de disposición del titular dominical, *siendo por tanto perfectamente válidas* las transmisiones hechas por el propietario sujeto a las mismas.

— En segundo lugar, que el que adquiere lo hace perfectamente y sin ningún tipo de ineficacia que afecte a su título.

— La transmisión realizada, al ser válida, es inscribible en el R de la P. Luego veremos la interpretación que ha de darse a la constatación de la prohibición de disponer por nota marginal.

— Respecto de la sanción que puede recaer sobre el transmitente infractor y descartada la ineficacia de la transmisión, creo que debe buscarse en las dos normativas que, según hemos comentado, resultan aplicables: la genérica y la específica:

a) Normativa genérica.

— En primer lugar, el Decreto-Ley de 1978 se limita a señalar en su artículo 8 que las infracciones serán sancionadas administrativamente, que aquéllas se clasificarán en leves, graves y muy graves y que su determinación se hará reglamentariamente. De ello, entre otras cosas, se deduce un primer principio general: no ampara el Decreto-Ley ningún tipo de ineficacia civil (nulidad, rescisión u otra similar), por lo que, a mayor abundamiento de lo antes dicho, no existe amparo ni cobertura legal para admitir ningún tipo de prohibición de disponer que impida al propietario transmitir y al adquirente convertirse en propietario válido y legal.

— Por su parte, el Decreto de 1978, que remite en gran medida en esta materia al Decreto de 1968 y concretamente a los artículos 153 y siguientes de éste, *no recoge expresamente entre las infracciones* la realización de actos dispositivos, infringiendo posibles limitaciones establecidas en el mismo. A lo sumo podría considerarse incluida la conducta del que transmite en el número 5 de la letra B del artículo 153, que sanciona como falta grave “*alterar el régimen de uso y utilización de las viviendas de protección oficial establecido en la calificación definitiva*”, o en el último párrafo del artículo 56 del Decreto de 1978, que considera falta muy grave “*desvirtuar el destino de domicilio habitual y permanente configurado en el art. 3.º de la presente disposición o dedicar la vivienda a usos no autorizados cualquiera que sea el título de su ocupación*”, todo ello considerando que al fin y a la postre lo que la prohibición de disponer pretende es establecer un mecanismo que asegure que el propietario usa personal-

mente la finca y no la transmite ni cede su uso, y sobre la consideración de que, como ha señalado la doctrina científica, en materia de prohibición de disponer es fundamental la causa o motivo que legitima dicha cercenación de la facultad dispositiva. No obstante, hay que reconocer que, en contra de la inclusión en las conductas anteriores de la infracción del propietario que vende antes del plazo de diez años, se eleva de manera firme el principio de tipicidad de las infracciones, que veda cualquier tipo de interpretación extensiva.

b) Normativa específica.

Aparte de la presunta ineficacia civil de la transmisión, que como creo que ha quedado claro anteriormente debe descartarse, no se establece expresamente ninguna sanción para el caso de incumplimiento, estableciéndose, eso sí, qué es lo que debe realizar el propietario que desea vender antes del transcurso del plazo: cancelar el préstamo, recabar autorización de la Administración competente, reintegrar las ayudas económicas directas recibidas y abonar los intereses legales de las mismas producidos desde el momento de su percepción.

Así pues, creo que, sin perjuicio de dichas obligaciones de cancelación y restitución, no puede hablarse de sanciones aplicables al infractor, ni desde luego de ningún tipo de ineficacia civil. Es más, incluso sería muy discutible la posibilidad de aplicar cualquier tipo de sanción administrativa (como alguna de las multas contempladas en los Decretos de 1968 y 1978).

La nota marginal.

Como hemos visto anteriormente, tanto el Decreto de 1998 como el de 2002 señalan que la prohibición de disponer se hará constar en las escritura de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva, y en la de préstamo hipotecario a los efectos de su inscripción en el R de la P, por medio de nota marginal.

Como sabemos, uno de los principios básicos de nuestro Ordenamiento Hipotecario es el de sólo constatar registralmente situaciones que tengan trascendencia real, no permitiendo el acceso de derechos que no tengan dicha consideración (arts. 1,2 y 98 LH). Por todo ello, en principio, se puede colegir que, si la prohibición de disponer es inscribible, lo es por su trascendencia real, produciendo por tanto el efecto de cualquier limitación válida: cerrar los asientos registrales a títulos que la contradigan.

Pero si hemos de ser coherentes con lo expuesto hasta ahora, no podemos considerar válida dicha conclusión. Ante todo debemos tener en

cuenta que las propias prohibiciones de disponer se practican (art. 26 LH) por medio de un asiento de anotación preventiva (si su origen es judicial o administrativo) o por un asiento de inscripción (si su origen es otro), pero nunca por medio de nota marginal, lo cual ciertamente no deja de ser sospechoso.

¿Cuál es la finalidad de un asiento de nota marginal? ROCA SASTRE clasificaba dicho tipo de asiento en tres grupos: 1) Las de mera oficina (para coordinar asientos entre sí), que carecen de valor jurídico; 2) Las de modificación jurídica (constatan hechos o negocios que modifican derechos inscritos) y 3) Las que hacen la función de otros asientos. ¿En qué grupo ubicamos la nota marginal de prohibición de disponer?

Está claro que no se ubica entre las notas marginales llamadas de mera oficina.

Ciertamente podría pensarse que realmente es un sucedáneo o sustituto de un asiento de anotación preventiva de prohibición de disponer, pero ello requeriría realmente una resolución administrativa que sería la que “directamente” daría lugar, por disposición administrativa, a la constancia de la prohibición; sin embargo, en el presente caso, el título por el que se constata registralmente la prohibición no es un título administrativo, sino la escritura pública de compraventa, adjudicación, obra nueva o préstamo hipotecario.

Por último, más acertado sería pensar que realmente se encuentra entre las de modificación jurídica en tanto que simplemente se limita a modificar o completar un derecho inscrito (el de propiedad), haciendo constar una circunstancia (la financiación cualificada) que produce una modificación de aquél (la prohibición de disponer).

Así es: ciertamente no se trata de una nota de mera oficina, ni tampoco de nota que haga los efectos de otra, sino de una nota de modificación o complemento de un derecho ya inscrito, pero no con los efectos que presumiblemente se deducirían de su literalidad, o sea, el cierre registral, sino con otros efectos diferentes. Se trataría de una nota marginal de efectos similares a la de constatación de la concesión de la calificación definitiva de protección oficial, no alterando el régimen jurídico del propio derecho de propiedad (el titular de una VPO la puede transmitir civilmente incluso antes de la obtención de dicha calificación definitiva), pero sí haciendo constar un hecho que define la situación jurídico-administrativa del inmueble (la calificación definitiva). Se trataría, por tanto, de la constatación de un hecho de los previstos en la legislación sobre VPO que modaliza, no ya el derecho de propiedad y la facultad dispositiva del titular dominical, sino que da publicidad a la situación del inmueble en el correspondiente expediente administrativo que ha motivado su calificación como vivienda de protección oficial. Es, por tanto, una **nota marginal**

de mera publicidad, superflua si se quiere desde el punto de vista dogmático, en tanto que no añade nada al régimen de derecho de propiedad desde el punto civil, pero que actúa como instrumento de publicidad de una circunstancia de dicho expediente administrativo, y que permite dar a conocer a terceros ciertos aspectos de trascendencia administrativa, que no civil, de una vivienda calificada de protección oficial.

LA PROHIBICIÓN DE DISPONER A PERSONAS DEL ARTÍCULO 13 DEL DECRETO 1/2002

Junto a la prohibición de disponer en el plazo de diez años que sancionaba el Decreto de 1998 y que recoge el actual Decreto de 2002, éste último también recoge una novedad: la imposibilidad de que las viviendas de nueva construcción acogidas al mismo se destinen, obtengan o no financiación cualificada, a personas con ingresos familiares superiores a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional.

Notas características.

Como se puede deducir de su simple lectura, podemos destacar las siguientes:

— Sólo es aplicable a las viviendas de nueva construcción.

— Es aplicable tanto a la primera como a las ulteriores transmisiones, y por tanto parece que sólo extinguirá dicha limitación cuando la vivienda deje de estar sujeta al régimen de viviendas de protección oficial, bien por transcurso del plazo de treinta años, bien por descalificación voluntaria, lo cual, si concurre financiación cualificada, sólo puede tener lugar pasados quince años (art. 10,4.º del Decreto 1/2002).

— Dicha limitación es independiente de la existencia o no de financiación cualificada, en tanto deriva directamente de la calificación de protección oficial realizada conforme a dicho Decreto 1/2002.

— La letra del precepto parece dar a entender claramente un tono imperativo, utilizando la frase “se destinarán”, que no parece admitir otras alternativas.

Naturaleza jurídica.

La primera tarea del jurista que se enfrente a este precepto debe ser la de determinar la naturaleza jurídica de dicho régimen, y en principio

la respuesta parece clara: se trata de una prohibición de disponer relativa, en tanto que el propietario no puede vender a ciertas personas (todas aquellas que tengan ingresos superiores a la cifra antes señalada). Por ello, creemos que debe sujetarse al régimen jurídico que la teoría general del Derecho ha elaborado sobre dichas prohibiciones en sus líneas fundamentales puestas de manifiesto anteriormente, y entre ellas tres:

— El criterio contrario a su admisión del Ordenamiento (*odiosa sunt restringenda*), lo que veda una interpretación a favor de la existencia de las mismas.

— La necesidad de que las mismas vengan impuestas por una norma con rango de Ley.

— La necesidad de una causa o fundamento que justifique dicha limitación.

De los tres puntos anteriores, los dos primeros creo que han quedado suficientemente expuestos al tratar de la prohibición de disponer *strictu sensu* de artículo 10, por lo que nosotros sólo nos vamos a detener aquí brevemente en la tercera nota.

Por comparación con la prohibición de disponer del artículo 10, mientras que el argumento contrario a ésta vimos que era fundamentalmente de tipo FORMAL (su imposición en una norma de rango no legal), en el caso del artículo 13, junto a dicho obstáculo formal, existen además dos tipos de obstáculos sustantivos: uno de carácter causal y otro de carácter sistemático.

— Obstáculo causal: como vimos más arriba en materia de prohibiciones de disponer (y ésta lo es, aunque lo sea con carácter relativo), se necesita una causa que la justifique y que legitime el privar al titular dominical de una de sus facultades fundamentales, como es la de disponer de su derecho que consagra el artículo 348 C.c. causa o fundamento que en el caso del artículo 10 puede encontrarse en la necesidad de que quien recibe ayudas públicas para la adquisición de su vivienda use ésta como tal durante un lapso de tiempo (antes cinco años, ahora diez), y no la transmita o ceda, obteniendo un beneficio de tipo “especulativo”; sin embargo, en el caso del artículo 13 que aquí estamos examinando, ahora la prohibición de disponer no es una “contraprestación” a ningún tipo de beneficio financiero (en tanto que es aplicable haya o no financiación cualificada), sino tan sólo a un beneficio fiscal, que en este caso sería la exención del impuesto sobre actos jurídicos documentados, lo que constituye lo que un castizo diría “matar moscas a cañonazos”. Dicho de otro modo, en el caso de sujeto que no recurre a préstamo cualificado para la adquisición (y por tanto no se beneficia tampoco de ningún tipo de ayuda o subvención), sino que se limita a pagar al contado su vivienda, a pesar de la carencia de ayudas financieras, no puede transmitir, mientras la vi-

vienda conserve su calificación de protección oficial, a personas con ingresos familiares superiores a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional, y ello porque ha gozado de la exención del AJD. Claro que, en ese caso de ausencia de financiación cualificada, la solución práctica es fácil: puede en cualquier momento solicitar la descalificación voluntaria. Más difícil lo tiene el que haya recurrido a aquélla, ya que, conforme al artículo 10,4.º, no puede ser descalificada voluntariamente hasta transcurridos quince años.

— Obáculo sistemático: por si fueran de poca enjundia los criterios formal y causal antes expuestos, creemos que existe además otro impedimento contrario a su admisión y que es de carácter sistemático: estar inserta esa limitación en un Decreto que, como su artículo 1 señala, tiene una finalidad muy concreta, que es regular la financiación cualificada de las viviendas de protección oficial durante su lapso temporal de vigencia (desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2005), por lo que es contrario a su propia finalidad declarada recoger una norma que se aplica independientemente de que haya o no financiación cualificada.

VIII. Conclusiones

a) Alcance civil y administrativo de las limitaciones del artículo 10 y 13 del Decreto 1/2002.

— ALCANCE CIVIL: Realizado el examen de ambas limitaciones surge el problema de determinar el alcance y eficacia civil y administrativa de las dos limitaciones, la prohibición de disponer *stricto sensu* del artículo 10 y la relativa del artículo 13, y desde el punto de vista civil creo irrefutable una primera afirmación común a ambas: **en ningún caso constituyen** realmente prohibiciones de disponer propiamente dichas, o sea, **limitaciones civiles del dominio** que cercenen la facultad dispositiva del titular dominical que, por tanto, si dispone contraviniendo cualquiera de dichas prohibiciones, dispondrá válidamente y convertirá al adquirente en propietario sin vicio o defecto alguno, con una posición jurídica inatacable por dicho motivo, y ello independientemente de su buena o mala fe, o sea, sea o no consciente de la violación de dichos preceptos.

— ALCANCE ADMINISTRATIVO: En mi opinión habría que distinguir entre ambas prohibiciones:

— Por lo que respecta a la del **ARTÍCULO DIEZ**, cabe realizar dos interpretaciones:

a) Una primera apoyada en el principio de tipicidad de toda infracción (lo que conlleva la proscripción de la analogía y de cualquier inter-

pretación extensiva), y que nos llevaría a la consecuencia obvia de entender que dicha limitación carece de base legal y que, por tanto, al ser una disposición *contra legem* y concretamente contraria al artículo 348 C.c. y al artículo 33 CE, no produce ningún efecto, no ya en el ámbito civil, sino incluso en el administrativo.

b) Una segunda interpretación, fundamentada en la teleología de la norma, que no es otra que la de establecer “las condiciones de uso” de las VPO y que nos permitiría considerar incluida la conducta del que dispone contraviniendo dicho precepto en una de estas dos disposiciones: el artículo 153 B 5 del Decreto de 1968, que califica como **infracción grave** “*alterar el régimen de uso y utilización de las viviendas de protección oficial establecido en la calificación definitiva*”, o posiblemente con más exactitud en el último párrafo del artículo 56 del Decreto de 1978, que considera **falta muy grave** “*desvirtuar el destino de domicilio habitual y permanente configurado en el art. 3.º de la presente disposición o dedicar la vivienda a usos no autorizados cualquiera que sea el título de su ocupación*”, lo que vendría amparado además por la constancia de dicha prohibición en los párrafos 2.º y siguientes de un precepto (el meritado art. 10), que en su párrafo 1.º establece **en tono imperativo** que las viviendas se destinarán a residencia habitual y permanente y que deberán ser ocupadas dentro de los plazos que señala la legislación, artículo que se encuentra en un título que reza de la siguiente manera: “*Artículo 10. Destino y ocupación de las viviendas. Prohibición y limitaciones a la facultad de disponer y a la descalificación*”. De admitir esta interpretación, conforme al artículo 55 del Decreto de 1978, la sanción sería una **multa pecuniaria**, y además, conforme al último párrafo de dicho precepto, se impondría necesariamente la sanción recogida en la letra d) del artículo 155 del Decreto de 1968, que es la de la descalificación de la vivienda, con los efectos del artículo 152 de dicho Decreto: pérdida de los beneficios económicos y de las exenciones y bonificaciones, lo cual viene a coincidir parcialmente con las consecuencias que establece el propio Decreto de 2002 cuando señala que el que quiera disponer antes del plazo de diez años deberá cancelar el préstamo y reintegrar las ayudas económicas directas recibidas más los intereses legales. Así pues, a modo de resumen, en el caso de seguir esta postura, creemos que las consecuencias serían las siguientes:

- 1) Obligación de devolver las ayudas y sus intereses (Decreto de 2002).
- 2) Obligación de cancelar el préstamo (Decreto 2002).
- 3) Imposición de sanción pecuniaria como infracción muy grave (Decretos 1968 y 1978).

4) Descalificación de la vivienda con obligación de devolver todas las bonificaciones y exenciones de que hubiera disfrutado la vivienda (art. 57 Decreto 1978 y 152 y 155 del Decreto de 1968). A este último

respecto, creo importante señalar que dichas bonificaciones y exenciones a devolver serían no sólo las que directamente haya gozado esa vivienda concreta (v. gr., la exención del impuesto sobre AJD en la compra), sino también todas aquellas repercutibles, en la proporción correspondiente, a esa vivienda; así el infractor debería abonar la parte correspondiente a la vivienda en la exención de impuestos ocasionada previamente por la compra del solar, la declaración de obra nueva y la división horizontal y el préstamo hipotecario formalizado por el promotor; todo ello por supuesto más los intereses legales correspondientes.

— Por lo que respecta a la prohibición del **ARTÍCULO TRECE**, creemos que no caben distingos por las razones de tipo formal-constitucional, causal y sistemático que arriba se expusieron (carecer de cobertura legal, adolecer de causa o fundamento que la justifique y ser extraña al resto de normas del Decreto en el que se incardina). Pensamos por ello que la prohibición del citado artículo 13, por sí sola, no tiene ningún alcance, no ya civil, sino tampoco administrativo.

b) Alcance notarial y registral de las prohibiciones del artículo 10 y 13 del Decreto 1/2002.

Siendo el autor de las presentes notas un notario, no podía pasar por alto la repercusión que las limitaciones que dichos preceptos recogen tienen en la actuación notarial y registral.

Hasta el día de hoy resulta claro que, en principio, todos los fedatarios hemos cumplido “literalmente” lo señalado por el Decreto de 1998 y que, conforme a la letra del mismo, no se han autorizado escrituras que violaran la prohibición de disponer en el plazo de diez años (antes cinco). Es más, aun antes de ser inscribible dicha prohibición, los sucesivos Decretos que regularon anteriores planes de viviendas establecían prohibiciones de disponer de la vivienda durante cinco años, salvo devolución de las ayudas recibidas, prohibiciones entonces de naturaleza claramente personal y cuya violación no engendraba ningún tipo de ineficacia civil, no obstante lo cual la JUNTA DE DECANOS en CIRCULAR de 1992, “*en uso de sus facultades para la unificación de la práctica notarial*”, recordó a todos los notarios que, con carácter previo, debían solicitar el justificante de la devolución de las ayudas recibidas si el titular de una VPO que hubiese recibido ayudas pretendía disponer de la misma antes del transcurso del plazo de cinco años, señalando igualmente que “*no debe autorizarse la venta con cláusula condicionada a dicho reintegro, ni mucho menos con una simple advertencia a los otorgantes*”.

Visto lo anterior, parece claro que cualesquiera que sea la interpretación que se diera a la presunta prohibición de disponer, en ningún caso

el notario podría autorizar una venta que infrinja la misma, ya que, aun cuando careciera de eficacia real, en todo caso la doctrina sentada por la circular de 1992 empujaría a la misma solución. No creemos, sin embargo, que esa sea la postura correcta, y pienso que la mejor forma de comprobarlo es a través de un supuesto práctico concreto:

Piénsese en un supuesto en el que A, propietario de una vivienda adquirida hace cuatro años y sujeto a la prohibición de disponer, salvo devolución de las ayudas y sus intereses, previa cancelación además del préstamo, vende en documento privado la finca a B. Éste, ante la negativa del primero (voluntaria o forzada por la negativa a su vez de todos los notarios del Reino), interpone demanda solicitando, en base al artículo 1.279 C.c., la elevación de aquél a escritura pública. ¿Creen Vds. que el juez va a rechazar la demanda?, o por el contrario, ¿opinan conmigo que su señoría, en base al precepto antes citado y fundamentalmente en base al artículo 24 CE, va a tutelar al comprador? A mí no me cabe duda alguna: la escritura pública no es un simple formalismo, sino que es un instrumento documental que produce unos efectos concretos (sustantivos, procesales, etc.) que fortalecen la posición jurídica del titular de un derecho, y que por tanto contribuyen a que el principio constitucional de tutela judicial efectiva sea una realidad y, por ello, el comprador de inmuebles tiene derecho (no ya sólo civil, sino sobre todo constitucionalmente) a que se le otorgue su documento público de propiedad, bien voluntariamente por el vendedor, bien en su defecto por el juez, salvo que el derecho del adquirente adolezca de algún tipo de ineficacia, lo que como antes vimos no ocurre. Por ello no me cabe duda alguna que el juez admitiría claramente la pretensión del comprador.

Siendo el notario “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a LAS LEYES, de los contratos y demás actos extrajudiciales”, según el artículo 1 de la Ley del Notariado de 1862, difícilmente se puede entender que éste pueda negar su ministerio cuando se le requiere para autorizar un acto que, sin embargo, sí podría elevarse a documento público por vía judicial, o ¿es que acaso el Derecho que aplica el notario no es el mismo que aplica el juez? Una cosa es que la calificación notarial (y registral) sea eminentemente formal y otra cosa es que a un mismo supuesto pueda ser objeto de dos respuestas diferentes por dos funcionarios públicos diferentes (el juez y el notario).

No creo que sea de recibo mantener otra postura: como hemos visto anteriormente, la presunta prohibición de disponer que contiene el artículo 10 del Decreto 1/2002 no tiene trascendencia real, por lo que el propietario afectado por la misma que vende lo hace válidamente, lo haga en documento público o privado, sin perjuicio de las repercusiones económicas y/o sancionadoras que sobre él puedan recaer, y por tanto no

existiendo limitación de la facultad dispositiva y, adquiriendo válidamente el comprador, no se comprende cuál puede ser el motivo que pueda empujar a privarle de su derecho a la titulación pública.

Mantener por tanto que el notario en estos casos debe negar su ministerio (como defendió la Junta de Decanos en la antes citada circular de 1992), pienso que es contrario a diversas normas con rango de Ley (entre ellas el mismo art. 1 de la Ley del Notariado). Siendo cierto que la finalidad de la presunta prohibición de disponer que consagra el artículo 10 del Decreto 1/2002 y que han recogido con diverso alcance desde hace tiempo los sucesivos Decretos que han regulado los sucesivos planes de vivienda, es una finalidad loable (el evitar que el adquirente que recibe subvenciones pueda disponer durante un lapso de tiempo de la vivienda), ello no justifica dinamitar una serie de pilares del sistema jurídico español, como son el principio de reserva de Ley en la imposición de restricciones a derechos individuales, el principio de jerarquía normativa o derecho a la tutela judicial efectiva, que en este caso concreto se cumple mediante el otorgamiento de la escritura pública.

Ciertamente en los casos de la presunta prohibición de disponer que aquí estamos estudiando existe un interés de la sociedad, a través del órgano competente, para evitar su vulneración, y por tanto un interés público de que en el caso de su infracción se sancione la actitud del infractor, pero ***dicho interés público no legitima para, en base al mismo, perjudicar el interés de un tercero: el adquirente de la vivienda,*** negándole el derecho que al resto de mortales reconoce el artículo 1.279 C.c.

Por todo ello, como se puede colegir, la postura correcta debe ser la de mantener el derecho del adquirente de una VPO al otorgamiento de la escritura pública a su favor, aunque el vendedor hubiera recibido ayudas económicas y no hubiera transcurrido el plazo de diez o cinco años desde su percepción.

Desde el punto de vista registral, la respuesta debe ir por los mismos derroteros: el R de la P es un instrumento jurídico de la defensa de los derechos de los ciudadanos y el registrador de la propiedad un funcionario que califica conforme a las Leyes (art. 18 LH), por lo que, por todos los argumentos expuestos con anterioridad, se debe mantener con firmeza que privar al comprador de su derecho a la inscripción de un título válido implica una conculcación del artículo 18 LH, sino, lo que es más grave, del artículo 24 CE.

c) Conclusión final.

Como hemos señalado, en los supuestos de adquirentes de VPO que perciben ayudas económicas existe un interés legítimo de la Sociedad en que, a cambio de las mismas, dichos propietarios no “especulen” con su

vivienda, interés que choca con otros dos derechos legítimos: el derecho de quien posteriormente le compra, si su título es válido, de obtener todas las garantías que el Ordenamiento Jurídico concede a todo adquirente (escritura pública e inscripción registral) y sobre todo choca con el derecho de todo propietario (en este caso el que recibió las ayudas que va a disponer de su derecho) a que cualquier limitación venga impuesta en norma con RANGO DE LEY (recordemos que la Ley es la expresión del órgano a quien la CE atribuye la potestad de legislar y el Decreto es la expresión del órgano a quien la misma Norma Fundamental atribuye la facultad de ejecutar y hacer cumplir lo legislado, por lo que el trasfondo jurídico político de toda esta cuestión no tiene una importancia baladí).

Como se puede deducir, una primera solución a esta problemática sería la de aprobar las sucesivas normas que aprueben las actuaciones de vivienda, si se quieren introducir limitaciones del derecho de propiedad, en ley aprobada por el Parlamento, lo cual en todo caso es una proposición de *lege ferenda*, pero que no soluciona el problema actual suscitado por el Decreto Estatal de 11 de enero de 2002.

Por ello consideramos que al día de hoy, con las normas de que se dispone (el Decreto 1/2002, cuya aplicación temporal se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2005), la salvaguarda de todos los intereses en juego sólo se salva de una manera: si ciertamente el propietario puede vender y el adquirente comprar, escriturar e inscribir, la Administración competente, a quien corresponde velar por el cumplimiento de las disposiciones en esta materia, tiene el derecho a ser informada de dichas transmisiones para exigir la devolución de las cantidades entregadas y la imposición, si procediera, de las sanciones oportunas, y ello sólo cabe si se le comunica la transmisión realizada, lo que sólo puede ser realizado por tres personas: el vendedor, el comprador o el notario. Parece claro que el primero de ellos difícilmente va a comunicar algo cuyas consecuencias no le van a ser precisamente beneficiosas, por lo que sólo puede recaer dicha obligación en el comprador o el notario. En ambos *casos se requeriría que una norma concreta impusiera esa obligación (que hoy no existe)*, aunque hay que reconocer que la imposición de dicha notificación al comprador sólo sería efectiva si al mismo tiempo se le hiciera responsable con el vendedor de la devolución de las cantidades o se tipificara su conducta como sancionable, lo que ciertamente parece desacertado. Más fácil y coherente sería imponer esa obligación al notario, que a diferencia del comprador, es un profesional conocedor de la normativa vigente. Esta solución fue intuida por el **legislador valenciano** que en el **Decreto 173/1998, de 20 de octubre**, que desarrolla en el ámbito de la Comunidad Valenciana el Decreto de 12 de junio de 1998, que después de establecer en su artículo 14 la prohibición de cesión durante el plazo de cinco años y de hacer constar en su número 5 que dicha limitación se haría constar en las

escrituras de compraventa, adjudicación u obra nueva y que se harían constar en el R de la P por nota marginal, dice literalmente “... **los registradores de la propiedad deberán remitir, en caso de que no medie autorización de los servicios territoriales competentes en materia de vivienda, certificación de las inscripciones de escrituras de estas viviendas que impliquen cambio de uso o cesión anterior al vencimiento de los indicados plazos, a los servicios, a los efectos del oportuno control administrativo...**”.

Como se puede observar, el propio legislador valenciano, cuya competencia es exclusiva en materia de vivienda en el ámbito de su comunidad, según la CE, ha reconducido con un acierto casi pleno el dislate del Decreto estatal de 12 de junio de 1998 (que reproduce el actual Decreto estatal 1/2002), acertando plenamente cuando considera que la disposición hecha con violación de la presunta prohibición de disponer es válida, y que por supuesto es perfectamente inscribible, aun cuando comete un error de tipo práctico al encomendar dicha notificación al registrador de la propiedad y no al notario autorizante, en tanto que la inscripción es voluntaria y por tanto cabe que por diversas causas, entre ellas el acuerdo entre vendedor y comprador, la escritura pública no se presente a inscripción. Por todo ello, consideramos que, desde el punto de vista de la eficacia en el control administrativo de estos supuestos, hubiera sido más acertado imponer esa obligación al notario.

En fin, al día de hoy, hasta donde yo tengo noticias, no se ha publicado todavía ningún Decreto Autonómico aplicando en sus ámbitos respectivos el Decreto estatal de 11 de enero de 2002, por lo que el legislador autonómico tiene la ocasión de interpretar y desarrollar correctamente los artículos 10 y 13 objeto de este trabajo, lo que se haría, dejando claros los siguientes extremos:

1) **Que el artículo 13 no es un precepto con sustantividad propia** y que sólo cabe una interpretación del mismo como una reiteración del artículo 10, lo que significa que dicho precepto sólo es aplicable a aquellos adquirentes de viviendas de nueva construcción (o sea, en la primera transmisión y no en las posteriores) y siempre y cuando accedan a la financiación cualificada.

2) **Que el artículo 10 no recoge una prohibición de disponer en sentido estricto y, por tanto, que el que dispone infringiendo la misma dispone válidamente, pudiendo otorgarse la escritura pública a favor de comprador y éste inscribirla en el Registro de la Propiedad.**

3) **Que imponga al notario autorizante la obligación de comunicar a la Administración autonómica competente las transmisiones autorizadas, a los efectos del oportuno control administrativo, la petición de devolución de ayudas y de imposición, si procede, de las sanciones administrativas tipificadas por el Ordenamiento.**

UNA APROXIMACIÓN ACTUAL A LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA (*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. DIMENSIONES DE LA INSTITUCIÓN. **A.** La dimensión normativa. **B.** La dimensión fáctica. **C.** La dimensión valorativa. 3. SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL TESTAMENTO. 4. ACERCA DEL CONCEPTO DE TESTAMENTO. 5. NATURALEZA DEL TESTAMENTO. **A.** Caracteres. **B.** Naturaleza. 6. MODALIDADES (CLASES) DE TESTAMENTO. 7. EL PERFIL ESTÁTICO DE LA INSTITUCIÓN (sobre los presupuestos de constitución de la figura). **A.** Presupuestos subjetivos. **B.** Presupuestos objetivos. **a)** *Aspecto formal* (estructura). **b)** *Aspecto material* (contenido). **b.1)** *Contenido típico*. **b.2)** *Contenido atípico*. **C.** Presupuestos formales. **a)** *La cuestión de la forma elegida*. **b)** *La cuestión de la expresión utilizada*. 8. EL PERFIL DINÁMICO DE LA INSTITUCIÓN (aspectos funcionales). **A.** Eficacia. **B.** Ineficacia. **a)** *En general*. **b)** *En especial: revocación*. 9. EL PERFIL CONFLICTUAL DE LA INSTITUCIÓN. 10. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA INSTITUCIÓN. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA. ANEXOS: 1) Formularios. 2) Cuadro comparativo internormativo.

(*) El presente estudio es un extracto de una parte del capítulo relativo a la sucesión testamentaria, que se desenvuelve en mi libro *Comentarios a la Compilación de Baleares* (arts. 66 a 86). Ed. EDESA, dos volúmenes, tomo XXXI-vol. 2.º A) y tomo XXXI-vol. 2.º B), Madrid, 2002, en especial vol. 2.º A), pp. 1199 a 1374.

1. Consideraciones previas

1. En mi visión actual de la institución, el uso del método de la tridimensionalidad me va a permitir una aproximación global a la figura y a la materia analizada y recoge, en la medida de lo posible, aquellas innovaciones o cambios más relevantes que hayan podido producirse en estos años en torno a esta institución aquí comentada. Método que nos va a llevar a unas mínimas consideraciones en torno a las conocidas dimensiones normativa, fáctica y valorativa de esta figura.

Resumiré a continuación las ideas aportadas por la doctrina civilista moderna en torno a los puntos sobre la evolución, el concepto, la naturaleza y las modalidades (o clases) del testamento.

Era aquí de obligada referencia la distinción entre *el perfil estático* de la institución comentada, en cuanto a los presupuestos subjetivos, objetivos, causales y formales de constitución de la figura, y *el perfil dinámico*, en cuanto a los aspectos funcionales de la institución y en orden a la eficacia e ineficacia de la misma.

Seguirá a ello un breve apunte en torno al *perfil conflictual* de la institución, para cerrar el comentario con breves ideas en cuanto a la interpretación e integración de la institución.

Indicaré, en su caso, por remisión al pertinente cuadro inter-normativo incorporado al ANEXO al comentario, las alusiones a las *novísimas normativas* acaecidas tras el incremento de la actividad legislativa emanada de los Parlamentos Autonómicos de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio (antaoño "Regímenes Forales").

Toda esta serie de *consideraciones introductorias* a mi visión actual del tema parecían, a mi modo de ver, obligadas y anticipativas del posterior desarrollo del comentario, conforme al esquema previamente trazado en el SUMARIO inicial.

2. Una visión de conjunto y didáctica, en la moderna civilística española, puede contemplarse en las obras de dos de los jóvenes autores españoles —C. LASARTE ÁLVAREZ y X. O'CALLAGHAN MUÑOZ—, cuya referencia concreta y cita respectiva parecen aquí de conveniente transcripción, como sigue:

- C. LASARTE ÁLVAREZ:

"La voluntad del causante: la sucesión testamentaria.

En general, se considera que toda persona tiene, además de las propias facultades dispositivas *inter vivos*, derecho a determinar también el destino de sus bienes para cuando fallezca. Tiene, pues, facultades de disposición *mortis causa*, ordenando quiénes y cómo habrán de ser sus sucesores.

Tal determinación se instrumenta fundamentalmente a través del *testamento*, institución que ocupará buena parte de las páginas siguientes y que tiene por objeto servir de vehículo, dotado de especiales formalidades, a las disposiciones *mortis causa* del causante, que son además esencialmente revocables en todo momento. Las reglas de sucesión en él contenidas determinan, claro, la *sucesión testamentaria*, en la que la regla básica y fundamental es bien fácil: la voluntad del testador, convenientemente expresada, es «ley de sucesión» (*caput et fundamentum totius testamenti*) y, conforme a ella, habrán de llevarse a cabo cualesquiera requerimientos y exigencias del fenómeno hereditario.

La libertad de testar, pues, constituye el principio y el final de la sucesión testamentaria y el testador podrá actuar a su antojo siempre y cuando, por supuesto, no pretenda vulnerar las reglas imperativas del ordenamiento positivo.

La voluntad del causante resulta igualmente determinante en los sistemas normativos que admiten los *pactos sucesorios*, generalmente celebrados entre aquél y sus familiares más cercanos para ordenar la futura sucesión y, en lo fundamental, garantizar la institución de heredero o la autoridad doméstica del cónyuge viudo. Pero nuestro Código civil descarta radicalmente la validez de los pactos sucesorios sobre la herencia futura y, además, no eleva la existencia de heredero a condición necesaria ni del testamento, ni de la sucesión *mortis causa*. Por tanto, tal aspecto interesa exclusivamente en relación con los Derechos forales, sobre todo en aquellos en que, al estilo romano, la institución de heredero sigue siendo esencial (como ocurre en Baleares y Cataluña)” (1).

• X. O’CALLAGHAN MUÑOZ:

“La sucesión testada es la que ha sido dispuesta por el causante en testamento. A ella se refiere el artículo 658: la *sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento*... En ésta la vocación, como llamamiento abstracto a los posibles herederos, proviene de lo dispuesto por el causante en el testamento. Y la delación ofrecimiento concreto de la herencia, con posibilidad inmediata de aceptarla, es consecuencia asimismo de la disposición testamentaria.

En el sistema del Código civil se da la prevalencia de la sucesión testada respecto a las demás: sobre la contractual, que está, en principio, prohibida en nuestro Ordenamiento; sobre la forzosa, que es un simple límite a la misma; y sobre la intestada: ésta sólo se produce cuando no hay testada, es decir, en defecto de ésta, es una sucesión subsidiaria a la testada; en nuestro Derecho se recoge el principio del Derecho romano del *favor testamenti*. Sin embargo, la sucesión testada puede coexistir con la intestada cuando en la primera no ha dispuesto el testador de todo su patrimonio. Lo que

(1) V. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*. Tomo séptimo. *Derecho de Sucesiones*, Impr. de Edigrafos, SA (Getafe. Madrid), Ed. Trivium, SA, Madrid, 1998, pp. 32-33 y 75 a 77.

prevé el tercer párrafo del mismo artículo 658 al disponer que *podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley*. No rige, pues (contra lo que ocurre en Cataluña y Mallorca), la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

En el testamento se puede disponer la sucesión universal, la particular o ambas al tiempo. Es decir, se puede nombrar heredero o herederos, u ordenar legados; también a cualquiera de ellos, establecer sustitución vulgar o fideicomisaria; en su caso, se puede nombrar heredero a otro mediante la sustitución pupilar o la ejemplar. Se pueden, por último, establecer condiciones, términos o modos.

El *fundamento* de la sucesión testada es el principio de la propiedad privada en cuanto transmisible *mortis causa* y el principio de la autonomía de la voluntad [RAMS ALBESA, «Libertad civil, libertad para testar (notas para su formulación)», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1.º, Barcelona, 1992, p. 695, enlaza la libertad de testar con la propia libertad civil y su proyección en la autonomía de la voluntad; dice literalmente (p. 702): «la libertad de testar es una consecuencia directa de la libertad civil que responde a la necesidad misma de conservar el patrimonio como base económica de preservación de la familia»] en cuanto alcanza a la voluntaria disponibilidad *mortis causa* en testamento. En efecto, pudiendo transmitirse *mortis causa* la titularidad de los bienes y derechos siendo una de las facultades esenciales de la propiedad la disponibilidad de la misma, se deriva necesariamente la disponibilidad voluntaria de aquella titularidad. Así, pues, el titular del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho transmisible no sólo lo transmite *mortis causa*, sino también puede ordenar voluntariamente el modo y el destinatario de tal transmisión.

Sin embargo, los principios de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad no son lo suficientemente absolutos ni carentes de límites que sean capaces de fundamentar una sucesión testada ilimitada. Por el contrario, tienen límites basados en la protección de intereses familiares, en el interés social y en el propio límite del derecho de propiedad. Los intereses familiares quedan protegidos mediante la institución de la legítima –sucesión forzosa–, que actúa como un límite a la facultad de disposición *mortis causa*; el interés social se refleja en el establecimiento de impuestos a la transmisión *mortis causa*, que incluye la testada; el límite del derecho de propiedad se manifiesta en las limitaciones que en la sucesión testada se impone a todo tipo de vinculación, esencialmente en la sustitución fideicomisaria. El artículo 33 de la Constitución, que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, añade en su apartado 2 que *la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*” (2).

(2) V. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*. Tomo V. *Derecho de Sucesiones*, Impr. de Selecciones Gráficas, Ed. Edersa, Madrid, 1999, pp. 110-113 y 117-118.

2. Dimensiones de la institución

Una vez más, procedo a la conocida diferenciación entre las *dimensiones* ya aludidas de la institución, lo cual nos lleva a distinguir varios planos: el plano de la legalidad (las **NORMAS**), el plano de la eficacia (los **HECHOS**) y el plano de la justicia (los **VALORES**). Todo ello en la forma siguiente:

A. La dimensión normativa (3).

- *Los antecedentes normativos* del precepto aquí comentado (art. 70 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 1990) han quedado descritos precedentemente: *en el nivel gráfico*, con la remisión al cuadro de la “evolución normativa” del precepto incorporado al ANEXO; *en el nivel testimonial-documental*, recogiendo los datos respectivos en el apartado correspondiente.

El *aspecto formal* de la redacción del precepto se corresponde, en general –salvo el añadido o *inciso* 2.º del párrafo 1.º de este art. 70– con la efectuada en *mis primitivos* anteproyectos normativos de 1982/1984. El apartado o **párrafo 2.º** es concordante con similar precepto de la LEY 210-1.º del Fuero Nuevo de Navarra de 1973: consecuencia de los intercambios de opiniones con otros profesores y civilistas, en especial el profesor J. L. LACRUZ BERDEJO y mi compañero J. L. MERINO HERNÁNDEZ.

El *aspecto material* de la redacción era bastante claro en su redacción inicial y menos claro con la introducción –a la fuerza, obviamente– de ese **inciso 2.º** del párrafo 1.º de este artículo 70, que trastoca toda la interpretación del precepto.

- *Desde una perspectiva de conjunto*, a pesar de la dicción verbal de futuro usualmente empleada en la técnica jurídica legislativa, no es una norma imperativa, sino típicamente *dispositiva*: facultad que en orden a la ordenación voluntaria –testamentaria– de su sucesión es puesta a la disposición de todo ciudadano aforado de las Pitiusas.

Es una normativa *heredada* –en el decir de L. DÍEZ-PICAZO (4)–, por venirnos transmitida de nuestros antecesores. A diferencia de otras normas “heredadas” del texto compilado de las Pitiusas, que provienen de tiempo inmemorial, esta norma tiene su *origen aparente* a comienzos del

(3) Va referida específicamente a la norma del artículo 70 de la CDC.BAL de 1990, en el capítulo aquí extractado de mi comentario, en mi libro más arriba precitado.

(4) V. DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, op. cit., pp. 149 y ss. (en la 3.ª edición, de 1993, en pp. 159 y ss.).

siglo xx por el empuje expansivo de la aparición del C.c. español a finales del siglo xix anterior.

En tanto que *heredada*, por consiguiente, es *tradicional*, aunque esa **tradición** que nos viene dada por quienes nos precedieron en la praxis jurídica de las Pitiusas tiene un comienzo no remoto, sino próximo y concreto, por lo antes dicho.

• *Desde una perspectiva de detalle*, consideradas las recientes aportaciones doctrinales en tema de interpretación normativa, el desglose del precepto puede hacerse como sigue:

— **El párrafo 1.º:**

.. Es norma *derivada*: su fundamento reside en el principio constitucional de libertad civil y del desenvolvimiento de la persona individual en orden a la regulación de su patrimonio.

.. Es norma permisiva y de conducta.

.. Es norma aparentemente *implantada* en lo formal, dada la absurda remisión (parcial) contenida en el inciso 2.º del párrafo 1.º al artículo 52 del LIBRO I (MALLORCA).

.. Es norma permisiva *regulativa*, esto es, una verdadera y propia norma permisiva *stricto sensu* (en la dicción de la doctrina reciente).

.. Es una norma *constitutiva*, que confiere un poder de ejercicio facultativo, de enunciado cualificativo (en la dicción de la doctrina moderna).

.. Es en conjunto una *norma de remisión*. Lo que ocurre es que *lo es doblemente* —por esa *innovación* forzada de la remisión al LIBRO I en **el inciso 2.º** de este art. 70 (5)—, tanto *en el inciso 1.º* como *en el inciso 2.º* de este párrafo 1.º contemplado. Denunciada ya en su día esa remisión *secundaria e indirecta* y forzada del **inciso 2.º**, que supondría dar cabida en la praxis de las Pitiusas a todo el cotejo de instituciones y principios romanos vigen-

(5) Me he referido a *este concreto punto* en varios lugares y ocasiones: así, en el Congreso “III Jornadas de Derecho Catalán en Tossa”, de 1984, donde presenté *mi segundo anteproyecto normativo* en forma de COMUNICACIÓN. Ampliamente, en *mi estudio* “De nuevo sobre la revisión del Derecho Civil de Baleares: en especial del libro III —Ibiza y Formentera— de la Compilación de Derecho Civil de Baleares”, publicado en la revista *Actualidad civil*, n.º 4, semana del 23 al 29 de enero de 1989, número marginal 74, pp. 265 y ss.: **ahora, en mi libro** *Derecho de Ibiza: Pasado y futuro*, op. cit., pp. 351-390, en especial p. 370. V. allí la denuncia formal y rechazo expreso de esa imposición forzada (votos *mallorquines*) de acudir subrepticamente al Derecho de Mallorca por esta vía de remisión *indirecta*, dado que la trayectoria histórica y la evolución de las costumbres en las Baleares y en las Pitiusas no ha sido, ni es, ni paralela, ni coincidente, ni convergente, ni similar. En suma, una barbaridad y un disparate atroz.

tes en MALLORCA (obligatoriedad de la institución de heredero, *semel heres semper heres, nemo pro parte*, ..., cuarta falcidia, cuarta trebeliánica, etc.), lo cual está en contraposición evidente con *la costumbre insular*, máximo criterio interpretativo, nos queda *la remisión principal* contenida en **el inciso 1.º** Es una norma *per relationem*, que alude a un contenido indeterminado, *pero determinable* fácilmente: el Código civil.

La remisión citada *del inciso 1.º* puede ser enmarcada aparentemente, en una visión simplista, *dentro del grupo* que R. HERNÁNDEZ MARÍN ha denominado como “remisiones en la suposición (el supuesto de hecho)” (6). Aparentemente, como digo, en una visión inicial parece ser una *remisión en la suposición* (“Para el caso de ... regirá el C.c.”) que pertenece a un tipo de discurso *asertivo o prescriptivo*. Ahora bien, si se considera que la remisión final es a *varios* enunciados (***todas las normas del C.c.*** referidas a la sucesión testada), en una segunda visión se contempla la complejidad de la remisión, lo que R. HERNÁNDEZ MARÍN califica de *remisión en la suposición y en la consecuencia*, dado que el enunciado final de la remisión (“regirá el C.c.”) es equivalente a una conjunción de varios enunciados y para saber *cuáles son* estos enunciados hay que consultar previamente los objetos de remisión (esto es, arts. 662 a 911 y 959 a 1034 C.c.). El sentido de este tipo de remisiones –para el autor citado– es el de ser un instrumento útil de técnica legislativa.

La remisión debe entenderse **dinámica**, esto es, *aquella regulación* de la sucesión testada en el Código civil tal como esté redactada –cualquiera que fuese el enunciado– en el momento en que se produzca un caso comprendido **bajo la suposición prevenida** en el artículo 70, párrafo 1.º, actual CDC.BAL. 1990.

— El párrafo 2.º:

- .. Idénticas características apuntadas precedentemente respecto del *párrafo 1.º* le son a este párrafo adecuadas.
- .. No le son aplicables las consideraciones acerca de la remisión.
- .. Como norma *derivada*, viene a ser una aplicación *especial* de los artículos 737 y 739 C.c., en orden a la nota de *revocabilidad* de todo testamento, si bien *modalizada* por la incidencia del pacto sucesorio posterior. Luego vuelvo sobre ello.

(6) V. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Impr. de Closas-Orcoven, SL (Paracuellos del Jarama. Madrid), Ed. de Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 289 a 305.

• Desde una perspectiva comparatista interna, el cotejo con las normativas de los restantes ordenamientos civiles hispánicos, como puede verse en el correspondiente cuadro inter-normativo en el ANEXO al presente comentario, puede suministrar ideas y reflexiones acerca de las concordancias y divergencias existentes sobre este tema.

B. La dimensión fáctica.

• A la dimensión *fáctico-sociológica* en la específica materia sucesoria se refirió con autoridad el gran maestro R. M.^a ROCA SASTRE ya en los “años 40” (7), sugiriendo una necesaria diferenciación entre las fincas rústicas y las fincas urbanas en el ámbito del Derecho Sucesorio: visión prospectiva, anticipativa, del maestro catalán, que conserva permanente actualidad.

— En la presentación *diacrónica* efectuada páginas más arriba hacía allí alusión:

— A la necesidad de una reconstrucción *histórica* del testamento en las Islas Pitiusas partiendo de las ricas fuentes documentales aquí existentes (ARCHIVO DE PROTOCOLOS DE IBIZA).

— A la conveniencia de un estudio *sociológico* acerca de la evolución del testamento en las Pitiusas.

— A la de quiénes de entre los pobladores de las Pitiusas acuden al notario en orden al otorgamiento de testamentos.

— A la de la incidencia sobre la praxis jurídica diaria de la interrelación cambio social-cambio jurídico.

— A la del origen, contenido y finalidad de cada uno de los institutos o figuras contemplados en las *cláusulas* del testamento, según las distintas épocas.

• Se aportan un conjunto de *modelos* de testamentos de distintas épocas y de su propio protocolo. Además, en sentido *genérico*, se acompañan formularios de cláusulas testamentarias elaborados por el notario D. JULIÁN DÁVILA GARCÍA (8). Unos y otros incorporados al ANEXO al presente comentario.

(7) V. ROCA SASTRE, R. M.^a, “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio”, *Conferencia* el 6 de abril de 1943 en la “Academia Matritense del Notariado”, publicada en los *Anales AMN*, tomo I, 1943, pp. 335-377 (luego en *Estudios sobre Sucesiones*, Ed. Instituto de España, Valencia, 1981, tomo I, pp. 61-97).

(8) Decano que fue del Ilustre Colegio Notarial de Granada, infatigable colaborador de la “Academia Granadina del Notariado”, director e impulsor años y años del importante, imprescindible, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, en el que fue plasmando fórmulas y comentarios de toda clase de actos y negocios jurídicos durante muchos años. Un esfuerzo el suyo, irrepetible e impagable, de servicio a los demás.

C. La dimensión valorativa.

1. Las consideraciones reflexivas de años atrás conservan, en mi opinión, una rabiosa y permanente actualidad.

La incidencia de lo que denominé en su día factores “extrajurídicos” ha ido en progresivo aumento y es detectable a simple vista.

La inmersión en el complejo mundo de la llamada “globalización” mundial y el auge del sector económico de servicios, en conexión con las estructuras del neocapitalismo, ha propiciado en las Pitiusas lo que yo denomino un cierto deslizamiento de las tradicionales vías de ordenación y transmisión sucesorias hacia una floración de formas societarias familiares prototípicas de una economía moderna.

Las consideraciones precedentes, con obvio reflejo en *pactos* estatutarios de sociedades mercantiles familiares, las he desenvuelto páginas más adelante en mi comentario a los pactos sucesorios (en sentido *genérico*), a donde aquí remito.

Si se me permite *un símil geométrico*, yo diría que, considerada la masa poblacional de las Pitiusas como una enorme *pirámide* social, la base de la pirámide la formarían pobladores que todavía acuden a otorgar testamento ante notario. A medida que se asciende en la estructura social, se va acudiendo a formalizar sociedades mercantiles familiares y se va estrechando la pirámide. Luego vienen los grupos de sociedades y la distribución de áreas o sectores específicos de servicios en sociedades “*ad hoc*”. Siguen luego las sociedades unipersonales. A continuación, los “holding” familiares. En el vértice de la pirámide, la figura del *testamento* se contempla lejana, empequeñecida y quizá ya innecesaria. Como todo *símil*, o es comprobable sociológicamente, o queda en pura fabulación teórica: esto es, un criterio o valor más, a elección del intérprete.

3. Sobre la evolución del testamento

- *Desde la perspectiva de las Islas Pitiusas* (LIBRO III CDC.BAL. 1990).

Es un estudio pendiente de efectuar, como acabo de indicar en páginas anteriores.

- *Desde la perspectiva de las Islas Baleares* (LIBRO I CDC.BAL. 1990).

Remito al análisis de los autores mallorquines, en el comentario respectivo *en el volumen I* de este tomo.

- *Desde la perspectiva de Cataluña* (CS de 1991).

Remito a la exposición de los autores que comentan el TÍTULO III (LA SUCESIÓN TESTADA) y, en especial, los capítulos I al V, *artículos 101 a 166*.

- Desde la perspectiva de otros ordenamientos civiles hispánicos (antano "forales").

Remito a los comentaristas de la normativa *específica* respectiva, que cabe observar en el cuadro incorporado al ANEXO al presente comentario.

- Desde la perspectiva del C.c. (antano "Derecho Común").

Remito a los tratados y manuales, y, en especial, a los autores consagrados especializados en esta materia: o sea, CASTÁN TOBEÑAS, ROCA SASTRE, VALLET DE GOYTISOLO, LACRUZ BERDEJO, ALBALADEJO, DíEZ-PICAZO, etc.

- Desde la perspectiva de conjunto (en la Historia del Derecho Español).

A mi juicio, parece obligada la referencia y la remisión a las aportaciones de A. GARCÍA GALLO (9), J. L. MURGA GENER (10), F. SAMPER POLO (11) y F. DE ARVIZU Y GALARRAGA (12), obras interesantes y de sugerente lectura, que en este lugar recomiendo.

A los efectos de este trabajo resulta revelador el análisis del profesor A. GARCÍA GALLO, que, partiendo de los distintos niveles del Derecho (Derecho romano y visigodo oficial y el vulgar) y de los medios de conocimiento del Derecho vulgar, examina la posibilidad de disponer *post mortem*, las formas de disposición escritas, el testamento oral y la publicación y ejecución del testamento. Las *reflexiones finales* del maestro A. GARCÍA GALLO, tituladas "Del testamento alto-medieval al moderno", concluyen como sigue:

"Todo cuanto ha venido exponiéndose muestra una continuidad de la tradición romana en una doble vía: la del Derecho vulgar de un modo ininterrumpido desde el siglo IV a través del Derecho vulgar visigodo hasta la Alta Edad Media; y la del Derecho oficial romano del siglo V, en gran parte

(9) V. GARCÍA GALLO, A., "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España", artículo en la revista *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1977, pp. 425-497.

(10) V. MURGA GENER, J. L.:

— "El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho Romano Postclásico y Justiniano", artículo en la revista *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1965, pp. 357-419.

— "Los negocios *pietatis causa* en las Constituciones imperiales postclásicas", artículo en la revista *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1967, pp. 245-338.

— *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Ed. Eunsá, Pamplona, 1968.

(11) V. SAMPER POLO, F., "La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar", artículo en la revista *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1968, pp. 87 y ss.

(12) V. ARVIZU Y GALARRAGA, F. DE, *La disposición "mortis causa" en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Ed. Eunsá, Pamplona, 1977.

caído luego de desuso y restaurado en sus líneas fundamentales por la legislación visigoda tardía de Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio, continuado en Cataluña hasta el siglo XII y recogido de modo erudito, aunque cada vez con menor pureza, en los *Epítomes* del Breviario Alariciano. *La recepción del Derecho romano justiniano*, que en parte recoge el Derecho oficial teodosiano y el culto anterior de los juristas clásicos, pero que también lo modifica, *enfrenta un nuevo sistema al entonces vigente. Tanto o más que el influjo directo de la obra doctrinal de los juristas es la introducción del notariado público*, con sus formularios tasados en el Derecho romano justiniano, *el que logra poner fin al sistema tradicional*, no sin tener que admitir la libertad de disponer para después de la muerte, *aunque sea por vía de excepción y de diferente manera según las regiones*, ante el párroco, en despoblado o en viaje mediante comisario, en fideicomisos y herencias de confianza, en pactos sucesorios de muy diverso carácter, etc. **Pero esta etapa de la historia de la sucesión voluntaria española permanece aún sin estudiar en su conjunto**" (13).

4. Acerca del concepto de testamento

1. *Mi posición.*

Una actitud personal del abajo firmante se trasluce a lo largo de estos comentarios, tanto en aquella primera edición de 1981 como en la presente y en este volumen, en el sentido de no considerarme con el magisterio y autoridad legitimadores de posiciones dogmáticas o delimitadoras de instituciones jurídicas concretas o puntos litigiosos debatidos desde siempre por los especialistas en cada materia.

Resumiré, en consecuencia, las posiciones de los autores que he seleccionado como de mayor interés en nuestro tema en estudio, en la misma forma que he venido efectuando a lo largo de estos comentarios en el presente volumen.

Entiendo, por otra parte, de cierta utilidad el traer aquí algunas ideas de la reciente civilística italiana, por lo que de aire fresco supone en temática de suyo abundante en consideraciones, debates, teorías e interpretaciones varias.

2. *Civilística italiana reciente.*

- Siguiendo aquí las ideas presentadas por G. CRISCUOLI, antes de dar su visión acerca de la *noción* de testamento entiende oportuno el pro-

(13) V. GARCÍA GALLO, A., "Del testamento romano...", *op. cit.*, pp. 496-497: *subrayados míos* (JCG).

ceder a la diferenciación entre “documento” y “negocio” testamentario y, por tanto, el aludir a la ambivalencia del propio término “testamento”:

“Nuestro término («acto») tiene esencialmente dos acepciones diversas, que se refieren cada una a entidades jurídicas bien distintas. Por un lado, nos referimos al significado del testamento como negocio que ordena la regulación de la vicisitud sucesoria del autor, y por otro, al significado de la misma palabra como documento o «carta», formada con el respeto a los típicos y solemnes requisitos formales (C.c. italiano...). La acentuación de este segundo significado formal del acto es tan fuerte que ya en el nivel del habla (fabulación) es connatural al sentido común expresar la idea de su cumplimiento con el uso del verbo «hacer» –«hacer testamento»–, que evoca súbitamente la materialidad del acto...” (14).

Diferencia el autor citado entre la entidad *formal* y la *sustancial* del testamento: el testamento como negocio sólo puede ser uno, en tanto que los documentos testamentarios pueden ser muchos. Se habla así por algún autor (BIGLIAZZI GERI) de la denominada “unidad conceptual del acto” más allá de una posible pluralidad de documentos.

Otra diferencia que presenta el autor citado es la de que en tanto que el testamento **como negocio** sólo puede tener relevancia jurídica *post mortem*, **el documento** (o documentos) testamentarios adquieren precisamente relieve jurídico *ante mortem* ya desde el momento de su formación (v. gr., a los efectos de destrucción, hurto: pero lo que no cabrá es plantear una excepción por vicios de la voluntad acerca de las disposiciones en él contenidas).

• Para G. CRISCUOLI, *la nota común fundamental* del testamento es la de constituir una manifestación de voluntad finalizada, que tiene relevancia objetiva reglamentadora *in iure*. Junto a esta nota básica –tanto a nivel estructural como a nivel funcional– presenta ulteriores *características fisionómicas especiales y distintivas* que le proporcionan una identidad propia y típica **dentro** del seno de la categoría general de los negocios jurídicos. Como síntesis de su pensamiento, G. CRISCUOLI *individualiza* descriptivamente el testamento, diciendo de él que es

“aquel reglamento voluntario con el cual su autor, disponiendo de modo directo o indirecto de su propio patrimonio, determina programáticamente, también para la satisfacción de intereses no económicos, una cierta ordenación de tipo patrimonial para el tiempo sucesivo a su muerte en el cuadro general de su sucesión” (15).

(14) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento. Norme e casi*, op. cit., pp. 9 y ss.

(15) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, op. cit., pp. 129 y ss.

3. Posición de la moderna civilística española.

Incluyo en este lugar una pequeña muestra o selección de algunos civilistas españoles, con referencia a su visión acerca del **concepto** de testamento. La selección, muy personal, es como sigue:

- M. ALBALADEJO GARCÍA:

“EL TESTAMENTO EN GENERAL

Concepto.— El Código define el testamento diciendo que es el acto por el que una persona dispone de sus bienes (todos o parte) para después de su muerte (art. 667).

Además de que la vista definición no recoge los caracteres de ese acto de disposición, no da una idea fiel del testamento, en cuanto que el mismo no sólo puede contener disposición de bienes, sino también disposiciones de tipo no patrimonial (como reconocimiento de un hijo, nombramiento de tutor, etc.), e incluso sin ninguna de aquéllas.

Mejor se refleja el concepto de testamento diciendo que es un acto *solemne* (o formal), por el que *unilateralmente* una persona *sola* (carácter *unipersonal*) establece *ella misma* (carácter *personalísimo*) para después de su muerte las disposiciones (patrimoniales o no) que le competan, *pudiendo siempre revocarlas*. Esencia del testamento es el disponer *para después de la muerte* (art. 667) *para regular la situación que creará el fallecimiento del disponente* (disposición *mortis causa*)” (16).

- F. CAPILLA RONCERO:

“**Concepto de testamento**

Definición del testamento

Cuando el art. 658 C.c., aun de forma criticable, abre la llave que indica los cauces a través de los cuales puede discurrir la sucesión *mortis causa*, señala que la sucesión que se ordena por la voluntad humana (sucesión voluntaria) se instrumenta a través del testamento. Ciertamente existen otros cauces en Derecho español para la ordenación voluntaria de la sucesión *mortis causa*; no obstante, para definir el testamento, la referencia del art. 658 es importante, pues en él determinadamente se establece que el testamento es vehículo de voluntad para la ordenación de la sucesión. El testamento es vehículo de voluntad declarada, o sea, declaración de voluntad. Desde este punto de vista, es natural que el testamento se englobe dentro de las categorías más amplias del acto o el negocio jurídico, como punto conceptual de referencia.

Por otro lado, el art. 667 C.c. contiene una definición legal de testamento, señalando que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento». Esta

(16) V. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 207.

definición es habitualmente criticada, tachándosela de incompleta, inexacta e inútil. Ello no obstante, la definición legal, aunque resulte excesivamente vaga, omitiendo los caracteres esenciales mínimos del testamento, resulta útil.

Por una parte, pone de relieve que la voluntad humana que se contiene en el testamento es la del causante: reiteradamente en la definición legal se utiliza el posesivo, para indicar que el autor del testamento dispone mediante él de sus bienes para después de su muerte. Esto se liga a algunas de las notas características del testamento, que más adelante se estudian, como la unilateralidad y el personalismo.

Por otra parte, se señala que la voluntad testamentaria supone la disposición *mortis causa* de bienes, requiriéndose pues que el testamento, en sentido propio, consista en un acto de disposición patrimonial *mortis causa*. Sin embargo, otras referencias que se extraen del articulado del C.c. pueden hacer dudar de que en nuestro Derecho común sea requisito del testamento el contener disposiciones de índole patrimonial.

Por un lado, y aunque todavía no se haya hecho referencia a la vertiente formal, se distingue entre testamento como acto y testamento como documento, o testamento en sentido sustancial y en sentido formal. En efecto, como se verá en seguida, nota característica esencial del testamento es su formalismo, exigido por la ley por diversos motivos, pero que en lo que ahora interesa puede permitir afirmar que el testamento sería un acto solemne *mortis causa*, que en cuanto tal vehículo formal (por ejemplo, plasmado en un documento) es apto para acoger en su seno el más variado conjunto de negocios, ya sean dispositivos de bienes, ya sean de otra índole. La ley regularía verdaderamente sólo los requisitos de capacidad, forma, etc., de otorgamiento o cumplimiento de la forma testamentaria, sin que se pueda negar naturaleza de verdadero testamento a aquél que no contenga disposiciones patrimoniales.

Sin embargo, por poca que sea, la virtualidad del art. 667 (en coordinación con otros, tales como el 658 y 668) es suficiente para negar que en nuestro Derecho sea admisible un concepto meramente formal del testamento. Por el contrario, este precepto exige, con precisión, que la voluntad testamentaria esté dotada de un cierto contenido: debe consistir en un acto de disposición patrimonial *mortis causa*. Luego parece más concorde con nuestro ordenamiento mantener una concepción sustancial de testamento, como aquella declaración de voluntad por la que el causante, de acuerdo con las formalidades legalmente establecidas, ordena la sucesión en todo o en parte de su patrimonio para cuando él muera" (17).

• C. LASARTE ÁLVAREZ:

"EL TESTAMENTO

Concepto

La noción inicial de testamento la ofrece el artículo 667 del Código civil, afirmando que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos se llama testamento».

(17) V. CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de Sucesiones...* (coord. V. MONTÉS), *op. cit.*, pp. 97-99.

Como generalmente ocurre cuando las disposiciones legislativas se arriesgan a ofrecer una definición o concepto de la institución que regulan, han llovido toda suerte de críticas sobre dicho precepto, pese a que, en términos generales, puede considerarse expresivo de lo que para el común de los mortales es el testamento, la expresión de su última voluntad, disponiendo sobre el porvenir de sus bienes y derechos (o de algunos de ellos, dado que en nuestro sistema la sucesión testamentaria y la intestada resultan compatibles).

Por criticar las expresiones del Código, algunos autores comienzan por poner de manifiesto que verdaderamente el testamento no es un acto, sino un negocio jurídico. Dado que el sistema normativo, como bien sabemos, no utiliza como parámetro general la idea de negocio jurídico, semejante pretensión doctrinal dependerá en buena medida de qué se entienda por tal (para lo que hemos de remitir al tomo primero de esta obra). En todo caso, la mejor doctrina contemporánea sigue considerando al testamento como un acto de autonomía privada, sin caer en el espejismo y en la elefantiasis propia de la teoría del negocio jurídico. Así lo haremos también nosotros, pues estimamos que la calificación de «acto», que sitúa el Código en el frontispicio de su regulación, es digna de ser compartida.

Otras veces, se ha resaltado la insuficiencia del artículo 667 poniendo de manifiesto que resulta imposible extraer de dicho precepto los caracteres más sobresalientes del testamento. La observación es, desde luego, innegable. Otra cosa sería la justicia de semejante observación, pues en ningún lugar está dicho que el legislador esté obligado a escribir tratados ni obras sistemáticas, sino a regular problemas sociales” (18).

• X. O’CALLAGHAN MUÑOZ:

“CONCEPTO

Los negocios jurídicos por medio de los cuales ordena el causante el destino de su patrimonio para después de su muerte, se denominan disposiciones de última voluntad; son el testamento y el pacto sucesorio; no admitiéndose, en principio, la sucesión contractual en nuestro Derecho, queda el testamento como única disposición de última voluntad, por lo que puede definirse como negocio jurídico «mortis causa» por el que el sujeto ordena el destino de su patrimonio y otras disposiciones para después de su muerte.

El Código civil en su artículo 667 define el testamento como *el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte ellos*. Esta definición se ha criticado y se ha dicho que ni es exacta, ni es completa, ni es útil. El testamento no es un acto, sino un *negocio jurídico*, integrado por una declaración de voluntad cuyo efecto es coincidente con aquella declaración. Resalta la *naturaleza imperativa*, en el sentido de que el testador no ruega o aconseja, sino que ordena o manda lo que quiere que se haga, a fin de producir sus efectos después de su muerte, lo que hace incluir el negocio jurídico en la clase de *mortis causa*.

El artículo 667 da un contenido exclusivamente patrimonial al testamento, concretando su objeto a los bienes del causante. Es cierto que éste será

(18) V. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios...* Tomo séptimo..., *op. cit.*, p. 75.

el contenido normal del testamento, pero cabe que formen también su contenido disposiciones de naturaleza personal o familiar del testador, tales como designación de un tutor, reconocimiento de un hijo extramatrimonial o la variedad de órdenes sobre el entierro, funeral, etc., que puede hacer el causante. Incluso debe aceptarse un testamento que sólo contenga disposiciones no patrimoniales, pues lo contrario llevaría a la consecuencia inadmisibles de que quien careciese de bienes no podría designar tutor o reconocer un hijo extramatrimonial en testamento, etc.

Por más críticas que se le hace, el artículo 667 da una idea de la esencia del testamento, sin excesiva precisión terminológica (que no tiene nunca el Código), que queda completada con la enumeración de caracteres que no tienen por qué estar en la definición.-...=...= puede acogerse el concepto dado al principio por BINDER referido, en Derecho alemán, a todas las disposiciones de última voluntad que, en nuestro Derecho –hay que insistir–, se reducen al testamento: *negocio jurídico «mortis causa» por medio del que ordena el causante el destino de su patrimonio* (aparte otras disposiciones secundarias) para *después de su muerte*.

Como *negocio jurídico* es válido desde el momento de su otorgamiento, en cuyo instante se perfecciona como tal negocio jurídico; pero como *mortis causa* despliega su eficacia en el momento de la muerte de su autor, el causante, que constituye la apertura de la sucesión” (19).

- J. B. JORDANO BAREA:

“Nuestro Código civil, en su art. 667, dice que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento». Importa averiguar si se trata de un «concepto popular» o de un concepto técnico-jurídico preciso.

Primera concepción: el testamento en sentido formal

En la doctrina hay tres concepciones fundamentales del testamento: 1.^a, en sentido formal; 2.^a, en sentido sustancial y amplio; 3.^a en sentido sustancial y estricto.

Según la primera concepción, el testamento no es un negocio jurídico, sino una simple forma documental apta para acoger en sí la múltiple variedad de los negocios a causa de muerte admitidos por el ordenamiento. Más que un determinado contenido –se dice–, lo que caracteriza al testamento es una *forma*. De esta suerte se contempla el testamento como simple caparazón que puede cobijar variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo, de igual modo que la concha de una ostra puede contener su bicho propio (normal o típico), otros distintos (anómalos o atípicos), algas, arenilla y hasta, en ocasiones, una perla.

Pero junto a esa posible dimensión meramente formal –el testamento como *documento*– está la dimensión material o sustancial –el testamento como *negocio jurídico*–, que no cabe desconocer en cualquiera de sus dos variantes (2.^a y 3.^a).

(19) V. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...* Tomo V..., *op. cit.*, pp. 118-120.

Segunda concepción: el testamento en sentido sustancial

En sentido sustancial y amplio, se concibe el testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial. El testamento, según esta segunda concepción, se identifica con el acto de última voluntad y éste con aquél. Sería «la última tapicería de la vida», para decirlo con frase muy gráfica de Ramón Gómez de la Serna, en una de sus célebres greguerías, dando así a entender el rico y variado contenido del testamento en la vida real, compuesto de retazos distintos entretnejidos unos con otros.

Tercera concepción: el testamento en sentido sustancial y estricto

Según la tercera concepción, el testamento, en sentido sustancial y estricto, es el negocio jurídico unilateral *mortis causa* típico por el cual se dispone del patrimonio para el tiempo posterior a la muerte.

Esta es la posición de nuestra jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 dice que «nos enseña el art. 667 del Código civil, en relación con el 668 del propio Cuerpo legal, que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte». Un poco más adelante la misma sentencia insiste en la idea de que el testamento es esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos. En igual sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1944 conceptúa el testamento como «acto solemne, unilateral, revocable, de carácter personalísimo, de disposición "*mortis causa*" de todos o parte de los bienes».-...=...=

El concepto técnico-jurídico de testamento en nuestro Derecho

Del total sistema jurídico español se desprende no un sentido amplio del concepto de testamento en cuanto negocio, sino que evidentemente resulta confirmado desde el punto de vista técnico el limitado y preciso concepto del art. 667 del Código civil.

A la vista de los arts. 658, 667, 668, párrafo 1.º, 669, 670, 687 y 737 del Código civil y de las citadas resoluciones jurisprudenciales, podemos decir que en nuestro Derecho el testamento es el negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no recepticio, formal o solemne, revocable y de atribución patrimonial a causa de muerte, normalmente gratuito, que opera mediante la institución de heredero o el legado" (20).

Todo este conjunto de reflexiones doctrinales espero puedan contribuir a una más perfilada delimitación jurídica del instituto "testamento".

5. Naturaleza del testamento

Una distinción previa parece, a mi juicio, conveniente para deslindar, de una parte, lo que son *los caracteres* prototípicos de todo testamento y, de otra parte, lo que es *la naturaleza* (propia) del testa-

(20) V. JORDANO BAREA, J. B., *op. cit.*, pp. 14-17.

mento. Distinción que se pasa a detallar, en función de la postura de cada uno de los autores antes seleccionados, como sigue:

A. Caracteres.

— *Doctrina española.*

• M. ALBALADEJO GARCÍA:

“Por ser *solemne* el testamento, es nulo el otorgado sin observar alguna de las formas permitidas por la ley (art. 687).

Ni vale la disposición hecha en el testamento mediante remisión a cualquier otra contenida en documento que no guarde la forma de aquél (art. 672).

Por ser *unilateral*, basta la voluntad del que testa, sin que sea preciso que el consentimiento de más nadie –sic– concuerde con el del testador.

Por ser *unipersonal*, con objeto de evitar que testando juntas dos personas influya una en la otra, establece el Código que no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero (art. 669).

Por ser *personalísimo* está excluido, en principio, que nadie intervenga en el testamento de otro ni nadie autorice a otro a testar por él ni conceda a otro la facultad de modificar las disposiciones testamentarias que él estableció (art. 670).

Aunque podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos, a quienes aquéllas deban aplicarse (art. 671).

Por último, por ser *revocable*, siempre puede el testador cambiar o derogar lo que antes dispuso en testamento, aunque haya expresado, en él o fuera, la resolución de mantenerlo hasta su muerte (art. 737, 1.º)” (21).

• A. LUNA SERRANO:

“**Caracteres del testamento.** Diseminados por el C.c., señalan diversos preceptos los rasgos esenciales y característicos del testamento en dicho cuerpo legal que –completados por la jurisprudencia– componen la siguiente enumeración:

A. Es acto *unilateral*, es decir, no concurre a él otra *parte* que el testador; según se dice, a fin de garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad. La declaración de voluntad del causante es eficaz por sí sola para dar vida al testamento, sin la concurrencia de ninguna otra.

Únicamente tal voluntad participa en la creación del testamento, sin una contraparte a la cual vaya dirigida la declaración. Además, como dice JOR-

(21) V. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 207-208.

DANO, la forma unilateral no es sólo condición suficiente, sino también necesaria para que el acto despliegue sus efectos: en efecto, la concurrencia de cualquiera como parte, al lado de o frente al testador, parece que infringe, o la prohibición de pactos sucesorios, o los principios de universalidad y estricta personalidad del testamento.

B. Correspondiendo a la unilateralidad de su otorgamiento, la declaración testamentaria, una vez abierta la sucesión, es no recepticia.

.-...=...=

C. Es acto unipersonal, es decir, realizado por una sola persona, en que no cabe la presencia de otra para disponer simultáneamente.

.-...=...=

D. Es acto estrictamente personal. En este sentido le llama el art. 670 C.c. acto personalísimo, prohibiendo dejar su formación, en todo o en parte, al arbitrio de tercero, y, por consiguiente, nombrar heredero o legatario a quien lo sea de un tercero (S. 26 junio 1958).

.-...=...=

E. El testamento es un acto formal o solemne, según se desprende del art. 687 C.c. (véase también 688, 705 y 715).

.-...=...=

F. El testamento es un acto esencialmente revocable (art. 737 C.c.).

El fundamento de la posible revocación *ad nutum* del testamento radica precisamente en su irrelevancia jurídica externa *ante mortem* y no en ser un acto de causa de muerte; tanto es así que cuando subsiste idéntica función *mortis causa*, pero es diversa la naturaleza y estructura del acto, como ocurre en los pactos o contratos sucesorios, el carácter de la revocabilidad no se da normalmente (JORDANO). La revocación se estudia *infra*, § 48" (22).

• F. CAPILLA RONCERO:

"Caracteres

Atendiendo a la regulación del C.c., es habitual enumerar un conjunto de caracteres esenciales del testamento, que no es, sin embargo, extensible en todos sus extremos al resto de los ordenamientos civiles españoles.

A) *Unilateral*

A diferencia del contrato, el testamento es un negocio unilateral. No concurren dos partes, sino meramente el testador para otorgarlo, cuya única voluntad crea el testamento. El testamento contiene, pues, únicamente la voluntad de su autor, el testador, permaneciendo ajeno al mismo toda idea de acuerdo de voluntades, a diferencia de lo que ocurre en los pactos o contratos sucesorios. La voluntad del testador, declarada en el testamento, se basta por sí para crearlo, siendo el testamento un acto perfecto desde el instante en que esa voluntad se emite, con las formalidades requeridas por la ley. Y aun cuando en la mayoría de las modalidades testamentarias se requiere la participación de otras personas (notario, testigos), no actúan como

(22) V. LUNA SERRANO, A., en LACRUZ BERDEJO, J. L., et alii, *Derecho de Sucesiones* (tomo V de los "Elementos de Derecho civil"), Ed. de José María Bosch, Barcelona, 1993, 5.ª edición, pp. 182-183.

destinatarios de la declaración de voluntad; ni tampoco son destinatarios, cuyo conocimiento sea requerido, los beneficiados por la sucesión; tales beneficiarios deberán en su caso aceptar la designación, como acto jurídico distinto del testamento. Por ello, el testamento es acto unilateral no recepticio, surtiendo sus efectos con independencia de que sea o no conocido por esas personas.

B) *Formal. Memorias testamentarias*

El testamento está llamado a regir el destino de la sucesión cuando su autor, el testador, ya haya fallecido, por lo que en el momento de apertura de la sucesión no cabe acudir al autor para que precise el alcance de sus determinaciones. Siendo, por otro lado, acto unilateral, se hace necesario establecer unos requisitos formales en el negocio testamentario, que, entre otros, cumplan la función de dejar constancia, lo menos dudosa posible, del otorgamiento del testamento. Además, la voluntad testamentaria puede otorgar derechos, imponer obligaciones y cargas, etc., a los sucesores (que no participan en la elaboración del testamento), quienes quedan sometidos a las reglas establecidas en el testamento; motivo que aconseja también dotar de fijeza a la voluntad del testador, forzándolo a declarar su voluntad de forma solemne. Todas las modalidades testamentarias reguladas en el C.c. gozan de la nota del formalismo, aunque el rigor y el cúmulo de sus requisitos sean diferentes. Es el formalismo nota esencial del testamento; por ello el art. 687 determina la nulidad del testamento otorgado sin observarse las formalidades legales.

Como consecuencia del formalismo, el art. 672 establece la nulidad radical de las memorias testamentarias, salvo que revistan los requisitos formales y materiales del testamento ológrafo, en cuyo caso valdrán como tal. Estas memorias testamentarias eran documentos en que el testador completaba las disposiciones contenidas en testamento, con menor rigor de requisitos formales, facultad que el propio testador debía haberse reservado al otorgar el testamento. Hoy solamente son válidas en Cataluña (art. 123 C.S.C.) y Navarra (leyes 196 y sigs. F.N.N.).

C) *Unipersonal. El testamento mancomunado*

En el C.c. la voluntad testamentaria tiene que ser estrictamente individual, siendo realizado el testamento solamente por el testador, sin que esté permitido ni que dos o más personas testen simultáneamente en el mismo acto (testamento mancomunado, prohibido por el art. 669), ni el contrato sucesorio (art. 1.271). El testador queda solo en la ordenación de su sucesión, como garantía de independencia y libertad en la formación de su voluntad sucesoria, y no como mera regla de índole formal. En consonancia con ello, por estimarse de orden público, es nulo también el testamento mancomunado otorgado por españoles en el extranjero, aunque sea válido según las leyes del lugar de otorgamiento (art. 733).

...=...=

La prohibición general del testamento mancomunado tiene grandes excepciones en nuestro país. Por una parte, en el Derecho común, la Ley de 24 diciembre 1981 permite, excepcionalmente en territorio de aplicación del C.c., a los cónyuges otorgar testamento abierto mancomunado para ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria; testamento en principio revo-

cable también conjuntamente, salvo en casos de divorcio o separación del matrimonio, en que cabe la revocación unilateral, notificada al otro (*vid.* art. 22).

Algunos ordenamientos forales también admiten testamentos mancomunados. Así ocurre en Aragón, donde se admite el testamento mancomunado entre cónyuges (arts. 94 a 97 CDA) y en Navarra, donde se regula el llamado testamento de hermandad, otorgable conjuntamente por varios testadores, aunque no sean parientes entre sí (leyes 199 a 205 FNN).

d) *Personalísimo*

Además de ser de una sola persona, el testamento es un acto personalísimo, prohibiéndose la intervención de terceras personas, distintas del testador, para integrar el negocio testamentario. No se prohíbe la intervención de terceros con fines de asesoramiento, etc.; tampoco se impide que se encomiende a terceros la ejecución de la voluntad expresada en el testamento o la realización de ciertos actos establecidos por el testador (albacea, contador-partidor). Lo que se prohíbe es que la voluntad de una persona distinta del testador integre la voluntad, contribuya a determinar las reglas que deben regir la sucesión, esto es, el arbitrio de tercero y el poder para testar, mediante la designación de comisario. En este sentido, la facultad de testar es indelegable en el régimen del C.c. En términos taxativos se expresa el art. 670 C.c.-...=...=

La prohibición del arbitrio testamentario y del testamento por comisario se aplica a los sujetos sometidos a Derecho común, autorizando casi todos los Derechos forales formas más o menos limitadas de testamento por comisario.-...=...=

E) *Revocable. Cláusulas ad cautelam*

El testamento es el acto de última voluntad del testador, mediante el cual el mismo ordena su sucesión *mortis causa*. Pero para que fuera realmente acto que contuviera la última voluntad, sería indispensable recabar del moribundo su voluntad sucesoria. Por ello, cuando se indica que el testamento es acto de última voluntad, lo que se quiere indicar es que, en vida del testador, éste puede variar su voluntad a su antojo (dentro de los límites legales), hasta el último momento de su vida. Luego en el momento de otorgarse, el testamento contiene la última voluntad eventual del testador, que devendrá verdaderamente efectiva como última si dicho testamento no ha sido alterado por el testador. El medio a través del cual se garantiza esta característica es precisamente la revocabilidad esencial del testamento, textualmente subrayada por el art. 737 C.c. Fallecido el testador sin que haya revocado el testamento que otorgó (en vida), jurídicamente la voluntad del causante, mantenida por el hecho de no haberlo revocado, pudiéndolo haber hecho con absoluta libertad y siendo intrascendente que su voluntad verdaderamente última fuera diferente, si no se ha expresado en forma testamentaria.

Esta revocabilidad esencial del testamento supone pues que el testador es libre para revocar su testamento anterior. Libertad que es además irrenunciable e ilimitable, ni por tercero, ni por el propio testador. Ese es el sentido del art. 737: el testamento, y sus disposiciones, son revocables, incluso cuando el testador ha manifestado su intención de no revocarlo. Asimismo la facultad de revocación es talmente –sic– libre, que se tienen por no

puestas las denominadas y admitidas en el Derecho anterior (*vid.* D.T. 2.^a C.c.) cláusulas *ad cautelam*, por virtud de las cuales el testador condicionaba la eficacia revocatoria de ulteriores testamentos a la utilización de palabras, signos o claves especiales” (23).

- C. LASARTE ÁLVAREZ:

“Claro está que los caracteres del testamento, sin embargo, pueden extraerse del conjunto de la regulación del Código, conforme a la cual pueden resaltarse los que seguidamente recogemos.

A) *Acto unilateral y unipersonal*

La declaración de la voluntad testamentaria no requiere el complemento de ninguna otra declaración, ni de ninguna otra persona. El testador otorga por sí mismo el testamento, aunque en su otorgamiento hayan de intervenir otras personas (Notario y/o testigos), pero éstas en modo alguno pueden (o si se quiere, deben) hacer otra cosa que dar cuenta, autorizar o acreditar la libre y espontánea voluntad del testador.

Al afirmar que el testamento es también un *acto unipersonal*, se trata de poner de manifiesto que, en el régimen de nuestro Código, no cabe que varias personas, aunque se trate de los cónyuges, testen simultánea y mancomunadamente. Lo prohíbe radicalmente el artículo 669...

La radical prohibición del testamento mancomunado y de los pactos o contratos sucesorios es una manifestación más del libre albedrío individual propio de la Codificación y pretende garantizar la formación, libre y espontánea, de la voluntad testamentaria de la persona que decide otorgar testamento.

B) *Acto personalísimo*

El propio artículo 670 utiliza tal expresión: «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». Es decir, el testador debe decidir por sí mismo a quién y cómo y en cuánto nombra herederos o legatarios, adoptando el criterio de distribución o la asignación de sus bienes y derechos para el momento en que él falte.

El siguiente precepto, el artículo 671, no puede considerarse una excepción a lo dicho, pues verdaderamente la asignación hereditaria ha sido ya realizada por el testador, quien se limita a encomendar a un tercero que determine cómo han de distribuirse los bienes entre *clases indeterminadas*.

C) *Acto solemne*

El carácter solemne o estrictamente formal del testamento lo estudiaremos en este propio capítulo, debiendo bastar ahora la remisión al artículo 687, conforme al cual «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas [para cada uno de los tipos o de las formas testamentarias] en este capítulo.

(23) V. CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pp. 101-106.

La rigurosa solemnidad aplicable al testamento deriva, claro está, del hecho de tratarse de un acto que desplegará su eficacia *mortis causa*, una vez que fallezca el testador. Por consiguiente, conviene que el otorgamiento del testamento se adecue a las pautas formales que garantizan su pervivencia respecto del propio testador.

D) *Acto esencialmente revocable*

Mientras viva, el testador podrá otorgar cuantos testamentos quiera y desee, pues el otorgamiento del testamento no atribuye derecho o facultad alguna a quienes hayan sido instituidos en él, sea como herederos o legatarios. La posposición de la eficacia del testamento al fallecimiento del causante hace que éste, mientras tanto, pueda revocar *ad nutum* cualesquiera disposiciones testamentarias (*ambulatoria est voluntas defuncti...*).

Así lo afirma tajantemente el artículo 737: «Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas».

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales” (24).

• X. O’CALLAGHAN MUÑOZ:

“CARACTERES

La enumeración y explicación de los caracteres del testamento completa y aclara cualquier concepto que se haya dado del mismo (a no ser que se haya dado uno tan descriptivo que ya contenga todos los caracteres). Son los siguientes:

Primero. *Unilateral*. El testamento, como negocio jurídico, tiene un solo sujeto, una sola parte. No cabe que proceda de varias personas, sino que está expresamente prohibido el testamento mancomunado en el artículo 669: *no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*. Sin embargo, hay algunas excepciones: en el Derecho foral aragonés y en el del País Vasco, que lo permite a los cónyuges y el testamento de hermandad en Navarra.

Segundo. *No recepticio*. La declaración de voluntad que forma el negocio jurídico testamentario es no recepticia. La expresión ante notario (y en su caso, ante testigos si éstos concurren) no le hace destinatario de la declaración.

...=...=

Tercero. *Personalísimo*. El testamento es un acto personalísimo —dice el art. 670, que aclara—: *no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario, ni tampoco, añade el segundo párrafo del mismo artículo, el nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder*. Por tanto, el negocio jurídico testamentario sólo puede tener un autor, el pro-

(24) V. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios...* Tomo séptimo..., *op. cit.*, pp. 75-77.

pio testador, sin que pueda delegar o sustituir en otra persona ni ser representado.

...=...=

Cuarto. *Formal o solemne*. El testamento es un negocio jurídico solemne: la forma prevista por la Ley –que prevé varias– es un elemento del negocio, cuya ausencia provoca la inexistencia del mismo; el artículo 687 dispone, en este sentido, aunque empleando el término de nulidad, que *será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades legales* [Destacan –sic– el carácter formal del testamento, las sentencias de 21 de junio de 1986 (*Act. Civ.*, 870/86), fundamento 3; 9 de mayo de 1990 (*Act. Civ.*, 725/90), fundamento 2.º: «... la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma y no convalidables posteriormente»; 25 de junio de 1990 (*Act. Civ.*, 869/90), fundamento 4.º: «... la forma en este negocio jurídico es presupuesto *ad solemnitatem*»; 25 de abril de 1991 (*Act. Civ.*, 633/91), 26 de abril de 1995 (*Act. Civ.* 749/95) y 16 de junio de 1997 (*Act. Civ.*, 952/97). La primera de éstas fue rescindida, en virtud de recurso de revisión, por sentencia de 6 de febrero de 1993 (*Act. Civ.*, 609/93) y se dictó una nueva sentencia de fecha 12 de mayo de 1998 (*Act. Civ.*, 835/98).].

Quinto. *Revocable*. Ya en Derecho romano se proclamaba el principio de que «la voluntad del disponente puede mudarse hasta el fin de la vida», y el artículo 737 expresamente lo recoge al ordenar que *todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables*, y añade que se mantiene esta revocabilidad *aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas* y se reafirma, con la prohibición (*se tendrán por no puestas*) de las cláusulas derogatorias o *ad cautelam* de disposiciones testamentarias futuras” (25).

— *Doctrina italiana*.

G. CRISCUOLI presenta como *notas características* de todo testamento las siguientes (26):

- Patrimonialidad.
- Tipicidad (de las disposiciones que contiene).
- Relevancia *post mortem*.
- Programaticidad.
- Unilateralidad.
- Personalidad.
- Solemnidad.

(25) V. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...* Tomo V..., *op. cit.*, pp. 120-122.

(26) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, *op. cit.*, pp. 130-160.

- Precariedad *ante mortem* (de la voluntad del disponente) [equivalente a la de *revocabilidad*].
- No gratuidad (27).

B. Naturaleza (propriadamente dicha).

Ha analizado este punto con especial detalle F. CAPILLA RONCERO, diciendo:

“Naturaleza

Como se ha dicho antes, el testamento es una declaración de voluntad del causante de la sucesión de que se trate. Al utilizar la expresión «declaración de voluntad» implícitamente se está indicando que el testamento entra dentro de la categoría del acto jurídico y, más precisamente, del negocio jurídico, en cuanto el ordenamiento, dentro de ciertos límites, consiente al testador reglamentar el régimen y los efectos de su sucesión. No obstante, debe insistirse en que calificar el testamento como negocio jurídico es un mero expediente científico o sistemático, carente de consecuencias inmediatas en nuestro Derecho, pues la categoría del negocio jurídico no es una categoría normativa, sino teórica o conceptual. No es, en consecuencia, adecuado establecer un cauce de comunicación entre el régimen del otro gran grupo de negocios jurídicos (los contratos) y el del testamento; pues las singularidades del testamento son de tal envergadura, respecto de los contratos, que aconsejan prudencia a la hora de integrar las lagunas normativas del testamento con el régimen de los contratos, siendo necesario fundamentar la extensión analógica del régimen contractual en la identidad de razón suficiente, que vaya más allá de la coincidencia de calificación del contrato y el testamento como negocios jurídicos.

Es el testamento un negocio jurídico *mortis causa*. No es el único en nuestro ordenamiento (por ejemplo, también hay donaciones *mortis causa* y contratos sucesorios, aunque en un ámbito más restringido, para casos específicos, como ocurre en materia de explotaciones familiares agrarias, o en algunos ordenamientos forales). Su calificación como negocio *mortis causa* supone que el testamento se realiza en contemplación de la muerte del testador y para surtir sus efectos a su fallecimiento. Esta característica del testamento, que se otorga en vida por el causante y despliega sus efectos una vez que ha fallecido, ha provocado cierta perplejidad, que ha intentado ser explicada de diversas formas. La opinión que parece más atendible, sostenida entre nosotros por JORDANO BAREA, a quien siguen los más importantes tratadistas (como LACRUZ), es la que considera que el testamento es perfecto desde el instante de otorgamiento por el testador; y que en cuanto a su eficacia, hay que distinguir: frente al testador, el testamento es eficaz desde que se otorgó; sin embargo, frente a los terceros, el testamento es irrelevante hasta que no se abra la sucesión, esto es, hasta la muerte del tes-

(27) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, op. cit., pp. 160-161.

tador. Por eso, en vida del testador, los designados como favorecidos en el testamento carecen de expectativas sucesorias en sentido estricto, no pudiendo ejercitar actos cautelares o conservativos en previsión de la futura sucesión (a diferencia de lo que establece, por ejemplo, por el art. 1.121 C.c. para el caso de obligaciones sometidas a condición). Por eso también, al contrario, el momento de otorgamiento, al ser el de existencia del testamento, es el que determina el examen de la capacidad del testador (arts. 665 y 666), la interpretación (art. 675), etc.” (28).

- L. Díez-PICAZO:

“Naturaleza jurídica del testamento.— El testamento es un negocio jurídico, y parece que esta aplicación no plantea ninguna dificultad.

En primer lugar, es un negocio jurídico, si aceptamos la tesis voluntarista, ya que el testamento es una declaración de voluntad del testador.

Pero este carácter de negocio jurídico se obtiene también si admitimos una posición objetiva, o sea como un acto de autonomía privada que por medio de este testamento ordena la sucesión de una persona.

Ahora bien, en cuanto negocio jurídico, es un negocio unilateral.

Además es un negocio no recepticio: no es una declaración de voluntad destinada a su recepción por terceras personas, ni esta recepción es un requisito de su validez y eficacia, ya que el testador puede hacer esta declaración de voluntad de una manera secreta (testamento ológrafo o cerrado).

Más dificultades plantea el que esta declaración de voluntad sea un negocio jurídico si tenemos en cuenta que, desde que es emitida la voluntad hasta que muere el causante, no produce efecto alguno. En este punto la doctrina mantiene dos posturas:

- 1) Es un negocio jurídico imperfecto o «in divenire»: es un plan futuro.
- 2) Es un negocio jurídico perfecto, y lo único que sucede es que su eficacia se encuentra diferida.

La consecuencia de aceptar una u otra posición es que la voluntad declarada sea o no fija. Vamos a ver algunos ejemplos:—...=...=

En definitiva, el problema está aquí en la posible configuración del negocio. La primera posición nos puede llevar a exigir una perseverancia «in voluntate» y puede llevarnos también a admitir una modificación posible del testamento, expresada fuera del testamento y subsumible en la anterior declaración testamentaria. Mientras que la segunda posición supone que el negocio ha quedado fijado tal como se pensaba en aquel momento, y no puede ser cambiado por expresiones contrarias, a menos que se revoque formalmente.

El problema radica, pues, en si debemos atenernos a la voluntad del testador o debemos admitir la seguridad del mundo jurídico. En mi opinión, debemos inclinarnos por la segunda posición, según la cual la voluntad queda fijada desde el primer momento.

(28) V. CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 100-101.

En cuanto a la perfección del negocio, ésta se produce cuando la voluntad es declarada, si bien tendrá una eficacia diferida, la cual es determinada por la muerte del testador. Ahora bien, esto no es una condición «iure proprio», sino una «conditio iuris», y esto porque se admite la revocación, y para que se dé ésta es necesario que haya un negocio jurídico perfecto. Y además de esto tenemos que el C.c. se fija en el momento de la emisión de la voluntad para exigir la capacidad necesaria.

Resumiendo, pues, el testamento es un negocio jurídico perfecto desde el momento de su emisión, si bien tiene una eficacia deferida «ex lege» al momento de la muerte del testador” (29).

• J. B. JORDANO BAREA:

“NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO

Teorías diversas: clasificación

Si discutido es el concepto de testamento, no menos lo es el problema de su naturaleza jurídica. Muy diversas teorías se han formulado en la doctrina con el propósito de puntualizar cuál sea la naturaleza y estructura del acto testamentario.

Para mayor claridad en la exposición que sigue, distinguiremos cuatro grupos de teorías: A) en el primero estudiaremos las teorías del acto imperfecto, con sus distintas variantes; B) en el segundo, las teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto; C) en el tercero, la teoría del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva; D) en el cuarto y último, la teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica en el acto testamentario.

A la exposición de cada grupo de teorías seguirá el juicio crítico correspondiente, dejando al final sentada cuál es nuestra posición.

A) Teorías del acto imperfecto

Característica común de este grupo de teorías es la de considerar el testamento como acto imperfecto en la etapa *ante mortem*: la muerte del testador señalaría la perfección y eficacia del acto.

Así, según KOEPPEN, el testamento hay que colocarlo entre los *negotia imperfecta*, cuyo supuesto de hecho (*Tatbestand*) se completa con la muerte del causante. Es negocio imperfecto, sin ningún efecto jurídico, en tanto que aquél viva, no fundando mientras ni derechos ni obligaciones. El testamento –sostiene GABBA– no existe más que después de la muerte del testador, esto es, después que éste, con no revocarlo *in extremis*, lo ha convertido en *disposición de última voluntad*.

a) El testamento como simple «proyecto»

En ese orden de ideas y como primera variante del grupo está la teoría que concibe el testamento, durante la vida de su autor, como un simple «proyecto». Esto se dice sobre todo para explicar el carácter de la revocabilidad del acto testamentario.

(29) V. DÍEZ-PICAZO, L., *Lecciones de Derecho civil. IV. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1967, pp. 212-215.

El testamento, afirma JOSSEERAND, no tiene, hasta la defunción de su autor, más valor que el de un simple proyecto, que puede ser revocado *ad nutum* por quien lo formó.-...=...=

Lo mismo opina ROYO MARTÍNEZ entre nosotros: el testamento es, mientras el otorgante vive, una mera previsión o puro proyecto que ni a nadie asigna derechos actuales, ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión. Ya antes se habían pronunciado en este sentido DE BUEN y NAVARRO AMANDI.-...=...=

b) El testamento como negocio «in divenire»

Una segunda variante de las teorías del acto imperfecto es aquella que ve en el testamento un acto en vía de formación, que presupone la *perseverantia in voluntate*. Como tal negocio *in divenire*, se debería considerar cual no cumplido hasta que la muerte, con la confirmación implícita del querer hasta el último aliento de vida, no le asigne carácter definitivo.

No deja de ser curioso que una construcción análoga esboza la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1927.-...=...=

La idea del testamento como negocio *in divenire*, plenamente desenvuelta por GUARNIERI-CITATI, se encuentra ya en MARCADÉ y LAURENT.

-...=...=

Pero es, como dijimos, GUARNIERI-CITATI quien desenvuelve plenamente la idea de la *perseverantia in voluntate*. A su modo de ver, el testamento presupone y requiere «una voluntad continuativa y permanente», la cual debe considerarse como subsistente cuando no se pueda probar o presumir lo contrario. Sólo que, a causa del formalismo testamentario, tal prueba no puede darse con cualquier medio, sino que debe resultar de una declaración expresa de revocación o de presunciones taxativamente establecidas por el legislador a partir de ciertos hechos (revocación tácita y revocación real o implícita). A la objeción de que la sobrevenida incapacidad del testador no resta eficacia al testamento (*vid. infra*, núm. 17), GUARNIERI-CITATI responde que tal hecho coloca al sujeto en la imposibilidad de querer o dejar de querer, y, por ello, su voluntad puede considerarse como persistente hasta el último momento en que el testador pudo querer; de suerte que es lógico que el testamentario deba quedar en pie.

c) El testamento como «acto jurídico permanente»

Una tercera variante de las teorías del acto imperfecto podría ser la apuntada por CARNELUTTI, considerando el testamento como un «acto jurídico permanente», que implica la renovación de la voluntad de *momentum in momentum*.

d) El testamento como negocio jurídico con forma fija y voluntad variable o ambulatoria «usque ad mortem»

En la tesis de LANGE, compartida por FELDMANN y KEUK, el testamento no constituiría un negocio formal con posición de la voluntad en un solo momento (el del otorgamiento), sino, por el contrario, un negocio con posición en un determinado momento del elemento formal y posible variación del elemento volitivo, con obligación para el intérprete de fijar el más próximo a la muerte, si es compatible con la declaración solemne.-...=...=

-...= Con otras palabras, para LANGE el testamento es un negocio jurí-

dico *in itinere*, para los terceros y para el testador, con forma fija y voluntad variable o ambulatoria hasta el momento de la muerte.

.-...=...=

B) Teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto testamentario

La *communis opinio* civilista, rebatiendo las doctrinas del acto imperfecto, sostiene que el testamento es perfecto apenas formado; sin embargo, hasta el momento de la muerte, es totalmente ineficaz. Se distingue así entre *perfección* y *eficacia*: la primera se da una vez otorgado el acto; la segunda a raíz de la muerte del testador.

La muerte no es —escribe CICU— un elemento que perfeccione el testamento como negocio, sino un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin excluir ninguno, pero sin ninguna eficacia retroactiva sobre el momento en que se hizo el testamento.

Para TRAVIESAS, el testamento en sí es negocio acabado. La muerte del testador no cambia en nada el querer, contenido en la declaración testamentaria. Ese querer tiene existencia y vigor jurídico antes de la muerte del testador. Ahora bien, el testamento no despliega su plena eficacia sino después de la muerte del testador.

El testamento se perfecciona, según LACRUZ, en el momento de su otorgamiento. La muerte del otorgante no es un factor que da validez a las disposiciones de última voluntad; simplemente señala el momento desde el cual producen efectos jurídicos.

A juicio de OSSORIO MORALES, el testamento tiene validez y existencia como tal testamento desde que se otorga, si bien no despliega su plena eficacia hasta después de la muerte del testador; lo que ocurre en ese momento es que se hace ya irrevocable.

Dentro de esta directriz, tan extendida, se considera el evento muerte cual simple requisito legal de eficacia de un negocio ya perfecto desde el otorgamiento, diciendo que la muerte del testador funciona como *condicio iuris*, presupuesto, coeficiente causal (en sentido lógico), factor, hecho determinante o constitutivo de la eficacia del acto, etc. La calificación más acreditada es, entre otras, la de *condicio iuris*.

C) Teoría del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva

Según BETTI, el testamento constituiría un «supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva», integrado por dos hechos heterogéneos: uno es acto jurídico (la declaración de última voluntad); el otro, un hecho natural (la muerte del declarante). La suma de ambos (declaración de última voluntad más hecho de la muerte del testador) determinaría la producción de los efectos jurídicos que la ley liga al tipo negocial a causa de muerte que es el testamento.

.-...=...=

D) Teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica en el testamento: para la esfera del testador y para la generalidad

No se puede captar la esencia propia del testamento sin distinguir un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad.

Ya KOHLER decía que con la conclusión del acto de testar se produce

incondicionadamente un efecto inmediato (*Einwirkung*) en el estado *de iure*, una creación o producción jurídica (*Rechtserzeugung*). El causante (*Erblasser*) deviene inmediatamente un *testatus*; esto es —prosiguiendo y desarrollando la feliz imagen kohleriana del proceso formativo de la ley—, ha promulgado una *lex testamenti* (*privata lex* o «decreto de Derecho privado») que a él mismo le vincula, aunque esté todavía en período de *vacatio* durante la etapa *ante mortem*, pues el testamento es la *privata lex* de la persona respecto de su patrimonio para el tiempo de su muerte. Dicha *lex* entrará en vigor para la generalidad (llamados y terceros supérstites) en el mismo momento de la muerte, pero antes ya tiene relevancia para su autor, se insurge frente a él con una peculiar grandeza o magnitud jurídica, hasta el punto de exigírsele la derogación o revocación si quiere eliminar la ulterior eficacia externa de la *lex testamenti*. En el testamento ya otorgado hay una operación activa (*thätiges Agent*) que se desprende de la persona del testador y sigue su propio camino.—...=...=

Las ideas de KOHLER, que contienen una genial intuición acerca de la verdadera naturaleza jurídica del testamento, han sido modernamente desenvueltas por GIAMPICCOLO, quien —a nuestro modo de ver— enfoca exactamente el problema.

Una vez formado, el testamento adquiere relevancia y *carácter definitivo* para su autor, con todas las consecuencias inherentes (*onus* de la revocación si aquél quiere eliminar su posterior eficacia *post mortem*, valoración de la capacidad y de la formación espontánea y libre del querer con referencia al momento del otorgamiento del acto, momento decisivo para la interpretación, valoración de la validez formal, influencia de la sobrevenida incapacidad del testador y de la eventual mudanza posterior de su voluntad, no traducida en revocación, aun'en el caso de resultar ésta imposible) (*vid. infra*, IV, núm. 26).

En cambio, para la generalidad (esto es, para los terceros), el acto es jurídicamente relevante en cuanto tal, o sea, como negocio jurídico, sólo con la muerte del testador. En consecuencia, a dicho momento hay que referir la valoración del requisito de la legitimación, del requisito de la licitud del acto por su contenido y, en general, de todo elemento que tenga que ver con la idoneidad del negocio para la realización de sus efectos (como es la posibilidad del objeto).

Con la muerte del testador se determinan los efectos externos del negocio jurídico testamentario, excepto que, con la presencia de una modalidad accidental (condición, plazo), los efectos definitivos no puedan seguirse todavía, en cuyo caso se seguirán los llamados efectos prodrómicos o preliminares.

El evento muerte actúa como condición (*rectius*: «*dies certus an, incertus quando*») para la relevancia jurídica externa del acto testamentario; es algo más que un simple requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio: está en el justo término medio; es un requisito de vigencia exterior de la *lex testamenti*.

Así, pues, el testamento, *medio tempore* entre el momento de su formación y el de la muerte del testador, es un acto cumplido en cuanto al sujeto autor del mismo; *in itinere* para la generalidad (terceros).

Esa irrelevancia jurídica externa *ante mortem* del testamento está respaldada por sus requisitos de forma, siendo al propio tiempo una cualidad sustancial y formal. En efecto, la declaración de última voluntad testamentaria, destinada a tener relevancia para la generalidad sólo después de la muerte de su autor, tiene un particular vehículo emisivo que se adapta como instrumento idóneo a la función propia del negocio, siendo adecuado para custodiar la declaración y llevarla al exterior únicamente al tiempo de la muerte del testador (cfr. los preceptos, tanto del Código civil como de la LEC, que regulan las formas del testamento).-...=...=

Construcción adoptada

A la vista de lo expuesto, nos adherimos sin reservas a la teoría que distingue un doble estado de relevancia jurídica en el testamento: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. El testamento, repetimos, se nos aparece, en la esfera interna o de cara a su autor, como un negocio *perfecto, cumplido, acabado*, que adquiere *carácter definitivo* para aquél, apenas formado; para la generalidad, en cambio, el testamento es como tal jurídicamente irrelevante en la etapa *ante mortem*. De cara a los terceros, la declaración de última voluntad testamentaria, hasta la apertura de la *hereditas*, no tiene existencia ni, por tanto, se perfecciona, careciendo de toda eficacia o relieve jurídico; desde el punto de vista externo o de los terceros, el testamento, *medio tempore* entre el momento de su otorgamiento y el de la muerte del testador, es un acto imperfecto o *in divenire*" (30).

6. Modalidades (clases) de testamentos

- En este punto poco cabe añadir a la referencia indispensable a lo prevenido en el Código civil.

Remito aquí a la resumida exposición del profesor X. O'CALLAGHAN MUÑOZ:

"CLASES

Se distinguen dos clases fundamentales de testamento: el *común* y el *especial*. El artículo 676 recoge esta distinción al expresar que *el testamento puede ser común o especial*.

El testamento común exige los requisitos o solemnidades generales y puede ser utilizado, en principio, por cualquiera que tenga capacidad para testar.

El testamento especial requiere más o menos solemnidades según los casos, y sólo puede ser utilizado por ciertas personas en determinadas circunstancias.

El testamento *común* puede ser de tres tipos, como recoge el segundo párrafo del artículo 676: *el común puede ser ológrafo, abierto o cerrado*" (31).

(30) V. JORDANO BAREÁ, J. B., *op. cit.*, pp. 18-33.

(31) V. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, tomo V..., *op. cit.*, p. 122.

7. El perfil estático de la institución (sobre los elementos de constitución de la figura)

Refiriéndome en este lugar al *aspecto estructural* del testamento en cuanto negocio jurídico, cabe aludir a los varios presupuestos de formación de la figura en la forma usual de los autores, esto es: el elemento subjetivo, el elemento objetivo, el elemento causal, el elemento formal. Todo ello en la forma que sigue:

A. Elemento subjetivo.

Siendo el testamento el prototipo del negocio jurídico unilateral *mortis causa* y cuyo efecto directo –con la apertura de la sucesión– es el de producir una atribución patrimonial a favor de determinadas personas beneficiarias de ella (ya como herederos, ya como legatarios), parece aquí oportuna la alusión a los dos *polos* de esa atribución patrimonial: de un lado, el disponente (el *testador*), y de otro lado, el beneficiario/beneficiarios (los *llamados*).

• *El testador.*

Para que quepa hablar de testamento válido es indispensable que, en tanto que manifestación de voluntad del disponente, reúna ciertos *requisitos*: *uno*, que el testador tenga la capacidad de testar (testamentifacción activa); *otro*, que la voluntad vehiculada formalmente por la vía del testamento se encuentre manifestada con libertad y exenta de vicios.

En cuanto a *la capacidad para testar*: rige lo prevenido en los artículos 662 y ss. C.c., y en especial el artículo 666 C.c.: a los comentarios doctrinales y jurisprudenciales pertinentes remito en este lugar. Un interesante análisis de la capacidad para testar a través de decisiones jurisprudenciales ha sido efectuado recientemente desde el ámbito notarial, al que remito (32).

En orden a la prevención de una futura incapacidad del propio testador, se ha analizado recientemente en el ámbito notarial el análisis de aquellas fórmulas en que se instituye heredero “en favor de quien cuida al testador en los últimos años de su vida”, a cuyo análisis aquí remito (33).

(32) CONSEJO DE REDACCIÓN, “La capacidad de testar en la jurisprudencia”, en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 33, enero-marzo 2000, pp. 315-322.

(33) CAMPO GÜERRI, M. A., “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 34, abril-junio 2000, pp. 9-29.

En cuanto a *la voluntad testamentaria* libre y exenta de vicios: rigen los artículos 673 y 674 C.c., a cuyo texto y comentarios pertinentes remito.

- *Los llamados.*

Para que una o varias personas se entiendan *llamados* a una sucesión en base a un testamento válido, es preciso se produzcan una serie de hechos y puedan acreditar que reúnen las *condiciones legales* exigidas para recibir por testamento y que *ellos precisamente* son los llamados por el testador a su sucesión.

Resumiendo aquí tales *condiciones*, cabe decir:

- 1.º Deben tener la *capacidad necesaria para recibir por testamento* (testamentifacción pasiva). Rigen los artículos 744 y ss. C.c., a cuyo texto y pertinentes comentarios doctrinales remito.
- 2.º En consecuencia, *no* deben afectarles las reglas generales del C.c. en temas de *incapacidad e indignidad* sucesorias.
- 3.º Deben proceder a la *prueba de la individualización del llamamiento*. Es la llamada por la doctrina “**determinación subjetiva de la disposición**”, disposición testamentaria que puede haberse articulado de varios modos:

— o bien por llamamiento como institución *directa* a título universal (heredero) o particular (legatario):

.. En forma pura: rigen los artículos 668 y 660 C.c., y concordantes.

.. En forma condicional o a término: rigen los artículos 790 y ss.

C.c. y 805 C.c., a cuyos texto y comentarios doctrinales remito;

— o bien por llamamientos por vía de sustitución ordinaria: rigen los artículos 774 y ss. C.c. y, en lo pertinente, el **artículo 78 CDC.BAL. 1990**, a cuyo comentario remito;

— o bien por llamamientos por vía de sustitución fideicomisaria, en sus diversas modalidades: rigen los artículos 781 a 805 C.c., y, en lo pertinente, el **artículo 78 CDC.BAL. 1990**, a cuyo comentario remito;

— o bien por llamamientos *con indeterminación total* de la persona o personas de los beneficiarios: son los conocidos en las fuentes romanas como llamamientos en favor de las “*incertae personae*”. Una particular aplicación del supuesto, referida en un primer y arcaico estadio al tema de la institución de herederos a favor de la Divinidad o unos dioses concretos (v. gr., Venus Afrodita), y posteriormente ya en el Derecho Romano Posclásico al testamento a favor de Jesucristo (o de los Santos o los Ángeles o mártires), ha sido analizada por

J. L. MURGA GENER, a cuyo interesante estudio aquí remito (34). La norma del C.c. aplicable sería la del artículo 670, aunque en las Pitiusas tiene la importante *excepción* del **artículo 71** CDC.BAL. 1990, a cuyo comentario remito;

— o bien por llamamientos *con indeterminación parcial* de los beneficiarios: la “determinabilidad” de tales personas puede ser efectuada a través de los *criterios* proporcionados, o bien por el testador, o bien por terceras personas:

- si es por el testador: parece habrá de estarse a lo prevenido en la voluntad testamentaria (arg. art. 675 C.c.).
- si es por terceros: no parece posible y rige el artículo 670.1.º y 2.º C.c., *con la excepción* del **artículo 71** CDC.BAL. 1990 para las Pitiusas, a cuyo comentario remito.

B. Elemento objetivo.

Indicada previamente la distinción que nos presenta la doctrina italiana reciente (CRISCUOLI) entre el testamento como acto y el testamento como documento, cabe aquí también aludir a la conveniente distinción —dentro del **ámbito objetivo** referido al testamento— entre el *aspecto formal* y el *aspecto material* del objeto del testamento. A esta distinción dedico las ideas que siguen:

a) *Aspecto formal.*

El aspecto *formal* es equivalente a lo que se suele denominar **estructura** del testamento. Es bien conocida la conexión y/o articulación íntima entre *estructura* y *contenido*, tanto en nuestro tema como en otros institutos jurídicos. Este **perfil estructural** del testamento tiene, a mi parecer, las *notas* de:

- Radical historicidad.
- Adaptabilidad a las circunstancias económico-sociales de cada momento y lugar.
- Dependencia de la formación técnico-jurídica del *redactor* (en la mayoría de los casos, presumiblemente un notario).
- Variabilidad permanente.
- Flexibilidad en sintonía con las ideas y creencias del testador.

(34) V. MURGA GENER, J. L., “El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho Romano Postclásico y Justiniano”, artículo en *AHDE*, Madrid, 1965, pp. 357-419, y en especial pp. 370 y ss.; 382 y ss. y 398 y ss.: v. allí las notas 79 (ULP. Reg. 22.6) y 124.

- .. Plasmación documental notarial (casi en el 100 por 100 de los testadores).
- .. Articulación excepcional, en supuestos muy concretos de otorgamiento en peligro inminente de muerte, de otorgamiento ante testigos.
- .. Laicización progresiva.

En un estudio de *la evolución documental del testamento notarial en las Pitiusas* –pendiente de efectuar, según se indicó precedentemente– cabría ver el fenómeno social de la desvinculación de la voluntad de los testadores respecto de las creencias religiosas (v. *los formularios* incorporados al ANEXO), en conexión con el predominio del laicismo y del peso creciente de los intereses económicos en la mente del testador de hoy. Tema abierto y de debate, que queda aquí apuntado.

En la estructura *tradicional* cabe detectar:

- .. La invocación a la Divinidad (Dios, Jesucristo, la Virgen María, etcétera).
- .. La manifestación de libre voluntad y de hallarse el testador en su sano juicio.
- .. La disposición en orden al entierro, funeral y sufragios, y las mandas o legados *pietatis causa*.
- .. La institución de heredero/herederos: con preferencia de los varones casi siempre.
- .. La disposición del usufructo universal a favor del cónyuge supérstite, subordinada a la condición de no contraer *otro* matrimonio (en el decir de la isla, “mentres mantinga el nom”).
- .. La referencia al pago de las legítimas a los hermanos no llamados como herederos.
- .. La disposición especial de atribuir un derecho de habitación a favor de la hija soltera, que permanezca en la casa familiar en convivencia con el “hereu” y mientras no contraiga matrimonio.

En la estructura *moderna* es dable observar:

- .. La desaparición de las invocaciones a la Divinidad y de las creencias religiosas.
- .. La incipiente aparición de determinadas intenciones o deseos del testador en supuestos de encontrarse enfermo de gravedad (v. *gr.*, el ahora llamado “testamento vital”).
- .. La consolidación del llamamiento a uno o varios hijos a título universal o de herencia (institución de heredero/s, única o múltiple).
- .. La previsión complementaria –a menudo y casi siempre, por su-

gerencia del notario autorizante— de ordenar la sustitución vulgar, tanto en la institución de herederos como en los legados.

.. La previsión complementaria —en idénticas circunstancias— en orden al derecho de acrecer, caso de que procediere (de no darse la sustitución vulgar).

.. La reiteración de la praxis inmemorial de la atribución del usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente: incondicionadamente.

.. La disposición en orden a las legítimas, bien con atribuciones patrimoniales directas, bien con atribución meramente *formal* (“lo que por legítima le corresponda según ley”), bien por vía de “señalamiento” o “asignación” de bienes concretos en pago de legítima.

.. El incremento de los actos *cuasiparticionales*, de atribución de bienes concretos a cada uno de los herederos nombrados (“a cuenta y en pago de su haber”).

b) Aspecto material.

El aspecto material viene a ser equivalente a lo que suele conocerse por **contenido** del testamento. Anteriormente he aludido a la *interconexión* entre estructura y contenido del testamento.

A este perfil del **contenido** del testamento cabría aplicar todas las *notas* predicables del aspecto estructural, sin ninguna variación.

Del *contenido* del testamento suelen ocuparse los autores desde distintos puntos de vista, sobre todo por la influencia de la doctrina italiana (GIAMPICCOLO).

Así, cabe hablar: o bien de contenido típico y atípico, o bien de disposiciones principales y complementarias, o bien del objeto de la disposición y del objeto de la institución. Una breve referencia a estas distinciones puede aquí efectuarse, como sigue:

1) Posición de J. B. JORDANO BAREA (Distinción entre contenido típico y atípico).

En un interesante estudio sobre el testamento efectuado tiempo atrás por J. B. JORDANO BAREA (35), distinguió el ilustre profesor entre:

— *Disposiciones testamentarias normales (TÍPICAS)*: bien patrimoniales (institución de heredero, legado), bien no patrimoniales o accesorias (ar-

(35) V. JORDANO BAREA, J. B., “Teoría general del testamento”, en el LIBRO-HOMENAJE al profesor SERRANO titulado *Estudios de Derecho público y privado ofrecido al Prof. Dr. Ignacio Serrano y Serrano*, tomo I, Valladolid, 1965, pp. 431 y ss.

títulos 162, 738, 739, 749.2, 790 y ss., 820-2º.2, 873, 891 *in fine*, 892 y ss., 1036, 1051, 1056, 1057, etc.).

— *Declaraciones testamentarias “anómalas” (ATÍPICAS)*: Dentro de este apartado distinguía JORDANO BAREA entre las *declaraciones* previstas por la ley (TÍPICAS) y las no previstas por la ley (ATÍPICAS), en este sentido:

.. TÍPICAS (“ex lege”): artículos 45-3.º; 204-1.º; 206 y ss., 294; 298; 260-2.º; 264-1.º, 268 y 269-2.º; 276; 757; 902-1.º; etc.

.. ATÍPICAS (*numerus apertus*). Sobre estos temas:

- Correspondencia, epistolario y memorias.
- Derechos de autor.
- Publicación, reproducción y comercialización de fotos o retratos del causante.
- Acto constitutivo de una Fundación.
- Revocación del beneficio dispuesto en un contrato a favor de tercero.
- Designación de un tercero como beneficiario de un contrato de seguro de vida, o de la persona que será parte contractual en la cláusula predispuesta “*ad hoc*” en un contrato “con persona a designar”.
- Declaración de ejercicio de la facultad de elección, en el supuesto de obligaciones alternativas y facultativas.
- Reconocimiento de deuda.
- Determinación arbitratoria.
- Constitución de un edificio en propiedad horizontal.
- Creación de empresa mercantil.

No incluyó entonces J. B. JORDANO BAREA entre las que denominó “declaraciones testamentarias”, sino que formó *un tercer grupo*, denominado “**meros actos jurídicos mortis causa**”, los siguientes actos:

- Manifestación de la “voluntad” de legitimar a un hijo natural (art. 126 C.c. en la redacción *anterior* a 1981).
- Reconocimiento de filiación natural (arts. 131 y 741 C.c., redacción *anterior* a 1981), bien en testamento ológrafo, bien en testamento cerrado.
- Declaraciones de ciencia acerca de:
 - .. La pertenencia a otro de la cosa legada (art. 861 C.c.).
 - .. El embarazo de su mujer antes de casarse (art. 184 RRC, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (BOE 296, de 11 de diciembre)).

- Confesión de deuda o de dote.
- Declaración de un acto ilícito (el denominado por el autor citado como un legado “infamante”).

2) *Posición de la doctrina española moderna.*

Recojo en este lugar las reflexiones de los autores españoles en el tema del *contenido* del testamento, como sigue:

- M. ALBALADEJO GARCÍA:

“CONTENIDO DEL TESTAMENTO

Lo que cabe establecer en el testamento.— Se vio que el testamento, aunque el Código lo define como acto por el que se dispone *de bienes* para después de la muerte, puede consistir también en un acto en el que, guardando la forma legal testamentaria, se realicen otro tipo de disposiciones, e incluso contenga sólo de éstas. Así, pues, cabe hablar de dos contenidos posibles: uno que se puede llamar *típico* en cuanto que es el normal y el que básicamente aspira a recoger el testamento, y que consiste en lo que el testador establece para regular el destino de sus bienes cuando muera; y otro, *atípico*, compuesto por aquel conjunto de disposiciones que caben en el testamento y que se encaminan a regular para después de la muerte cuestiones no patrimoniales, como nombrar personas para cargos tutelares, reconocer un hijo, ordenar funerales y enterramientos, etc., de las cuales la ley exige para algunas que se hagan en testamento, y otras pueden hacerse en éste o también de otros modos. Todo ello, aparte de que en el testamento no se prohíbe que se contengan otros extremos, que, sin embargo, nada obliga a incluir en él ni es el lugar más adecuado para ello (como reconocer una deuda), extremos que no deben perder su naturaleza por contenerse en el testamento, sino seguir rigiéndose por sus reglas peculiares, pero que normalmente, al incluirse en él, sólo adquieren vigor con la muerte del testador.

En conclusión, en el testamento se puede hablar de un contenido típico y de otro atípico. Aquí interesa examinar el primero; y siéndolo la disposición de bienes, voy a ver las formas en que ésta puede hacerse:

LA INSTITUCIÓN DE SUCESORES EN GENERAL

1. Institución de sucesores.— Como sabemos, el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. A la disposición por la que el testador designa heredero se le denomina institución, nombramiento o llamamiento de heredero, y también delación o institución a título universal o de herencia. A la disposición por la que se designa legatario, se le denomina simplemente «*manda*», o bien institución o nombramiento o llamamiento de legatario, y también delación o institución a título particular o de legado.

2. No es necesaria ninguna para la validez del testamento.— Ni la institución de heredero (art. 764) ni el legado son necesarios, es decir, el testa-

mento puede contenerlos o no (art. 741). Lo mismo que puede contener los dos, o bien sólo una u otro (art. 891).

3. Pueden ordenarse de cualquier forma.— Sólo es esencial que, si se hacen, se hagan en testamento. Y ambos pueden ordenarse de cualquier forma o con cualesquiera palabras; basta que efectivamente exterioricen la voluntad adecuada de nombrar un sucesor bien como heredero, bien como legatario. Y en cuanto a manera de designar a la persona, también sirven los datos que sean, aunque se omita el nombre o se padezca alguna equivocación, con tal de que pueda saberse ciertamente quién es la querida por sucesor (arts. 750, 772 y 773).

Según el artículo 750: «Toda disposición a favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta» (36)”.

• A. LUNA SERRANO:

“Contenido del testamento. En el testamento expresa el causante su voluntad en orden a lo que puede hacerse de sus bienes y —en lo regulable— de sus relaciones familiares e intereses extrapatrimoniales, luego de su fallecimiento, amén de dar normas instrumentales para el cumplimiento de aquélla. En todo caso se trata de un contenido imperativo: como dice la S. 28 noviembre 1958, las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el *decuius* al rango de normas de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia.

Aun no aceptada en España la exigencia romana de la institución de heredero, constituye ésta lo esencial de la mayor parte de los testamentos, junto con los legados y disposiciones instrumentales, el nombramiento de albaceas y el de contador-partidor. Pero el testamento puede contener otras muchas disposiciones y modalidades.

Cabe preguntarse si las disposiciones anómalas y, en particular, las plenamente extrapatrimoniales podrían constituir el único contenido de un testamento, cuestión que ha de resolverse en sentido afirmativo, si bien un testamento de este tipo sólo sería tal en un sentido formal.

La dificultad que podría oponerse a un negocio de esta clase consiste en ser el testamento, conforme al artículo 667 y a la jurisprudencia, «esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos» (S. 8 julio 1940, R. 16 noviembre 1944). Empero tal dificultad no se dirige tanto contra la validez del instrumento que contiene exclusivamente disposiciones no patrimoniales para después de la muerte, cuanto contra su calificación como *testamento en sentido material*: con este alcance, la objeción es aceptable, porque dado un instrumento de ese tipo, la apertura de la sucesión intestada procede, no al amparo del apartado 2.º del artículo 912 C.c. (el cual se refiere, según su sentido gramatical y lógico, a aquellos casos en que, habiendo disposición de bienes, o no tiene lugar dicha disposición por título de heredero, o no abarca la totalidad de aquéllos), sino por aplicación analógica del apartado 1.º, o bien aplicación expresa cuando se trata de la mera revocación de un testamento anterior.

(36) V. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., pp. 236-237.

No hay inconveniente en admitir, pues, que las disposiciones no patrimoniales pueden ser establecidas en *la forma* prevenida para los testamentos, y ello independientemente de si el instrumento contiene o no otras disposiciones patrimoniales, puesto que cuando la ley permite otorgar aquéllas en testamento —y a veces veda hacerlo en otro tipo de negocio—, lo que requiere es la forma testamentaria, y no la disposición de bienes; por otra parte sería injusto subordinar la validez de las determinaciones no patrimoniales a la exigencia de un pequeño legado. Por ello, la definición del artículo 667, si en sí no es inexacta, debe entenderse referida al testamento en sentido material, al cual deber ser referida también, correlativamente, la eficacia revocatoria del testamento posterior (art. 739)” (37).

• F. CAPILLA RONCERO:

“Cabe, de esta forma, distinguir entre un contenido típico del testamento, que consiste en la disposición patrimonial *mortis causa*, y un contenido atípico, consistente en cualesquiera otros actos, manifestaciones, etc., que en la forma testamentaria se contengan.

Desde el punto de vista del contenido, pues, cabe distinguir un contenido típico, del que parte el C.c. en su regulación. Así, contenido prototípico del testamento es la institución de heredero y legado, como modalidades de disposición patrimonial, a que se refiere el artículo 668; también la carga modal. En relación a la institución de heredero, en el C.c. es contenido típico y posible del testamento; no contenido obligatorio del mismo (art. 764), como sin embargo sucedía en Derecho romano y sucede en algún ordenamiento foral, como es el caso de Cataluña (art. 136 CSC). Junto a estas disposiciones atributivas, es también contenido típico, de acuerdo con JORDANO BAREA, el conjunto de disposiciones instrumentales o accesorias, como pueden ser la designación de albacea, o de contador-partidor, disposiciones sobre colación o partición, la revocación de testamentos anteriores, etc.

El contenido atípico o anómalo puede extenderse al ámbito patrimonial y al extrapatrimonial. Ejemplos de lo segundo, recogidos por la ley, pueden ser la rehabilitación del indigno, reconocimiento de hijos, etc. También se pueden contener en el testamento actos anómalos o atípicos, dotados de eficacia patrimonial, cuyo ejemplo más normal es el caso del reconocimiento de deuda (*vid.* entre otras, SS 11 abril 1916, 12 marzo 1958 ó 6 junio 1986).

En la jurisprudencia se mantiene habitualmente una noción sustancial de testamento, siendo emblemática en este sentido la S. 8 julio 1940, según la cual «el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte». Si bien no faltan tampoco sentencias que pueden dar pie para mantener la noción formalista del testamento (*vid.*, entre otras, la S. 9 noviembre 1983). La S. 9 noviembre 1982 señala que «si en sentido material no constituye verdadero testamento el que se contrae a disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz».

(37) V. LUNA SERRANO, A., *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 183-185.

De la concepción estricta de testamento derivan consecuencias tales como la de atribuir el efecto revocatorio del artículo 739 sólo al testamento que es acto de disposición de bienes, y negárselo al testamento meramente formal que carezca de disposiciones patrimoniales” (38).

• C. LASARTE ÁLVAREZ:

“Contenido del testamento

Aunque en nuestro sistema normativo no es imperativa la existencia de institución de heredero, generalmente (y pese a las críticas formuladas al respecto al art. 667) la mayor parte de los testamentos otorgados suelen referirse a las atribuciones patrimoniales realizadas por el causante para cuando fallezca. Así lo determina, además, el carácter formal y solemne del testamento, que comúnmente se utiliza en sentido propio.

No obstante ello, también suelen contener la mayor parte de los testamentos declaraciones privadas de sustrato patrimonial, como las referidas a la confesión religiosa o a las exequias del testador o, como bien sabemos ya, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial (art. 120.1.º del C.c.).

Tanto unas cuanto otras manifestaciones deben tener sentido imperativo, ordenando el testador su cumplimiento, pues los meros ruegos, recuerdos o rememoraciones, aunque naturalmente formaran parte del documento testamentario, no pueden considerarse disposiciones testamentarias propiamente dichas de obligado acatamiento” (39).

• X. O’CALLAGHAN MUÑOZ:

“CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO

Si bien el testamento es –como se ha dicho en temas anteriores– el negocio jurídico por el que una persona ordena el destino de su patrimonio para después de su muerte, nada impide no sólo que el testamento contenga además disposiciones no patrimoniales, sino incluso que sólo tenga un contenido no patrimonial.

En este sentido se distingue un contenido típico y un contenido atípico del testamento.

El contenido *típico* es relativo al destino del patrimonio del causante. El contenido *atípico* engloba todas las disposiciones del testador de carácter no patrimonial, como puede ser la designación de tutor, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, instrucciones del propio entierro, funeral, etc.”

“LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

La disposición testamentaria, de carácter patrimonial, más importante (en algunos Derechos, como el romano y actualmente el catalán, esencial) que integra el contenido típico del testamento es la *institución de heredero*. Se puede definir, en forma sencilla, como la *disposición por la que el testa-*

(38) V. CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 99-100.

(39) V. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios...* Tomo séptimo..., op. cit., p. 77.

dor designa heredero, o también, en forma más completa, la designación que el testador hace en su testamento de la persona o personas que por título universal han de sucederle en sus bienes o derechos.

En el Derecho romano, la institución de heredero era elemento esencial del testamento, que fue introducido en España por las Partidas, pero ya el Ordenamiento de Alcalá lo eliminó como elemento esencial (que continúa como tal en el Derecho catalán), lo que sigue el Código civil, cuyo artículo 764 prevé que *el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero*; incluso cabe que se nombre heredero, pero no se le destine a él la totalidad del patrimonio; cabe también que el heredero o uno de los coherederos repudie la herencia o sea incapaz: sigue diciendo el artículo 764 que el testamento será válido aunque la institución de heredero *no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*.-...=...=

La institución de heredero se conecta necesariamente con los conceptos de sucesión universal y de herencia dados en el tema primero de este Derecho de sucesiones. En efecto, el instituido heredero es el nombrado sucesor universal *mortis causa*, que subentrará en la universalidad de las relaciones jurídicas del causante; el instituido heredero implica o se refiere a una sucesión universal, sucesión en la totalidad o parte alícuota del patrimonio del causante. El heredero, pues, es el sucesor a título universal del causante, a quien sucede en la universalidad de sus derechos y obligaciones, a diferencia del legatario, que es el sucesor a título particular, y recibe del causante la titularidad de una o varias relaciones jurídicas. Lo que caracteriza la institución de heredero es el criterio objetivo, el ser sucesor universal del causante, como se desprende de los artículos 660, segundo párrafo, del 668, 768 y del artículo 675 sobre la interpretación del testamento, que debe prevalecer la verdadera intención del testador" (40).

3) *Mi posición (Distinción entre objeto de la disposición y objeto de la institución).*

Tomando ideas prestadas de la civilística italiana reciente (CRISCUOLI) –ya aludida–, cabe proceder a esta diferenciación, que deja completo este perfil objetivo, como sigue:

.. OBJETO DE LA INSTITUCIÓN.

Alude CRISCUOLI (41) a la diferenciación entre disposiciones testamentarias *principales* y *complementarias*, distinción que, a grandes rasgos, cabría reconducir a la precedente entre contenido *típico* y *atípico*. Así, dentro de las que llama disposiciones testamentarias **principales**, incluye:

(40) V. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio...*, tomo V..., *op. cit.*, pp. 181-183.

(41) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

las disposiciones a título universal, los legados, el “*modus*”, las disposiciones fiduciarias, el término y las condiciones.

Dentro de las disposiciones testamentarias **complementarias** incluye:

— Nombramientos de executor testamentario, de “arbitrador” en un proyecto de partición, de curador.

— Exclusión del derecho de acrecer.

— Dispensa de colación, o imputación de donaciones.

— Preferencia en orden a la reducción de donaciones.

— Partición de bienes, o concreción de reglas de formación de cuotas para los herederos.

— División de fincas y constitución de servidumbres (con exclusión de la denominada “servidumbre del padre de familia”).

— Rehabilitación del indigno.

Etcétera.

El propio autor italiano (CRISCUOLI), en una conocida obra de 1980, se ocupaba de determinadas cláusulas testamentarias que denominó “las obligaciones testamentarias”. Dicha obra ha servido de referencia para que se hiciera una versión *mutatis mutandis* a un conjunto de disposiciones similares existentes en el Derecho español. Así, A. ROMÁN GARCÍA se ha referido al concepto, estructura, naturaleza jurídica y fuentes de las obligaciones testamentarias en el Código civil español. Indica como fuentes de las mismas su origen bien en la voluntad del testador, bien en la voluntad del deudor, bien en una relación *ex contractu*, bien en una relación *quasi ex contractu*, bien en una relación *ex lege*. Por lo que aquí respecta, y en cuanto a aquellas obligaciones testamentarias impuestas al heredero y derivadas de un legado de eficacia obligatoria, examina el autor citado los distintos tipos de legado, que clasifica según fueren de cosa ajena y propia de tercero, de cosa ajena pero propia del heredero gravado, de cosa propia del legatario beneficiado, de cosa gravada, de cosa genérica, derivado de un legado alternativo o de un legado de crédito o deuda o de un legado de prestaciones periódicas o de legados atípicos (A. ROMÁN GARCÍA, *Las obligaciones testamentarias en el Código civil español*, Impr. de Taravilla, Ed. Montecorvo, SA, Madrid, 1995, pp. 71 y ss., 93 y ss., 109 y ss. y 132 y ss.).

.. OBJETO DE LA DISPOSICIÓN.

Este punto se refiere a aquellos *bienes* que pueden ser objeto de la disposición testamentaria. Obviamente, pueden ser detallados o bien *específicamente*, uno por uno, o bien *genéricamente* (la dicción usual de “todos los bienes, derechos y acciones, presentes y futuros”).

Ahora bien, en esa predisposición del testador del destino *post mortem* de bienes concretos y determinados, cabe aludir con CRISCUOLI a una doble vía de *determinación*, bien directa, bien indirecta (42):

— *Determinación directa*. El bien u objeto legado ha sido “determinado” por el mismo testador, por referencia a datos objetivos insertos en el propio testamento.

En el supuesto posible de una “*falsa demonstratio*” de la voluntad real del testador, por la inexactitud de la descripción o de las indicaciones objetivas, parece deberá aplicarse *por analogía* el artículo 767 C.c., aplicable a la institución de heredero.

— *Determinación indirecta*. El bien objeto de la disposición es “determinable” cuando el testador no lo ha especificado directamente en el testamento, pero sí indica en él la “fuente externa” de referencia para asegurar el buen destino de su determinación, a cuya fuente conecta la “determinabilidad” (*objetiva*, claro) necesaria para la ejecución de lo legado. Determinabilidad *condicionada* por la normativa del C.c. en orden al respeto de los principios generales acerca de las solemnidades y requisitos de todo testamento. Determinabilidad que puede conectarse:

.. o bien por reenvío a *un dato externo* de naturaleza esencialmente objetiva (un documento, cumplimiento de una condición).

.. o bien por referencia a la decisión o arbitrio de un tercero (43).

La previsión del artículo 671 C.c. parece debe entenderse *limitada* a los supuestos en el mismo prevenidos, aunque entiendo también como *excepción* para las Pitiusas la norma del **artículo 71 CDC.BAL. 1990**, a cuyo comentario remito.

8. ELEMENTO CAUSAL.

1. *Doctrina italiana reciente*.

En la concepción de la reciente civilística italiana (CRISCUOLI), basándose en la configuración de la **causa** en el C.c. italiano (art. 1325), se entiende que la causa es un “requisito de toda figura negocial, aunque no tiene el mismo rol componente o estructural de los otros “requisitos” que

(42) Así, en CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, op. cit., pp. 415 y ss.

(43) Sobre este *punto concreto*, indispensable la consulta del volumen de Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Impr. Clarasó. Ed. de Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1957, en especial pp. 155-164; el mismo, en *Lecciones de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 227 y ss., en especial 229.

integran el contenido del negocio. Para CRISCUOLI existe una muy estrecha *relación entre el contenido y la causa de todo negocio*, ya que la causa emerge de la síntesis de todo el contenido negocial contemplado en su proyección funcional. Así, desde una óptica tal, viene a definir CRISCUOLI **la causa** como

“... el índice de funcionalidad concreta del supuesto de hecho que consiente la valoración (o la no valoración) de la misma como instrumento regulador de intereses más allá de la presión de los requisitos necesarios de licitud y moralidad por parte de cada uno de sus componentes y efectos” (44).

En la aplicación al testamento de su posición, entiende CRISCUOLI que *la causa (o funcionalidad) abstracta del testamento* viene a ser la de proceder a la regulación programática *post mortem* de una serie de relaciones patrimoniales relativas a la hacienda del testador. Es a modo de un arquetipo finalístico muy amplio y flexible capaz de cubrir las más diversas disposiciones *mortis causa* confluyentes en la unidad del programa testamentario. Por otra parte, la que denomina dicho autor *la causa (o funcionalidad) concreta* del testamento está constituida por el modo en que viene conseguida, con el acto creado, la funcionalidad abstracta. La cual, por su cuenta, debe entenderse respetada también si *el contenido del acto*, formado textualmente por varias disposiciones, se reduce a una sola de ellas porque es la única válida frente a todas las demás consideradas nulas.

Esta configuración *de tipo objetivo* de la causa del testamento es la que preconiza la doctrina favorable a la *unidad* de la causa testamentaria por parte de los autores italianos (BIANCA, BIGLIAZZI GERI, GIAMPICCOLO, PEREGO, CRISCUOLI), frente a las posiciones de otros autores italianos que sostienen *dos soluciones alternativas*, aunque bien diferentes entre sí (45).

Frente a los que piensan que *la desvinculación entre forma y sustancia* justifica la pulverización de la voluntad testamentaria en varios ne-

(44) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, op. cit., pp. 286 y ss.

(45) V. CRISCUOLI, G., *Il testamento...*, op. cit., pp. 287 y ss. Presenta el autor: *en primer lugar, la orientación nihilista* (a su vez subdividida en dos puntos de vista radicales), que entiende no cabe hablar de causa testamentaria (ALPA, BAGLIETTO, BESSONE) y que prefiere sustituir la noción de causa por la de **motivo**.— *En segundo lugar*, la orientación que cabe llamar **pluralista** (a su vez también en dos versiones distintas), que admite que en el testamento existen tantas causas cuantas son sus disposiciones (BARASSI; BETTI, BIONDI, MENGONI; etc.).

Para mayor especificación en este punto, v. las referencias bibliográficas del autor citado (op. cit., p. 289), respecto de las recientes aportaciones italianas a cargo de BESSONE, CENTELEGHE, MEARELLI y él mismo.

gocios, CRISCUOLI opina que lo verdadero es todo lo contrario: la citada desvinculación permite mantener la unidad negocial no obstante la eventual pluralidad de documentos formales. Atiende el autor citado a la norma del artículo 1.419 C.c. italiano, que viene a imponer una valoración conjunta de la voluntad negocial y testamentaria en este concreto supuesto. Por otra parte, considera el autor dicho que el testamento tiene *un esquema causal* que consiente un encuadramiento y una valoración unitaria de las muchas y varias disposiciones que puedan componerlo.

2. *Doctrina civilista española.*

En nuestro Derecho es muy expresiva la dicción del C.c., que en su **artículo 767** dispone que:

“La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiera conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.”

Remito en este punto a los comentarios de nuestros más autorizados civilistas acerca de este tema, distinguiendo el aspecto genérico y el específico en cuanto a la posible causa de designación del sucesor.

- En relación con el sentido *genérico*, sobre la *causa de los negocios jurídicos “mortis causa”*, escribió el maestro ROCA SASTRE que:

“En las disposiciones de última voluntad la causa consiste precisamente en la contemplación de la muerte del disponente, unida a su designio de favorecer (especie de *animus donandi*) a ciertas personas, o en un sentido determinado, en la distribución de los bienes que deberá dejar al morir. Este designio, intención o deseo, puede responder a los más variados motivos, pero éstos son en principio irrelevantes jurídicamente, de modo que aunque el causante los hubiera expresado en la disposición, no porque resulten inexistentes o falsos los motivos alegados decaerá o quedará ineficaz la disposición otorgada; es el criterio de la regla clásica *falsa demonstratio o falsa causa legato non nocet*, que ha recogido el artículo 767, ap. 1, del C.c. Sin embargo, cuando el motivo resultante o deducible del contenido de la disposición, haya sido la razón eficiente de éstas, de suerte que el causante no la hubiera hecho de ningún modo, o en el sentido otorgado, de haber sabido la deficiencia o frustración de tal motivo, entonces esta deficiencia o frustración provoca la ineficacia de la disposición, pues se trata de un motivo causalizado, es decir, erigido por voluntad del causante en factor determinante de la disposición de última voluntad. El citado artículo 767, ap. 1, así como el

artículo 862, ap. 1, y la expresada S. 10 febrero 1942, concuerdan con esta doctrina, sin que por consiguiente pueda afirmarse que en tal supuesto exista una condición tácita" (46).

• En relación con el sentido *específico*, acerca de la *causa de la designación del sucesor* (art. 767-párrafo 1.º C.c.): la generalidad de la doctrina entiende que el Código alude aquí a la causa *en sentido subjetivo* (causa concreta, **causa-motivo**) como **motivo determinante** de la disposición testamentaria de designación del sucesor (47).

Un excelente resumen, modernamente, en F. CAPILLA RONCERO, en los términos que siguen:

"El móvil de la designación"

El artículo 767 habla de la causa de la designación. Pero en realidad no se está refiriendo a la causa en sentido equiparable a la causa de las obligaciones y los contratos, sino a los motivos o móviles que ha impulsado al testador a disponer, de la forma en que lo haya hecho, en favor de determinadas personas. De acuerdo con ello, se trata siempre de acontecimientos, datos o circunstancias ya producidos que mueven al testador a disponer de la forma en que lo hace. No se trata, pues, de la finalidad perseguida por el testador en la disposición; en particular, no se refiere ese precepto a la finalidad de futuro perseguida por el testador con la atribución, como si se instituye a un sujeto heredero o legatario para que acometa determinado acto; semejantes supuestos entran mejor dentro de las categorías del modo (art. 797) o de la condición, que de la causa a que se refiere el artículo 767. Precepto que, por otro lado, sustenta fundamentalmente el régimen de la eficacia invalidante del error propio en el testamento (*vid. supra*, núm. 39).

El motivo o motivos determinantes de la atribución por causa de muerte es, en principio, irrelevante, y no es lo normal que se desprenda del testamento. Puede suceder, no obstante, que del propio testamento incluso se desprenda que el móvil que ha guiado al testador a disponer en favor de de-

(46) V. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Notas de adaptación* (revisión de F. BADOSA COLI) al *Derecho de Sucesiones*, de ENNECERUS-KIPP-WOLF, tomo V, volumen 1.º, Ed. Bosch, 2.ª edición, Barcelona, 1976, pp. 247 y ss., en especial p. 254.

(47) V. ALONSO PÉREZ, LACRUZ BERDEJO, ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO y la doctrina dominante.

V. sobre el tema la interesante obra de BONET CORREA, J., *Comentarios al Código civil, doctrina y jurisprudencia*, en tomo III, libro tercero (arts. 609-1.087), Ed. CIVITAS, 1.ª edición, Madrid, 1987, en especial pp. 280-281.

Un excelente estudio de exégesis sistemática y de interpretación del precepto referido, en GORDILLO CAÑAS, A., "Comentario al artículo 767.1.º C.c.", en la obra de *Comentarios...*, cit., tomo X, vol. 1.º, "Comentarios a los artículos 327 a 351 del C.c.", en su colaboración "Comentario al artículo 767-párrafo 1.º C.c.", Madrid, 1987, pp. 328-351, en especial pp. 338-343; el mismo, "Comentario al artículo 767 del C.c.", en la obra *Comentarios al Código civil* a cargo del Ministerio de Justicia, Ed. del Centro de Publicaciones de dicho ministerio, Madrid, 1991, tomo I, pp. 1881-1884.

terminada persona es su creencia de que en la misma concurren determinadas circunstancias o cualidades, o que ha realizado determinados actos, etc. Tal sucede si el testador piensa, erróneamente, que determinada persona es hija suya; o le ha socorrido en situación apurada; o le ha servido con fidelidad; o ha realizado determinado acto inmoral o ilícito, etc.

La norma del artículo 767, aparentemente, postula una regla general de irrelevancia reforzada: incluso cuando se puede averiguar que hubo error en los motivos o que éstos son ilícitos, vale la atribución, teniéndose por no puesta la expresión del móvil. Sólo excepcionalmente, cuando resulte determinante el error, tendrá relevancia y anulará la atribución; de manera que el error no determinante y el motivo ilícito se tendrían siempre no puestos, no afectando a la eficacia de la atribución realizada bajo su influjo. La opinión dominante, sin embargo, corrige notablemente esta lectura: no existiría regla general en pro de la irrelevancia, de suerte que todo error, siempre que sea determinante (como requisito de su alcance invalidante) determinará la ineficacia de la atribución. Asimismo, la causa o móvil contrarios a Derecho, incluso verdaderos, determinarán la ineficacia de la atribución, cuando también resulten determinantes, corrigiéndose así la evidente inmoralidad del artículo 767-2 (*vid.*, por todos, GORDILLO; valedor de la opinión contraria es ALBALADEJO)" (48).

D. ELEMENTO FORMAL.

Una vez más procedo en este apartado a una distinción acerca de *dos cuestiones*: una, la derivada de la forma empleada; otra, la derivada de la expresión utilizada. Distinción que paso a desarrollar seguidamente.

a) *La cuestión derivada de la forma empleada.*

• A la *forma* empleada se refiere la *Sección 3.^a* (De la forma de los testamentos) del CAPÍTULO PRIMERO (DE LOS TESTAMENTOS) del TÍTULO III (De las Sucesiones) del C.c., comprensiva de los artículos 676 a 687 C.c.: a su texto y comentario doctrinales remito en este lugar.

La *forma ordinaria* requerida por el C.c. es **la escrita**: así, en los testamentos ológrafos (art. 668) abiertos (art. 695) y cerrados (art. 706), y en los especiales –militar (arts. 716 y 718), marítimo (arts. 722 y 725) y hecho en país extranjero (arts. 732 y 735).

Una *forma excepcional* es **la oral**, prevista por el C.c. en supuestos muy concretos y detallados: para los testamentos en peligro de muerte o de epidemia (arts. 700-701-702 y 703.2 *in fine*), y para los testamentos en peligro de guerra (art. 720.1.º) o de naufragio (art. 731).

(48) V. CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pp. 156-157.

• Una cuestión interesante en cuanto a la *forma escrita* es la relativa al *medio o materia* adecuado para recibir la escritura que contiene la declaración de voluntad testamentaria. Lo usual será que la **materia** empleada —en los documentos **no notariales**— sea *el papel*, como medio idóneo y habitual para tales supuestos, aunque nada disponga el C.c. al respecto (49).

La tradición recibida de las fuentes romanas (ULPIANO, ad DIG. L. XXXVII, T. XI, L. 1, párrafo inicial) apunta a la gran libertad del testador para escoger la materia sobre la cual escribir su testamento:

“Nihil autem interest, testamentum *in tabulis*, an *in chartis* membranive, vel *in alia materia* fiat” (“Poco importa que el testamento esté escrito en tablas, en papel, en pergamino o en cualquiera otra materia”) (50).

• En cuanto a la especialísima referencia al supuesto concreto del *testamento ológrafo*, además de la remisión a la obra precitada de la Dra. TORRES (51), es interesante la curiosa relación de casos resueltos por la jurisprudencia en los que no siempre la materia empleada fue el papel (52).

b) *La cuestión derivada de la expresión utilizada.*

Parece conveniente la diferenciación entre los testamentos notariales y los no notariales.

• *Testamentos no notariales.*

Conviene prestar atención a los siguientes *supuestos*:

1. *Testamento entre cónyuges.*

Es muy útil y conveniente que cada uno de los cónyuges proceda a la declaración de sus bienes privativos y a la manifestación de su régimen económico-matrimonial, así como a la referencia de las deudas privativas o gananciales (53).

(49) En tema de *testamento ológrafo* remito a la consulta conveniente de la monografía de la profesora TORRES, T. F., *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, en especial pp. 245 y ss.

(50) Así tomado de GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Curso Histórico. Exegético del Derecho Romano comparado con el español*, Impr. de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1850, tomo primero, pp. 363-382, en especial pp. 378-379.

(51) V. TORRES, T. F., *op. cit.*, pp. 252 y ss.

(52) V. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, volumen segundo, Impr. Sucesores de Rivadeneira, SA, Ed. Tecnos, SA, 1.ª edición, Madrid, 1969, en números 338 a 392, pp. 605 y ss., 609 y ss., 618 y ss. y 621 y ss.

(53) V. fórmula y comentarios, en DÁVILA GARCÍA, J., en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, año 1962, pp. 338 y ss.

2. *Testamento recíproco.*

Alude J. DÁVILA GARCÍA a la diferencia entre esta modalidad y el testamento mancomunado: en el testamento **mancomunado** se trata de una forma de testar *en un solo* documento (*prohibido* en art. 669 C.c.; *admitido* en las Compilaciones Forales); el testamento **recíproco** (antaño, frecuente entre cónyuges y entre hermanos; *modernamente*, de mucha frecuencia entre convivientes –de uno u otro sexo– en pareja no casada) se refiere al fondo y no a la forma, dado que puede redactarse *en uno o varios documentos*, muchas veces otorgados sucesivamente y sin solución material de continuidad, copiándose en uno las disposiciones del otro para mantener la igualdad y la fidelidad que entre uno y otro se deben. Como *conclusiones* para la práctica sugiere J. DÁVILA las siguientes:

“1.^a– Si una de las disposiciones es nula o ineficaz debe serlo la otra o si un cónyuge revoca su testamento debe quedar revocado el otro. Esto infringe el artículo 794 del C.c. y es nula la disposición.

2.^a– Si el matrimonio fue nulo o se decretó el divorcio o la separación entre los esposos, o fue presentada la demanda, deben quedar caducadas sus mutuas disposiciones. Todo esto puede establecerse en el testamento.

3.^a– Si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias, aun cuando fueren nulas pierde todos los beneficios sucesorios. Es algo corriente la condición de viudedad.

4.^a– Si el cónyuge supérstite vive durante su viudez en forma deshonrosa o sin guardar la debida fidelidad a la memoria de su cónyuge o si cualquiera de ellos incurre en algunas de las causas de incapacidad o desheredación señaladas en el C.c. se extinguen sus derechos. No se usan tales prevenciones.

5.^a– Si los dos cónyuges disponen de igual forma en favor de un tercero debe preverse que la disposición es una sola, haciéndose efectiva al fallecimiento del testador o de su cónyuge. Hemos visto como útil y conveniente la siguiente fórmula: «Lego a mi hijo ... la casa. Este legado sólo tendrá efecto si no hubiere sido cumplido en la herencia de mi esposa».

6.^a– Si el testamento es mutuo sin disposiciones en favor de tercero debe preverse la sustitución para caso de fallecimiento del último de los cónyuges y evitar la sucesión intestada” (54).

3. *Testamento en peligro inminente de muerte.*

Los *requisitos* de esta modalidad de testamento los ha desarrollado con detalle nuestro TS en S. de 2 julio 1977, a cuyo estudio y comentario por los autores remito.

(54) V. DÁVILA GARCÍA, J., “El testamento recíproco (notas)”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, año 1962, pp. 875-876.

• *Testamentos notariales.*

Es muy importante el asesoramiento del notario y su especial intervención para prevenir los posibles litigios.

Genéricamente había aludido a esta prevención el notario J. DÁVILA GARCÍA, quien aconsejaba lo siguiente:

“Reglas para la redacción del testamento notarial.

La complejidad de intereses en materia hereditaria hace que, desde viejos tiempos, la interpretación de las cláusulas testamentarias sea una materia bastante frecuente y planteen muchas cuestiones judiciales. El notario, como asesor del testador, debe tener presente la conveniencia de evitar toda duda a fin de que el documento redactado sea comprendido por todos con una simple lectura de sus cláusulas, sin necesidad de recurrir a interpretaciones más o menos técnicas que siempre producen confusiones y desembocan, muchas veces, en litigios. Si la conducta del notario es antilitigiosa, nada mejor para evitar la litis que tener redactadas previamente las fórmulas más corrientes, tal como las entiende la Ley, la jurisprudencia, la doctrina y el sentir popular y corriente, apartando las dudas que pudieran perturbar a los interesados en el testamento.

Comprendemos que es difícil dar reglas, pero a pesar de todo condensamos nuestra opinión en las siguientes conclusiones:

1.^a— La fórmula debe ser lo más clara posible y claros sus términos. Como dice el TS, son expresiones claras aquéllas que por sí mismas son bastante lúcidas para ser entendidas en un único sentido, sin dar lugar a dudas, controversias, ni diversidad de interpretaciones y sin necesidad, para su comprensión, de razonamientos o demostraciones (S. 20-feb-1940). La base fundamental será la regla de «in claris non fit interpretatio».

2.^a— La fórmula ha de ser completa, llenando todas las lagunas posibles, según el grado de avance de la técnica jurídica y las necesidades de la práctica. Esto no quiere decir el empleo de fórmulas compendiosas y extensas, sino ajustadas al caso con las soluciones que pueden presentarse. Como ejemplo de ello tenemos, a diario, la representación de los «nascituri», donde suele emplearse una fórmula incompleta.

3.^a— La fórmula ha de ser íntegra, sin referencia alguna a usos, costumbres o principios jurídicos más o menos amplios.

4.^a— La fórmula ha de ser redactada en forma sistemática a fin de dar claridad y orden al conjunto de sus disposiciones. Lo meramente narrativo carece de orden y por tanto puede conducir a error” (55).

Específicamente, el mismo J. DÁVILA GARCÍA aludió en su día a la serie de *expresiones incorrectas* y a la enorme diversidad de fórmulas, que chocan contra la simplicidad exigida por la ley y abreviada incluso por la

(55) V. DÁVILA GARCÍA, J., “Reglas para la redacción del testamento notarial”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, año 1963, p. 464.

jurisprudencia. Entre esas *expresiones incorrectas* –en cuanto a la *institución de heredero*– cita las siguientes:

- En el remanente.
- En la legítima estricta.
- En los dos tercios de mejora y legítima.
- En el usufructo.
- En la nuda propiedad.
- En todos mis bienes.

Sugiere J. DÁVILA como *fórmula más simple* la misma del C.c. en su **artículo 769** (“Instituyo por mi heredero, o mis herederos, a...” (56).

Un caso **específico** de *fórmula incorrecta*, por sus diversas interpretaciones y sus gravísimas consecuencias prácticas, denunciada en su día por el notario y maestro de notarios J. DÁVILA GARCÍA, es la de:

“Nombro heredero (o legatario) en usufructo a..., y para después de mi muerte nombro nudo propietario a...”.

Sugiere la *sustitución* por esta otra fórmula más sencilla:

“Lego el usufructo universal de todos mis bienes a..., y la nuda propiedad a...” (57).

La consecuencia de posibles *errores notariales* en la redacción del testamento es la grave responsabilidad que previene el **artículo 705 C.c.**, que le impone la indemnización de daños y perjuicios en los casos de “negligencia o ignorancia inexcusables”.

8. El perfil dinámico de la institución (aspectos funcionales)

8.1. Un análisis del fenómeno sucesorio en general considerado como una unidad institucional puede ser contemplado –ha escrito L. Díez-PICAZO (58)– *desde dos perspectiva o puntos de vista*: desde el ángulo de su estructura y desde el ángulo de su funcionamiento.

(56) V. DÁVILA, J., “Institución de heredero. Expresiones incorrectas”, en *Boletín de Información...*, cit., año 1964, p. 208.

(57) V. DÁVILA, J., “La fórmula «Nombro heredero o legatario en usufructo a..., y para después de mi muerte, nombro nudo propietario a don...», no es correcta, aunque pueda presumirse que el nudo propietario adquiere un derecho desde la muerte del causante”, en *Boletín de Información...*, cit., año 1969, p. 318: y allí, interesante e importante selección de citas de Jurisprudencia sobre este punto.

(58) V. Díez-PICAZO, L., *Lecciones... T. IV. Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pp. 31 y ss.

En el **epígrafe 7** precedente hemos aludido al aspecto *estático* de la institución testamentaria, esto es, tomada como la disposición *externa* que presenta frente al mundo.

Respecto del perfil *dinámico* del testamento, éste viene a significar, en su funcionamiento, la mecánica *interna* del fenómeno sucesorio. Esta dinamicidad del fenómeno nos presenta el cómo se van desarrollando una serie de acontecimientos humanos vitales desde el momento en que un patrimonio deviene “herencia” hasta que ha llegado definitivamente a otras manos. El *funcionamiento* –o aspectos *funcionales*– del testamento viene a ser a modo de un acontecer vital y está formado por una serie de actos y de situaciones creadas o alteradas por estos actos (59).

Estos actos funcionales pueden ser examinados como *fases o momentos* del fenómeno sucesorio en general, cuya mecánica interna puede desenvolverse en estas cuatro *etapas* (momentos) (60):

- 1.^a La ordenación de la herencia y, en especial, la designación de sucesor.
- 2.^a La apertura de la sucesión.
- 3.^a La delación de la herencia.
- 4.^a La adquisición de la herencia y los efectos finales.

8.2. Se ha tratado precedentemente de *las etapas 2.^a y 3.^a* en mi comentario al **artículo 69** CDC.BAL. 1990, al que remito. De la **etapa 4.^a** no voy a tratar, dado que es materia no contemplada normativamente en la CDC.BAL. 1990, y –al menos, en cuanto a las Pitiusas– parece procedente la remisión a los preceptos respectivos del C.c. y a los comentarios de los autores especializados. Queda, por consiguiente, la reflexión acerca de la **etapa 1.^a**, en su vertiente de la ordenación *testamentaria* de la herencia y *la designación de sucesor*.

Intuitivamente es detectable cómo esa **etapa 1.^a** es atinente a la **eficacia** del fenómeno sucesorio, en general, y del testamento, en particular. Llámese a esa ordenación testamentaria determinación subjetiva de la disposición testamentaria, designación de heredero, elección o llamamiento de herecero, o –en la forma usual y clásica– **institución de heredero**, los efectos prototípicos de esa ordenación testamentaria se despliegan en las dos vertientes habituales del aspecto funcional: de un lado, la eficacia de la ordenación; de otro lado, la ineficacia de la disposición testamentaria. De donde las consideraciones que subsiguen:

(59) V. Díez-PICAZO, L., *Lecciones...*, op. cit., p. 33.

(60) V. Díez-PICAZO, L., *Lecciones...*, op. cit., p. 34.

A. Eficacia.

1. La eficacia del testamento, como todo negocio jurídico, deriva de ser una declaración de voluntad *post mortem* destinada a la trayectoria futura del patrimonio del causante.

Ese es el primer relieve *funcional* a destacar: por el evento de la muerte, **el testador** (disponente *ante mortem*) ha devenido en el **causante** o “*de cuius*” de una sucesión, aquí testada.

El segundo relieve apunta a que, en función de la posición adoptada por cada autor, según se atienda o no a la configuración de una “causa” en el testamento, habrá o no que analizar si la funcionalidad abstracta o la funcionalidad concreta del testamento se han cumplido o no y su posible armonización (61). Desde mi punto de vista, será tema específico de *interpretación* de la real voluntad del testador: al **epígrafe 10** de este comentario remito en este lugar.

El tercer relieve se refiere a la incidencia de la aparición “*ad extra*” en el mundo jurídico de *la disposición testamentaria*. Damos por presupuesto necesario que tal disposición es válida y no impugnabile por vicios de la voluntad. Así sentada la base de partida, la incidencia se proyecta en *varios aspectos o puntos esenciales*:

- 1.º La determinación (o configuración) del estatuto de “heredero”, como sucesor o continuador en el patrimonio del causante testador.
- 2.º La repercusión respecto de los testamentos anteriores o posteriores del ordenante testador.
- 3.º La repercusión respecto de los pactos sucesorios anteriores o posteriores del ordenante-instituyente (heredante).
- 4.º La repercusión respecto de la preterición de un legitimario.

El cuarto relieve –relacionado con esos *varios aspectos funcionales*– es el de que en este lugar procede el análisis del 1.º (en conexión **con el párrafo 1.º** del art. 70 aquí comentado) y de los 2.º y 3.º (en conexión con el **párrafo 2.º** del art. 70, y concordantes CDC.BAL. de 1990). El **punto 4.º**, relativo a la preterición, es objeto por mi parte de la adecuada remisión al *artículo 814 C.c.* y comentarios de la doctrina al respecto.

El quinto relieve apunta a que *esos aspectos 2.º y 3.º* aluden a supuestos implícitos en el tema global de la **ineficacia** del testamento, a donde remito luego.

(61) V. CRISCUOLI, G., *op. cit.*, pp. 286 y ss.

2. Queda, por consiguiente, por analizar en este lugar el *aspecto 1.º*, referente a la determinación del estatuto sucesorio de “heredero”.

No cabe aquí, por exigencia lógica, la distinción entre *posición jurídica* del disponente-testador y de beneficiario llamado, por la obvia consideración de que el primero ya ha desaparecido y devino en un “causante”. En consecuencia, sólo cabe aludir en esquema a *la configuración jurídica de la persona del heredero/herederos* designados por el testador aquí causante.

Desarrollo en este lugar aquel que he denominado *aspecto 1.º*, esto es, la determinación testamentaria del llamado como heredero.

1.º La determinación testamentaria del llamado como “heredero”.

La individualización del llamado testamentariamente como “heredero” o “herederos” puede llevarse a efecto de varias *maneras*, a las que me he referido en páginas anteriores al examinar **el elemento subjetivo** desde la perspectiva *estática* del testamento, a donde aquí remito.

Esa que he denominado “determinación subjetiva” del sucesor –aquí, ya “heredero”– es conocida entre los autores con nombres diversos, pero el más utilizado y mayoritario es el de “designación del heredero” (o “designación del sucesor” o “designación del favorecido”) (62).

Al origen o *autoría* de una tal designación, esto es, al *testador*, me referí anteriormente desde el punto de vista o perfil **estático** del testamento.

Al *acto* de designación, como el acto prototípico del *contenido* del testamento, me referí al aludir en dicho **epígrafe 7** al *elemento objetivo*, bajo el aspecto material. El que la designación del heredero (sucesor) es punto relacionado con el contenido de la disposición parece tema concorde en la doctrina española (63).

A las *formas* de designación me referí en el **epígrafe 7** al aludir al *elemento subjetivo*, en cuanto a la figura del sucesor o llamado. Una descripción resumida y exacta, referida a las modalidades de institución (de cierta indeterminación –en favor del alma, de los pobres, de parientes–, condicional, a término, modal), puede verse en la obra de F. CAPILLA RONCERO, a la que aquí remito (64).

(62) V. por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1961, **epígrafe IV** (La designación del heredero), parágrafos 15 y ss., pp. 75-84.

En el derecho moderno, v. CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de Sucesiones, op. cit., Lección 7.ª* [El contenido del testamento (1). La designación del favorecido], parágrafos 17 a 19, pp. 153 y ss.

(63) V. por todas las obras citadas en nota precedente de LACRUZ BERDEJO, J. L. y CAPILLA RONCERO, F., *op. et loc.*, cit.

(64) V. CAPILLA RONCERO, F., *op. cit.*, pp. 159 y ss.

A la *eficacia* de la designación se refiere genéricamente la doctrina al poner en relación el llamamiento como heredero con *la sucesión a título universal*. Tema polémico y debatido desde antiguo por nuestros mejores tratadistas y maestros, remito aquí a las obras indicadas en el apartado inicial de **bibliografía** de este volumen en los que llamo “sectores normativos” **números 9 y 10**, y, en especial, a las obras de LACRUZ BERDEJO, NÚÑEZ LAGOS, VALLET DE GOYTISOLO, etc. Lo cual supone la remisión a los artículos 668, 660 y concordantes C.c. y a la doctrina que los comenta e interpreta.

- *Los supuestos previsibles en que pueda encontrarse el designado (o llamado) por el testador.*

Aquí tan sólo cabe una escueta referencia a una posible *situación fáctica* del designado (o llamado), pero que inevitablemente acarreará consecuencias jurídicas.

El repertorio puede ampliarse, en función de la perspectiva personal de cada autor, y —en cuanto a las Pitiusas se refiere— debe ponerse en relación con la normativa del C.c. (arg. **art. 70, párrafo 1.º, inciso inicial**), a la que en este lugar, caso por caso, remito ahora.

Las *situaciones fácticas* posibles, en mi opinión, parecen ser:

1.^a *Inexistencia del llamado:*

- *Por premoriencia al testador.* Requisito **previo** de eficacia del llamamiento testamentario es que el llamado como sucesor **sobreviva al causante**, de manera que si le premuere será necesario un nuevo llamamiento (bien testamentario, bien legal). Los mecanismos propios para suplir esa *premoriencia* suelen ser en nuestro C.c. los clásicos de la sucesión testada:

- La sustitución vulgar (art. 774).

- El acrecimiento, caso de vocación solidaria (art. 982.2.º).

- El llamamiento intestado (art. 912.3.º).

- *Por desconocimiento total del mismo.* Viene a ser el prototipo de la *incerteza total*, que determina la nulidad de la institución o llamamiento (arg. art. 750).

2.^a *Desaparición del llamado:* Aplicables los artículos 181 y ss. del C.c. en cuanto a la declaración de ausencia y, **respecto de la sucesión testada a la que hubiere sido llamado**, se aplicarán en especial los artículos 190 a 192 C.c.

3.^a *Desconocimiento del llamado:*

— Por indeterminación del llamamiento: remito a lo dicho más arriba.

— Por ignorancia o desconocimiento involuntario del designado:

- posibilidad difícil: en los supuestos de testamentos *notariales*;
- posibilidad fácil: en los casos de testamentos *ológrafos*, por los riesgos derivados del depósito del mismo, de manera que habrá que estar a lo prevenido en artículo 690 C.c. y concordantes.

4.^a *Falta de delación concreta por vocación con designación abstracta de heredero.*

Es la típica situación de herencia yacente, de un patrimonio (del causante) con falta de titular, por *motivos* varios, fundamentalmente porque la declaración de voluntad del testador (VOCACIÓN TESTADA) no ha podido llegar a cumplirse o concretarse en determinados llamamientos o designaciones de heredero, v. gr.:

— Heredero bajo condición suspensiva en tanto no se ha cumplido la condición.

— Heredero “*nasciturus*”.

— Heredero persona jurídica todavía pendiente de constitución (v. gr., Fundación).

5.^a *Conocimiento por el heredero designado de su vocación* (testada). A su vez, con distintas posibilidades a enmarcar dentro de esta situación *en función* del tipo de “conocimiento” que tuviere el designado heredero, v. gr.:

- Que sea un conocimiento *dubitativo*: lo lógico es dejar al llamado un cierto tiempo de reflexión para que a su prudente arbitrio decida si quiere o no ser heredero. Es el viejo “*spatium deliberandi*” o “derecho de deliberar”, hoy recogido en los artículos 1.010 y 1.014 y ss. C.c., a cuyo texto y comentario aquí remito (65).

- Que sea un conocimiento manifestado *tácitamente*: los típicos “*facta concludentia*” del designado heredero que implican una aceptación *tácita* de la herencia. Se aplicará el artículo 1.000 C.c., a cuyo texto y comentario remito.

(65) V. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Notas al Derecho de Sucesiones*, de KIPP, T., *op. cit.*, t. V, vol. 2.º, p. 22 (v. también la importante monografía del profesor Dr. FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *El derecho de deliberar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, en especial pp. 51 y ss., 89 y ss. y 123 y ss.).

- Que sea un conocimiento manifestado en forma *expresa*: bien en sentido *negativo* (REPUDIACIÓN), o bien en sentido *positivo* (ACEPTACIÓN). Remito a los artículos 988 y ss. C.c.

6.^a *Manifestación expresa (prototípica declaración de voluntad) del designado como heredero, mediante la aceptación:*

— Si es heredero *único*: le basta el título (TESTAMENTO) para que se produzca el subingresso (sucesión) en la posición jurídica del causante-testador, con la atribución de todo un haz de derechos, poderes, facultades y responsabilidad por deudas. Remito a los artículos 998 y ss. C.c.

— Si hay *pluralidad* de herederos designados: se produce una situación prototípica, la denominada “herencia indivisa” o “comunidad hereditaria” (*incidental*, por su origen), situación no contemplada *nomi-natim* por el C.c. y que ha originado apasionados debates entre los autores y una amplia literatura jurídica. Remito aquí a los tratados y manuales pertinentes.

A esta situación de comunidad le son aplicables los preceptos contenidos en la regulación dada por el C.c. a la **comunidad de bienes**, esto es, artículos 392 a 406 C.c., a cuyo texto y comentario remito.

La salida normal o natural a esta situación de “proindiviso” hereditario es la de proceder a la adjudicación de los bienes hereditarios entre los designados herederos, a través de la **partición** de la herencia y formación de los lotes (*hijuelas*) de cada coheredero. Aplicables en esta materia los artículos 1.051 a 1.087 C.c., a cuyo texto y comentarios remito.

- *Especialidades en materia de Derecho Agrario.*

• Una presentación *diacrónica* de años atrás fundamentaba la legitimidad del Derecho foral de las Pitiusas en la conservación del patrimonio familiar *agrícola*, y a ello me había referido recientemente en otros lugares (66).

En el momento actual, con el conocido y reiterado movimiento económico-social generalizado del abandono de la agricultura y el paso de la población rural al sector servicios, parece un tanto intrascendente el aludir a este tema aquí y ahora. Ello no obstante, dadas las modernísimas repercusiones actuales de la materia por la obvia consideración de *la es-*

(66) Así, en mi libro *Derecho de Ibiza...*, op. cit., epígrafe III.C., pp. 491 y ss. y 499 y ss.

trecha interconexión entre el medio ambiente y el sector agrario apuntada por J. F. DELGADO DE MIGUEL (67), parece que la problemática agrícola secular apunta a la visión de **una nueva función del agricultor** a modo de “conservador” o “guardador” de la naturaleza que le rodea, cuya actividad –tarea de siempre– se concreta y manifiesta en el mantenimiento y conservación de tierras, montes, “feixas”, paredes, etc.

• Desde un punto de vista *genérico* y abstracto, se plantea la necesidad de un **“Derecho Sucesorio Agrario”** que pueda garantizar la indivisibilidad y la permanencia de la explotación agraria tradicional. En tal sentido, el profesor J. A. OREJAS plantea la posibilidad de aplicación de **la sucesión testada** a una explotación agraria, distinguiendo *tres sistemas* (68):

— *En el C.c.*

El mantenimiento indiviso de una explotación a través de la adjudicación íntegra a un solo heredero puede articularse a través de varios mecanismos, contemplados en los preceptos que siguen: artículo 820-3.º; artículo 829; artículo 831; artículo 882; artículo 1.056-2.º; artículo 1.062; artículo 1.406-2.º

— *En las Compilaciones Forales.*

La articulación, dice el autor precitado, se efectúa a través de dos *modalidades* de testamento: el testamento mancomunado y el testamento por comisario.

Tras la alusión del autor a los distintos supuestos contemplados en cada Compilación, indica para las BALEARES: los artículos 18 y ss. (heredero distribuidor) en MALLORCA-MENORCA, y los artículos 68 (usufructo universal capitular) y 71 (fiducia sucesoria) para IBIZA-FORMENTERA. Aquí remito a mis pertinentes comentarios a cada uno de estos preceptos referidos.

— *En la Ley 49/1981, de 24 diciembre 1981, del Estatuto de las Explotaciones Familiares Agrarias y de los agricultores jóvenes.*

Dicha ley introduce *dos tipos* de testamentos desconocidos en la práctica jurídica castellana actual: el testamento mancomunado y el testamento por comisario.

(67) V. DELGADO DE MIGUEL, J. F., *Derecho Agrario ambiental*, Ed. Aranzadi, 1991, en esp. pp. 204 y ss.

(68) V. OREJAS, J. A., “La sucesión testada en el Derecho Agrario”, artículo en la revista *Derecho Agrario y Alimentario*, n.º 25, julio-diciembre 1994, pp. 44-52.

Remito aquí a los numerosos comentarios a la misma aparecidos en estos últimos años: por la obvia consideración de que la ley dicha aparece *expresamente derogada* por otra posterior (que luego se cita) (69).

• Desde un punto de vista *específico*, de la praxis **notarial** diaria, se alude a una modalidad específicamente **agraria** de testamento (**el Testamento del agricultor**) por A. BALLARÍN MARCIAL (70). En este interesante trabajo el ilustre notario alude a las posibles y diversas formas de ordenación testamentaria y atribución de **elementos** del patrimonio agrícola, que concreta en los siguientes *supuestos*:

1. Designación de sucesor en el arrendamiento de fincas rústicas (art. 79 Ley de Arrendamientos Rústicos).
2. Atribución al hijo ganadero que vaya a continuar en la explotación de la *cuota láctea* o “cantidades de referencia” en la finca X...
3. Idéntica atribución, respecto de las *cuotas remolacheras*, en la finca X...
4. Idéntica atribución, respecto de las *cuotas de tabaco* o del *tomate*, etc.
5. Atribución de subvenciones.
6. Atribución de un salario diferido (práctica de origen *francés*, que viene a significar un *crédito* del hijo contra su padre por haberle ayudado, durante largos años muchas veces, sin haber cobrado por ello retribución alguna).
7. Atribución del conjunto patrimonial denominado “explotación agraria familiar” (EFA).

2.º Incidencia del testamento respecto de otros testamentos anteriores y posteriores del causante.

• En este punto es aplicable *genéricamente* la normativa del C.c. –**arts. 737 y 739**–, a cuyo texto y comentarios respectivos remito. Es tema clásico de INEFICACIA del testamento.

(69) Más recientemente, reviste gran importancia la nueva legislación en esta materia contenida en la LEY 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (BOE, n.º 159, de 5 de julio); en su **Disposición denegatoria única** ordena la derogación de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, así como de varios Títulos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero.

(70) V. BALLARÍN MARCIAL, A., “El testamento del agricultor”, artículo para la revista *Gazeta de los Notarios*, n.º 97, junio-julio 1998, pp. 15-16.

- *Específicamente*, cabe decir en este lugar que:

— Respecto de los testamentos *anteriores*: aplicable en su integridad la normativa precitada del C.c. (arg. **art. 70, párrafo 1.º, inciso inicial**), por la **remisión amplia (en la suposición y en la consecuencia)** allí prevenida en la reforma de la CDC.BAL. de 1990.

— Respecto de los testamentos *posteriores*: la misma aplicabilidad precitada, con la *matización* que previene el **artículo 70, párrafo 2.º**, CDC.BAL. 1990 en orden a los “pactos sucesorios”. Luego vuelvo sobre ello.

3.º Incidencia del testamento respecto de posibles “pactos sucesorios” anteriores y posteriores del causante.

• Aquí procede, *genéricamente*, una remisión doble: *de una parte* a la compatibilidad entre sucesión testada y sucesión contractual; *de otra parte* al tema de la irrevocabilidad de los pactos sucesorios. Del *primer punto* me he ocupado precedentemente, en mi comentario al **artículo 69**, al que aquí remito. Del *segundo punto* me ocupo más adelante en mi comentario al **artículo 74**, al que también aquí remito (las referencias son a *mi libro* precitado en la nota-asterisco inicial de este trabajo).

- *Específicamente*, cabe decir aquí:

— Respecto de los pactos sucesorios *anteriores*: parece un supuesto solamente posible en las hipótesis prevenidas **en el artículo 75**, dado que la posible *eficacia parcial* de ese testamento posterior al heredamiento **sin** transmisión de bienes estará **condicionada** a que el instituyente/heredante se hubiere **reservado** expresamente las *facultades* o bien de testar o bien de excluir bienes determinados del heredamiento.

— Respecto de los pactos sucesorios *posteriores*: parece obvia la consideración elemental de la revocación *total* (arg. arts. 70, párrafo 2.º, y 74) del testamento.

B. Ineficacia.

1. *En general*. En esta temática suele diferenciarse entre los supuestos *genéricos* y *específicos* de ineficacia del testamento. A ello ha dedicado nuestra doctrina autorizadas consideraciones. En este lugar, procedo a una selección personal recogiendo las *reflexiones* del profesor L. DÍEZ-PICAZO, en el sentido siguiente:

“1) *Eficacia normal de las disposiciones testamentarias.*— En el caso de eficacia normal de las disposiciones testamentarias no se plantea ningún problema. Su desarrollo es normal y sus efectos se producen tal y como se previeron. Se produce una eficacia plena de la disposición testamentaria. Ésta produce todos los efectos previstos por el testador. Lo querido por éste se desarrolla plenamente, sin ningún obstáculo.

2) *La ineficacia del testamento.*— *Sus tipos.*— El testamento en estos casos no desarrolla una eficacia normal, lleva en sí un vicio que hace que no sea válido plena o parcialmente. Es en estos casos de ineficacia cuando se plantean los verdaderos problemas.

Las causas de ineficacia pueden ser diversas, y se suelen tipificar como nulidad, revocación y caducidad. La ineficacia de la disposición testamentaria puede adoptar, pues, una de estas tres formas.

Cabe distinguir entre una ineficacia total y una ineficacia parcial.

a) *Ineficacia total:* se dará ésta cuando la ineficacia afecta a todo el testamento.

b) *Ineficacia parcial:* se dará ésta cuando la ineficacia no afecta a todo el testamento, sino a una parte dentro de él (p. ej.: la nulidad de un legado, de una sustitución fideicomisaria, etc.). En el C.c. existen normas que se refieren a esta ineficacia parcial: artículos 750, 752, 786, etc.

Pero parece que para establecer una diferencia clara entre estos tipos de ineficacia es necesario acudir a otra terminología, y así distinguiríamos entre:

a) *Ineficacia del testamento:* sería propiamente la ineficacia total. Afecta a todo el testamento, al negocio testamentario como tal.

b) *Ineficacia de disposiciones testamentarias:* sería propiamente la ineficacia parcial. Afecta a una parcela del testamento, sin extender sus efectos a todo el negocio jurídico testamentario.

3) *La nulidad del testamento.*— *Su naturaleza.*— La nulidad aparece cuando existe un defecto o vicio que se da en el otorgamiento del testamento. La nulidad es originada por el defecto o vicio que concurre en el otorgamiento del testamento. El problema se plantea respecto a si esta nulidad es absoluta o relativa. Este ha sido un problema muy debatido en la doctrina y las opiniones son diversas.=

Para deslindar nulidad y anulabilidad del testamento es necesario partir de las causas de nulidad y de las causas de anulabilidad:

Las causas generales de nulidad son las siguientes:

1) Cuando se sobrepasan los límites de la autonomía de la voluntad; pues aquí se está traspasando el interés público, de ahí la nulidad absoluta e imposibilidad de convalidación.

2) Inexistencia e imposibilidad del objeto.

3) Ilícitud causal.

4) Que no revista el negocio la forma exigida, si es un requisito “ad solemnitatem”.

Las causas generales de anulabilidad son:

1) Falta de plena capacidad de obrar (contrato del menor).

2) Existencia de vicios de la voluntad.

Es característico de la anulabilidad el que la acción sólo se concede a las personas que se quiere proteger especialmente. Su fundamento está en

la protección del interés de la persona que ha sido perjudicada. Estas causas están fundadas en el interés privado.

Por ello, cuando se den las causas de nulidad por razón de un interés público, se dará una nulidad absoluta. En los demás casos la regla debe ser la anulabilidad.

¿Qué sucede con el testamento que no es válido por adolecer de un vicio de forma? Aunque el testamento no es válido parece que los herederos pueden ejecutarlo si quieren. Y en caso de ejecutar este testamento se daría una convalidación. Pero aquí la validez parece derivar del consentimiento de los interesados (herederos y personas favorecidas con la nulidad).

4) *Los presupuestos de la nulidad testamentaria.*— Para que se dé la nulidad es necesario:

- 1) Que exista una causa de nulidad o anulabilidad.
- 2) Que ejercite la acción una persona legitimada.
- 3) Que la ejercite dentro del plazo señalado (si existe).

En cuanto a la legitimación. Hay que distinguir:

a) Legitimación activa: herederos y legatarios. Normalmente son los herederos abintestato y los instituidos en un testamento anterior. Se suele estimar unánimemente que no están legitimados los acreedores.

b) Legitimación pasiva: son las personas contra las que se dirige la impugnación (herederos o albaceas del testamento impugnado: art. 675, 2.º).

5) *Las causas de nulidad.*— Ya las hemos visto, pero vamos a recopilarlas aquí todas:

- 1) Testamento prohibido por la ley o contra las buenas costumbres.
- 2) Falta de capacidad del otorgante (menor de catorce años o de 21 si se trata de testamento ológrafo; o enajenado mental). En caso de que no haya declaración de incapacidad habría presunción de capacidad y sería un testamento anulable (art. 666).

3) Inobservancia de los requisitos de forma (arts. 687 y 715).

4) Existencia de vicios de la voluntad (art. 673).

5) Los casos en que el testador adopte una de las formas prohibidas por la ley (testamento mancomunado y por comisario).

6) *El plazo de ejercicio de la acción.*— Todo el problema viene preterminado por la admisión de los dos tipos de nulidad:

a) Si la nulidad es absoluta, la acción no prescribe.

b) Si la nulidad es relativa, al no decir nada el C.c., los autores aplican, o bien el plazo de cuatro años establecido para los contratos (cfr. art. 1301), o bien el plazo de 15 años establecido en el artículo 1964 (PUIG BRUTAU).

No obstante, parece más conforme con la naturaleza de la acción el plazo de cuatro años, comenzando su cómputo desde la muerte del testador.

7) *Consecuencias de la declaración de nulidad.*— Si se declara la nulidad habrá que ir a la sucesión abintestato, a menos que con la declaración de nulidad de este testamento quede como válido otro anterior. En el artículo 715 se establece un caso especial de conversión.

Y en los artículos 674, 705 y 715 se imponen unas sanciones para el supuesto de que llegue esta declaración de nulidad (*vide*)” (71).

(71) V. Díez-Picazo, L., *Lecciones...*, op. cit., pp. 499 y ss.

Aludido en esta transcripción efectuada precedentemente el ámbito de aplicación *genérico* de los supuestos de ineficacia, procede ahora ocuparme de los supuestos *específicos* de ineficacia del testamento.

2. *En especial: la REVOCACIÓN del testamento.*

• En el sistema *del C.c.*, el profesor DíEZ-PICAZO se refiere a este punto diciendo:

• “*La revocación del testamento.— Su naturaleza.*— El testamento es un negocio jurídico esencialmente revocable. Esto lo consagra el artículo 737. El negocio jurídico, aunque perfecto en su celebración, no vincula al testador; de ahí el adagio romano “es cambiante nuestra voluntad hasta el límite de nuestra vida”. Esta revocabilidad es esencial al testamento; por lo que una declaración del testador considerando irrevocable su declaración se considera ineficaz. Así pues, no cabe que el testador exprese su voluntad o no de revocar (art. 737, 2.º).

En el mismo orden son inválidas las cláusulas “ad cautelam” (art. 737, “in fine”), por medio de las cuales el testador se obliga a revocar por medio de ciertas palabras o ciertos signos.

Ahora bien, ¿qué es la revocación? Es la declaración de voluntad del testador por la que determina la ineficacia del anterior negocio jurídico testamentario. Esto quiere decir que expresa su voluntad de que aquello no tenga eficacia, no que no la haya tenido nunca.

• *Los requisitos de la revocación.*— El artículo 738 exige que la revocación se haga con las solemnidades para testar. El hecho de considerar la revocación como un negocio jurídico testamentario y “mortis causa” nos lleva a incluir aquí los demás requisitos de testar: y así ha de hacerse con las solemnidades de los testamentos; con capacidad de testar (la posterior incapacidad impide la revocación); cumplimiento de los demás requisitos del testamento (personalísimo: arts. 670 y ss., etc.); y por último se aplicará a la declaración de voluntad revocatoria el régimen de vicios del consentimiento.

El C.c. distingue entre una revocación expresa y una revocación tácita, y también entre una revocación total y una revocación parcial (art. 738).

Es expresa cuando el testador manifiesta expresamente su voluntad de revocar. Esto se puede hacer a través de una declaración de voluntad simplemente revocatoria o emitiéndola en otro testamento.

Es tácita cuando no resultando manifestada la voluntad revocatoria, ésta viene inducida de los actos del testador o de su conducta (art. 739). En este punto juega la llamada revocación real. Y así caben dos formas de revocación tácita: a) artículo 729: por testamento posterior. Ya vimos cómo esta regla no se puede admitir en su sentido absoluto y cabe la pluralidad de testamentos en ciertos casos; b) revocación real: bajo este nombre engloba la doctrina aquella revocación que se hace con la realización de ciertos actos que determinan la revocación del testamento: p. ej., la ruptura de los sellos en el testamento cerrado (art. 742, 1).

Fuera de estos signos o indicios de revocación recogidos por el C.c. no cabe otra forma de revocación tácita. Y así una voluntad revocatoria que no se haya manifestado por estos cauces es ineficaz.

En el artículo 742 se concretan los signos que permiten presumir la voluntad revocatoria. El problema, sin embargo, se puede plantear si existen medios de prueba de que no hubo voluntad revocatoria, pues cabe que aparezcan los signos sin que haya existido la voluntad revocatoria. Este problema lo resuelve el Código distinguiendo según que el testamento se encuentre en manos de una persona u otra (art. 742). En el artículo dice “domicilio”, pero hay que entenderlo como sinónimo de “en poder del testador”, aunque de hecho no se encuentren en su domicilio.

Por regla general, el que sostenga la validez del testamento habrá de probar la voluntad de no revocar, o que se hizo sin la voluntad o conocimiento del testador. Pero en estos casos hay que probar la autenticidad (art. 742, 2.º).

Si está en poder de otra persona –párrafo 3.º–, no hay presunción de voluntad revocatoria y el que la alega tendrá que probarla.

.-...=...=

• *Los efectos de la revocación.*– La revocación produce en primer lugar la ineficacia del testamento revocado, la cual puede ser total o parcial. Ahora bien, esto se complica a la vista de lo que dispone el artículo 741, y así no se produce la revocación de ciertas cláusulas confesorias. ¿Por qué? Aquí juega el artículo 741: el reconocimiento de un hijo ilegítimo conserva su eficacia no obstante su revocación. Ahora bien, ¿sucede lo mismo con los demás actos de reconocimiento? (p. ej.: reconocimiento de deuda). Parece que del artículo 741 se desprende la eficacia para sólo ese caso, y los demás casos quedan ineficaces también. Ahora bien, esto no prejuzga el que pueda ser utilizado, en su día, este testamento como medio de prueba, ya que su ineficacia se produce tan sólo en materia testamentaria.

El efecto de la revocación se produce incluso, según el artículo 740, cuando el testamento revocatorio no llegue a ser eficaz. Aquí la regla tiene un alcance más general de lo que expresa el artículo: no se produce una resurrección del testamento anterior revocado, a menos que el testador lo declare de una manera expresa (art. 739, 2.º).

Además, entendida la revocación como un negocio jurídico, ella misma puede ser inválida (incapacidad, vicios, etc.). En tales casos no valdría la voluntad revocatoria y quedaría eficaz el testamento anterior.

• *La caducidad del testamento.*– Se engloban bajo esta idea aquellos casos en que el C.c. declara que los testamentos devienen ineficaces por incumplimiento, dentro de determinado tiempo expresado en la ley, de determinados requisitos (art. 743).

Los supuestos son muy pocos y sólo cabe enumerarlos:

- 1) En el testamento ológrafo, el art. 689.-...=...=
- 2) Caducidad de los testamentos otorgados en tiempos de epidemia y en evidente peligro de muerte (art. 703).-...=...=
- 3) Caducidad de los testamentos mencionados en el art. 716.-...=...=
- 4) Caducidad del testamento militar otorgado en peligro próximo de acción de guerra (art. 720).-...=...=

- 5) Los testamentos marítimos.-...=...= (art. 730).
- 6) En caso de testamento marítimo otorgado en peligro de naufragio se aplica lo dispuesto para el artículo 720 (art. 731)" (72).

• En el sistema sucesorio *navarro*, se refiere a este punto B. RODRÍGUEZ-ROSADO en su comentario a la LEY 210 Fuero Nuevo de Navarra, en los términos que siguen:

"Comentario a la Ley 210:

El testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, a menos que en ellos se dispusiera que aquél subsista en todo o en parte.

Como ya se vio al tratar de la ley 208, el testamento es un acto *mortis causa* esencialmente revocable. Ahora bien, para llevar a cabo esa revocación la ley 210 establece unas formas determinadas, fuera de las cuales la voluntad revocatoria no tiene efecto alguno. La ley establece una posible revocación total a través de pacto sucesorio o testamento posterior, y una revocación parcial por medio de donación *mortis causa*, codicilo o memorias, a la que habrá que añadir, aunque la ley no la cite, la extinción del legado prevista en la ley 252. Fuera de estas formas no es posible llevar a cabo la revocación de un testamento.

Como formas de revocación total, la ley cita el testamento posterior y el pacto sucesorio, exigiendo la validez de tales actos. No tendrán fuerza revocatoria los que sean nulos o incurran en caducidad; sí, el testamento posterior perdido o destruido, siempre que se pueda probar su existencia –por ejemplo, si consta porque hay anotación en el Registro de Actos de Última Voluntad–; en tal caso, si no es posible la reconstrucción, se deberá abrir la sucesión legal. No se exige, en cambio, que la revocación de un testamento se lleve a cabo en un testamento de la misma clase, de forma que cabe la revocación de un testamento abierto por un ológrafo –siempre que el primero no sea de hermandad.

Por otro lado, para que un testamento revocado recobre su eficacia no basta la revocación del posterior, sino que se requiere que el último manifieste la voluntad favorable a la reviviscencia del primero.

El párrafo primero de la ley establece la revocación de pleno derecho del testamento por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válido, salvo que en éstos se establezca la subsistencia total o parcial del primero. Es decir, se inclina, como regla general, por el sistema de incompatibilidad testamentaria, entendiendo que, en principio y salvo que se diga otra cosa, el testamento o pacto sucesorio posterior revoca el testamento anterior.

Este sistema ha recibido una fuerte crítica en el ámbito del Derecho común, donde también rige. Se considera que el criterio de incompatibilidad resulta coherente con el sistema propio del Derecho romano, en el que los

(72) V. Díez-PICAZO, L., *op. et loc. cit.*, pp. 506 y ss.

principios de necesidad y universalidad de la institución de heredero, la regla *nemo pro parte*, y la nítida distinción entre testamento y codicilo, con carácter solamente modificativo o complementario el segundo, determinaban que la existencia de un segundo testamento revocase de propio Derecho al anterior. Pero decaídos estos principios, no tiene ya sentido mantener la regla y resulta por ello más coherente con el sistema aceptar su contraria, el principio de compatibilidad testamentaria, establecido por los Derechos alemán, francés o italiano, en virtud del cual el testamento posterior sólo revoca al anterior en lo incompatible.

.-...=...=

Por otra parte, si el artículo 739 del Código civil, al exigir que el testamento posterior exprese la voluntad de conservar el anterior, ha dado lugar a dudas y a la necesidad de una interpretación amplia que permita una confirmación expresa o tácita, esto no sucede con el párrafo primero de la ley 210 del Fuero Nuevo. Lo único que exige esta norma para que se entienda subsistente en todo o en parte el testamento anterior es que se disponga así en el testamento o pacto posterior. Pero no se requiere de ninguna forma especial para ese disponer la subsistencia: basta que del contenido del acto se pueda deducir esa voluntad.

Por tanto, en Derecho navarro no se puede hablar propiamente y fundándose en la ley 210 del Fuero Nuevo de una revocación expresa y otra tácita del testamento anterior; ni de una confirmación expresa o tácita. Existe una regla general que establece la revocación del testamento anterior por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos; pero esta regla general decae en su aplicación siempre que se dispusiera, de forma explícita o implícita, que la voluntad del disponente es que valga en todo o en parte el testamento anterior. Si el testamento o el pacto sucesorio posterior disponen, bien una conservación explícita, total o parcial, del testamento anterior, bien una revocación sólo parcial –lo cual implica una conservación también parcial–, bien una voluntad implícita de mantener el testamento anterior –como cuando su contenido sea codicilar o particional, por más que se llame testamento–, se salvará la eficacia de ese testamento anterior. En los demás casos, y a falta de posible averiguación de la voluntad del disponente, el testamento anterior se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válido.

Junto a esa forma de revocación establecida por la ley 210 del Fuero Nuevo, cabe la revocación real de ciertas formas testamentarias, por más que la Compilación no haga referencia a ella. Tendrá aplicación para el testamento cerrado de acuerdo con lo establecido por el 742 del Código civil, y, a mi parecer, compartido con otros autores, también para el testamento ológrafo cuando se produzca su ruptura por el testador unido a una inequívoca voluntad revocatoria” (73).

(73) V. RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Comentario a la LEY 210 del Fuero Nuevo de Navarra”, en la obra de *Comentarios...*, cit., en el tomo XXXVII, volumen 1.º (Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra), *op. cit.*, pp. 944 y ss.

• En el sistema sucesorio *de las Pitiusas*, dada la identidad de formulación normativa del precepto *específico* aquí comentado –**art. 70, párrafo 2.º**– con la citada LEY 210 de Navarra, parece, a mi juicio, que sobran más comentarios. Remito, por consiguiente, a las autorizadas argumentaciones de la doctrina navarra. Por otra parte, y dadas las *conexiones* antes referidas (sucesión testada-sucesión contractual), este punto parece totalmente claro y cerrado.

9. El perfil conflictual de la institución

9.1. *En general.*

Una mínima referencia al perfil *conflictual* de la sucesión testada impone la mención expresa de la pertinente **norma de conflicto** aplicable, contenida en el nuevo **artículo 9.8 C.c.** después de las reformas parciales de diversos artículos del Código introducidas por la LEY 11/1990, de 15 de octubre, de supresión de discriminaciones por razón de sexo, que seguidamente –en lo pertinente– se transcribe:

“9.8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.”

El *punto de conexión* aplicable a **los testamentos** es, por consiguiente, el de la *ley nacional del causante*. Lo que, en principio, parece claro puede complicarse y llevar a una difícil tarea de determinación (**calificación**) del supuesto de hecho en cuanto al causante *radicado* en las Pitiusas *en el momento del fallecimiento* y de hallar la ley aplicable a la sucesión testada de dicho causante.

9.2. *Posición de la doctrina internacionalista española especializada.*

Los internacionalistas suelen proceder a deslindar diversos *aspectos* en la sucesión testada, cuales son los de: la capacidad para testar, la posibilidad de testar a través de representante (testamento por comisario), la capacidad para recibir por testamento, la forma del testamento, el registro del testamento, el contenido del testamento (con la incidencia de posibles *límites* a la libertad de disponer, como las **legítimas**) y la ejecución del testamento.

Por su interés se recoge aquí la autorizada opinión de A. L. CALVO CARAVACA, como sigue:

“LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

A) *Capacidad activa y pasiva*

En los ordenamientos anglosajones, la capacidad para testar es regida por la ley sucesoria (*lex causae*), distinta para la sucesión mobiliaria de la inmobiliaria, mientras que, en los ordenamientos de corte europeo-continental, la ley aplicable a la misma es la personal del testador. En Derecho español, la ley rectora de la capacidad para testar es la determinada por la nacionalidad de la persona (art. 9, 1.º, del Código civil), solución admitida por la jurisprudencia anterior y posterior al Código civil de 1889. En caso de doble nacionalidad o de apatridia o nacionalidad indeterminada, habrá que estar a lo dispuesto por los artículos 9, 9.º, y 9, 10.º, del Código civil, respectivamente.

En el supuesto de conflicto móvil por cambio de nacionalidad, la ley aplicable a las cuestiones de capacidad es la nacional del testador *al tiempo de otorgar el testamento*, solución defendida en nuestra doctrina en base al artículo 666 del Código civil, extrapolado del tráfico interno al externo, a algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que utilizan este criterio en un supuesto de tráfico externo, en el que, sin embargo, el causante no perdió su nacionalidad después de testar o en supuestos de tráfico interno, y a la opinión autorizada del I.D.I.

.-...=...=

Desde el punto de vista de la *capacidad pasiva*, conviene indicar que:

- a) la capacidad para recibir por testamento las personas morales, única vía por la que pueden ser beneficiarias de una disposición *mortis causa* a diferencia de las personas naturales y del Estado, que pueden heredar abintestadamente, debe someterse a su ley personal (art. 9, 11.º, del Código civil);
- b) un problema particular presentan las *incapacidades relativas*, es decir, las prohibiciones de disponer por testamento en favor de determinadas personas.-...=...=

B) *Forma del testamento*

Precisamente con objeto de evitar la existencia de *testamentos claudicantes* por razones de forma, válidos en unos Estados y nulos en otros, los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de D.i. pr. elaboraron, a iniciativa británica, el *Convenio de 5 octubre 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias*.

Esta normativa convencional, en vigor para España desde el 10 junio 1988, constituye la regulación fundamental en cuestiones de forma de las disposiciones testamentarias, aplicable a todos los casos en que el testador haya fallecido después de su entrada en vigor (art. 8), y no el artículo 11 del Código civil, ya que las normas de conflicto que establece poseen eficacia *erga omnes*: deben aplicarse con independencia de toda condición de reciprocidad y aunque la nacionalidad de los interesados o la ley declarada competente no sean las de un Estado contratante (art. 6).

Pensado para los conflictos de leyes sobre forma de las disposiciones testamentarias, el Convenio no define, con carácter general, qué se entien-

de por cuestiones de forma, pero resuelve algunos problemas de calificación típicos de esta materia.-...=...=

Este Convenio está inspirado en dos principios:

a) El *principio del "favor testamenti"*. Se busca favorecer la validez formal del testamento mediante el recurso a un amplio catálogo de conexiones alternativas, que cubren el supuesto de conflicto móvil, en caso de que el testador cambie de nacionalidad, domicilio o residencia habitual después de haberlo otorgado. De tal manera que el testamento será válido si es otorgado conforme a cualquiera de las leyes *internas* –es decir, con exclusión del reenvío– siguientes: ley del *lugar de otorgamiento, nacionalidad, domicilio o residencia habitual* del testador *en el momento del otorgamiento o en el del fallecimiento* y, tratándose de bienes inmuebles, ley del *lugar de situación de los mismos* (art. 1). Cualquiera de esas leyes será aplicable también a las disposiciones por las que se revoque una disposición testamentaria anterior (art. 2).

El testamento sólo será nulo si incumple las exigencias de forma de *todas* las leyes eventualmente competentes en virtud de su artículo 1.-...=...=

b) El *principio del tratamiento uniforme de la sucesión*. El testamento será formalmente válido o nulo en todos los países, cualquiera que sea el Tribunal que conozca del mismo. Hay aquí una aplicación del principio de la *armonía internacional de soluciones*, que, desde el punto de vista práctico, como ha señalado H. BATIFFOL, es interesante, puesto que permite al testador disponer de todo su patrimonio en un solo acto.

C) *Registro del testamento*

El incremento de los testamentos otorgados en el extranjero, el hecho de que en muchos países no se exija que el testamento sea depositado ante un Tribunal, un notario u otra autoridad pública ni posean un registro central y la probabilidad, por consiguiente, de que en estas circunstancias los beneficiarios de un testamento puedan ignorar la existencia del mismo, conocerla tardíamente o tener dificultades para descubrirlo, son los factores que llevaron a los Estados miembros del Consejo de Europa a la conclusión del *Convenio de Basilea de 16 mayo 1972, relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos*, del que es parte España.

En virtud de él, los Estados se obligan a establecer un sistema de inscripción de testamentos destinado a facilitar después del fallecimiento del testador el descubrimiento de su testamento (art. 1). Para ello, cada Estado debe crear o designar uno o varios organismos, encargados de registrar las disposiciones testamentarias, así como de recibir y transmitir la información (arts. 2 y 3). Este organismo será en España el Registro General de Actos de Última Voluntad.-...=...=

D) *Contenido del testamento*

El contenido del testamento se rige por la ley sucesoria. Esta ley es, en nuestro sistema de D.i.pr., la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (art. 9, 8.º, del Código civil).

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos presentan grandes discrepancias con respecto a la libertad de testar (legítimas, reservas, sustituciones, etc.). De ahí que tenga interés resolver el conflicto móvil que origina el cambio de nacionalidad del causante después de haber otorgado testamento, ¿cuál

de las legislaciones en presencia se aplicará?, ¿serán nulas las disposiciones testamentarias contrarias al Derecho imperativo de la nueva nacionalidad?

Para resolver este problema, el artículo 9, 8.º, del Código civil ordena la adaptación de las disposiciones testamentarias a las legítimas del ordenamiento jurídico *supervenienti*, cuando establece que...=...= Se recoge aquí, por consiguiente, un correctivo al imperio de la ley sucesoria inspirado en el *favor testamenti*, cuyos precedentes se encuentran en el Anteproyecto de 1962 (art. 16), que preveía esta misma solución en el Derecho interregional y en el Anteproyecto de 1965 (art. 9, 9.º), que la utilizaba ya para el Derecho internacional privado.

E) Ejecución de las disposiciones testamentarias

Conviene señalar que la ley sucesoria rige no sólo el contenido del testamento, sino también las modalidades de su ejecución. Ella es la que decide, por ejemplo, la validez del nombramiento de contador-partidor, de albacea, del carácter gratuito o retribuido del cargo, de su delegabilidad, del ámbito de poderes conferidos, etc." (74).

9.3. *Mi posición.*

En la referencia concreta al **contenido** del testamento, la *norma de conflicto* corresponde a la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento. La tarea de determinación de *cuál sea* esa ley nacional aplicable a la sucesión testada de dicho causante, va a depender de su condición personal, según fuere extranjero, nacional español o de vecindad balear. Con las subdistinciones consiguientes, que dificultan la tarea del intérprete.

Respecto del punto aludido parece, a mi juicio, habrá que deslindar las *posibles situaciones fácticas* en que se hallare un causante-testador cuyo fallecimiento se produjere con un *último domicilio* en las Pitiusas:

- *Testamento de extranjero no residente.*

Rige su ley nacional respectiva. En cuanto a la posible incidencia de las *legítimas*, no cabe una respuesta unívoca dada la diversidad de legislaciones y de sistemas sucesorios y/o legitimarios distintos.

(74) V. CALVO CARAVACA, A. L., "Comentario al artículo 9.8 C.c.", en la obra de *Comentarios...*, cit., tomo I, vol. 2.º (arts. 8 a 16 del Código civil), a cargo de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros varios, 2.ª edición, Impr. de Selecciones Gráficas, Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 363-370.

En orden a supuestos específicos muy concretos, en un caso relativo a extranjero y en otro caso a nacional de vecindad foral, pueden verse los trabajos de: TORRES ESCÁMEZ, S., "Dictamen sobre la validez de un testamento ológrafo otorgado en España por un ciudadano noruego, en idioma inglés, sobre un texto parcialmente impreso", en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 21, enero-marzo 1997, pp. 255-268; ARRIOLA ARANA, J. M.ª, "Vecindad civil y nulidad de testamento", en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 13, enero-marzo 1995, pp. 9-50.

- *Testamento de extranjero residente.*

Las consideraciones precedentes son también aquí de aplicación. Podría entenderse que, por residencia continuada ininterrumpida en las Pitiusas durante más de diez años, puede ser considerado como “aforado” de las Pitiusas. ¿Cabría un supuesto de **reenvío** de haber *otras legítimas* aplicables conforme a su ley nacional? (vid. **art. 12.5 C.c.**, al respecto).

- *Testamento de nacional español sujeto al “Derecho Común” (C.c.).*

— Si *no* es residente: rige el C.c.

— Si es *residente*: parece deben reiterarse las consideraciones precedentes efectuadas para los supuestos de testadores extranjeros residentes.

- *Testamento de nacional español sujeto a una regionalidad (vecindad civil) distinta a la de la CDC de BALEARES.*

— Si *no* es residente: rige su *ley personal* (vecindad civil/regionalidad) respectiva, contenida en la vigente normativa específica (foral/autonómica). Remito aquí al cuadro internormativo que se incluye en el ANEXO a este comentario.

— Si es *residente*: parece aplicable la misma consideración aquí efectuada en orden a su *ley personal* (regional) respectiva. Materia muy problemática, dada la incidencia del límite de las **legítimas**, tan variadas dentro de nuestro propio Estado. Planteo el problema del posible **reenvío**, que se excluye **ex artículo 16.1, regla 2.ª C.c.**, en cuanto al ámbito o conflictos *internos*, aunque sugiero la posible aplicación de la regla del **artículo 9.10.º C.c.**, en el sentido de considerar a la residencia habitual como una norma de conexión *subsidiaria*.

- *Testamento de nacional español de regionalidad civil de BALEARES.*

Aparentemente, para determinados juristas mallorquines, no hay cuestión, por entender existe *una única y exclusiva* vecindad “balear”. A mi modo de ver, sin embargo, puede darse el problema, dadas *las específicas y concretas diferencias* entre la ordenación sucesoria voluntaria (Testamento) de MALLORCA y de IBIZA-FORMENTERA y, en especial, la *esencial* diferencia entre el tipo de **legítima** de MALLORCA-MENORCA (“*pars bonorum*”) y el de IBIZA-FORMENTERA (“*pars valoris bonorum qua...*”).

Aquí remito a mi posterior comentario a los **artículos 79 a 83 CDC.BAL. 1990**.

En consecuencia, si el causante fuere:

— *no residente* en las Pitiusas: rige su *ley personal* (vecindad mallorquina/menorquina) respectiva. Remito al cuadro internormativo per-

tinente de los ANEXOS al presente comentario y del TÍTULO II (DE LAS SUCESIONES);

— *residente* en las Pitiusas: parece aplicable lo expuesto precedentemente en cuanto al causante de regionalidad o vecindad civil distinta. También aparece como muy problemático el tema de un **reenvío**.

10. Interpretación e integración de la institución

10.1. Ideas previas.

En un interesante estudio de A. TORRENT acerca *de la interpretación de la voluntad testamentaria en Derecho Romano*, se nos dice que el primer capítulo documentado sobre la interpretación de la “*voluntas testatoris*” y verdadero banco de prueba del modo de razonar romano es el constituido por la famosa “causa Curiana” (75), en la cual se entrecruzaron el enfoque retórico y el razonar más libre de CRASO y el acendrado formalismo y razonamiento literal de SCAEVOLA. Para el autor citado, en el fondo, es una de las constantes históricas de todos los tiempos y aún hoy en día se siguen viendo procesos similares en los tribunales actuales, lo mismo que antaño en Roma: los problemas de interpretación constituyen la piedra donde se afilan y afinan los conceptos jurídicos (76).

10.2. Posiciones de la civilística española.

Un resumen de las argumentaciones doctrinales de los autores especializados sería aquí una tarea problemática, por la diversidad de pareceres existentes en función de las escuelas de procedencia. En mi opinión, parece preferible una personal *selección* de una serie de autores consagrados y la *transcripción* —en su caso— de sus reflexiones, en el sentido que sigue:

- M. ALBALADEJO GARCÍA:

“INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

1. Interpretación del testamento.— Sobre interpretación de disposiciones testamentarias concretas contiene el Código algunos artículos (los ya

(75) V. TORRENT, A., “Interpretación de la *voluntas testatoris* en la jurisprudencia republicana: la «causa Curiana»”, artículo en la revista *AHDE*, Madrid, 1969, pp. 173-211; y allí, las referencias a las modernas aportaciones de los romanistas en tema de interpretación de la *voluntas testatoris* y de la antítesis entre *verba-voluntas*.

(76) V. TORRENT, A., *op. cit.*, pp. 209-211.

vistos 747, 749, 751, etc.), y a ellos hay que atenerse en tales casos en particular, que son tratados cada uno en el lugar donde se examina la figura a la que se refieren.

Mas, en general (y englobando también esos casos, salvo por lo que a aquellos preceptos concretos atañe), para la interpretación testamentaria, casi bastaría simplemente con remitir a lo ya estudiado en la Parte general sobre interpretación de los negocios jurídicos. No obstante, considero preferible referirme aquí a ciertos extremos del tema:

2. Debe prevalecer la interpretación subjetiva.— Con la opinión común de jurisprudencia y doctrina, considero que en la interpretación del testamento ha de prosperar el criterio subjetivista, consistente en que, mientras que sea posible, debe de atribuirse a la declaración el sentido que presumiblemente le dio el testador.

Sobre las ideas generales relativas a la interpretación, para aplicarlas al caso presente, véase lo dicho en la Parte general del Derecho civil. Por las razones allí expuestas, la limitación que para el criterio subjetivista puede ser en otros casos (como el de los contratos) la responsabilidad del declarante y la confianza de los demás, no se dará en el del testamento. Así que en él, normalmente, prevalecerá por completo la voluntad del testador, con tal de que quepa entenderla, de algún modo, expresada en el mismo testamento.

3. Para la búsqueda del espíritu de la declaración testamentaria puede utilizarse cualquier elemento o dato esclarecedor, esté dentro o fuera del testamento.— Para buscar el verdadero espíritu que encierra la declaración testamentaria es posible recurrir no sólo a lo que en el testamento se diga, sino a cualesquiera elementos y datos no contenidos en él, con tal de que el sentido así hallado quepa entenderlo expresado en la declaración de voluntad encerrada en el testamento.

Esto es así porque, tratándose de un negocio solemne, sólo vale para ser objeto de interpretación lo declarado guardando la forma esencial exigida. Pero eso es una cosa, y otra distinta es que para la averiguación del sentido que la declaración formal encierre, se pueda acudir —como se puede— a datos que lo iluminen aunque sean extratestamentarios.

4. La voluntad que se busca averiguar es la que el otorgante tenía al testar.— La voluntad que se busca, es decir, el espíritu que se persigue encontrar, es el que el testador quiso encerrar *cuando testó* en la declaración que entonces hizo.

No se trata, pues, de que se intente saber lo que el difunto quería *cuando murió*, sino lo que era su propósito *cuando otorgó el testamento*.

Eso es así por la sencilla razón de que si entre un momento y otro cambió la voluntad, mal puede recoger el testamento la que se forma posteriormente a él.

Cabe decir que aun siendo tal cosa cierta, sin embargo, debería procurarse que prevaleciese la posterior voluntad cuando se hubiese averiguado de otro modo y cupiese en la misma letra del testamento anterior.

Mas debe de observarse que, en el caso del testamento, como en el de los contratos, y, en suma, en el de cualquier acto jurídico, lo que se intenta no es embutir en él lo que después se llegue verdaderamente a querer, sino lo que se deseó al otorgamiento.

Habiendo cambio de voluntad, debe de otorgarse otro testamento, para que la posterior prevalezca, y si el testador no hace eso, ha de resignarse a que valga la primera. Pues la ley, que le da la oportunidad al causante de testar de nuevo si ya no quiere lo que dijo antes, lo que no hace es que valga el mismo testamento anterior con su voluntad posterior.

Presupuesto lo dicho, hay un punto concreto que conviene aclarar específicamente para evitar confusiones. Sería el siguiente: Es erróneo pensar que quien declara (expresa o tácitamente) que lo que quiere es según las circunstancias de la época de su muerte, cambia de voluntad al cambiar tales circunstancias desde que testa hasta que muere. Hay que advertir que entonces no existe realmente cambio de voluntad, sino que se sigue queriendo lo mismo que cuando se testó. Y lo que ocurre es que, al cambiar las circunstancias, y *por* el cambio de éstas, *la misma voluntad de antes*, da un resultado distinto ante las nuevas circunstancias. Y no habiendo habido cambio de voluntad, la que sigue prevaleciendo es la de la época en que se testó.

Así si alguien nombró heredera a la esposa que tenga al morir, y después de testar viuda y casa de nuevo, hay que entender que quiere que le herede su segunda mujer y no la que tenía cuando testó. Pero no por voluntad posterior al testamento, sino porque al otorgar éste ya declaró que quería por heredera, no precisamente a su esposa de entonces, sino a la que lo sea, la misma u otra, a su fallecimiento.

Mas para entender tal cosa ha de poder deducirse de algún modo del testamento que se testó a favor de quien fuese esposa al momento de la defunción. En otro caso habrá que pensar que se testó a favor de quien era esposa al otorgamiento del testamento. Y habiendo, ésta, premuerto al testador, no le sucederá. Pero tampoco le sucederá la segunda, porque no fue instituida.

De cualquier modo, conviene señalar que, a veces, el testador formula expresamente una declaración de voluntad encaminada a la situación de hecho que exista a su muerte, como cuando nombra herederos a sus hijos, señalando que los que tiene ahora, y otros que pueda tener después.

Como he afirmado, que la voluntad vaya encaminada a la situación al momento de la muerte, no ha decirse expresamente; basta que conste de algún modo. Pero si no consta ni de forma expresa ni tácita, ha de pensarse que la voluntad se encamina a la situación existente al momento de manifestarse.

5. Integración de la voluntad del testador.— En principio, a lo no regulado en el testamento, se le aplica la regulación legal supletoria. Pero como lo que haya dispuesto el difunto puede no contener toda la regulación necesaria al caso, y, sin embargo, implicar la exclusión de la regulación legal que correspondería al resto, será preciso resolver con todo cuidado en cada supuesto que se plantee si a lo dejado en blanco le es adecuada la regulación legal que sea, o, diferentemente, una regulación distinta, coherente con la ordenada por el causante en los extremos que sí tocó. Cuando se dé este caso, la interpretación del testamento se extiende, no sólo a buscar el sentido de lo que el testador ordenó, sino a buscar también cuál es su presumible voluntad (coherente con la que expresó) para el extremo que dejó huérfano de regulación explícita. Éste puede llamarse *integración* de la voluntad testamentaria.

6. Precepto general del Código para la interpretación del testamento.-

El artículo 675, 1.º, del Código dice: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Este precepto creo que presta apoyo a todo lo que he afirmado en los números anteriores sobre la interpretación del testamento. En él se ve claro que el sentido que debe darse a la declaración testamentaria es el que hubiese querido expresar en ella el testador, siempre que quepa en el tenor del testamento, y siendo de presumir, salvo que aparezca con claridad otra cosa, que la voluntad del testador es la que corresponde al significado literal de lo que dijo" (77).

• L. Díez-PICAZO:

"1) *Concepto y significado de la interpretación testamentaria.- Su naturaleza jurídica.*- Se trata de resolver en materia de interpretación testamentaria los mismos problemas que resolvimos en la parte general al estudiar la interpretación del negocio jurídico. Estos problemas son graves problemas jurídicos, y en la práctica de gran importancia. Se trata de buscar la voluntad del testador: búsqueda y hallazgo de la voluntad real del testador y de lo que éste ha establecido en su testamento.

La regulación fundamental se encuentra en el artículo 675. Parece claro a la vista de este artículo que la finalidad de la interpretación testamentaria es una búsqueda de la voluntad del testador. Esto quiere decir que de las dos clases de interpretación (subjetiva y objetiva) la interpretación testamentaria es básicamente subjetiva, arreglada al principio «voluntas spectanda».

Los autores han tratado de averiguar cuál es el fundamento de este principio. Y así, algunos autores creen que se encuentra en el carácter unilateral del testamento. Pero esto no es así, ya que el testamento puede suscitar intereses en los terceros y los negocios unilaterales «inter vivos» no se sustraen a las reglas generales de interpretación.

Otros autores fundan el principio de interpretación subjetiva en el carácter no recepticio del negocio. Y este criterio es el que acepta el TS en algunas sentencias. También hay autores que alegan la imposibilidad de reconocimiento de la voluntad del testador. En mi opinión, ni una, ni otra nota es fundamental, sino que es la peculiar naturaleza del negocio lo que nos lleva a un peculiar criterio de interpretación. Ya que la ley faculta al testador para ordenar su sucesión, de acuerdo con su voluntad, la voluntad es lo que debe perseguir la interpretación. Se trata, pues, de una interpretación subjetiva.

Así pues, su primer y fundamental principio es la búsqueda de la voluntad real del testador. Ahora bien, ¿quiere esto decir que quedan excluidos los principios objetivos de interpretación tales como el principio de conservación del negocio y el principio de la buena fe?

(77) V. ALBALADEJO, M., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 343-346.

En cuanto al principio de conservación del negocio, que no está consagrado expresamente en materia de interpretación testamentaria, aunque sí en la contractual (art. 1.284), la doctrina propende a admitirlo también en esta materia. Hay así una idea de «favor testamenti» que se funda en la imposibilidad de renovación de la materia testamentaria. Pero frente a esta tesis se han alzado opiniones muy autorizadas. CICU señala que el testamento no produce confianza en los terceros, y STOLFI alega que hoy en día la aplicación de la sucesión abintestato no es un deshonor. Sin embargo, la aplicación del principio de conservación del negocio en materia de interpretación posee un evidente sentido lógico. Y así entre una interpretación útil y una interpretación inútil, habrá que preferir a la primera. Ahora bien, esto no quiere decir que se haya de tratar siempre de buscar a toda costa un sentido útil a la disposición testamentaria.

El principio de la buena fe, en cambio, al estar fundado en la confianza que la declaración suscita en terceras personas, parece que no cabe en materia de interpretación testamentaria.

2) *El objeto de la interpretación.*— *La voluntad del testador.*— Se trata de la búsqueda de la voluntad real del testador. No obstante, el artículo 675 plantea un problema: «según el tenor del mismo testamento». ¿Qué significa esta alusión? Se han mantenido dos posturas: a) la voluntad ha de buscarse a través de las declaraciones que se han hecho en el testamento. Se trata de una prueba intrínseca con exclusión de la extrínseca. Esta primera postura nos conduce a limitar los medios de interpretación; b) se admiten los medios de prueba extrínsecos. Lo admite el TS a través de una sentencia de 8 de julio de 1940. Y esto significa, según esta interpretación, que parece la más aceptable, que esta búsqueda debe hacerse mediante la voluntad declarada en el testamento y mediante otros medios extrínsecos que nos lleven a la conciliación con esa voluntad declarada.

3) *Los medios de interpretación.*— Hay un primer medio claro: el tenor del testamento. Así pues, cabe en primer lugar una interpretación gramatical y una interpretación lógica. Éstas se encuentran admitidas por la doctrina y la jurisprudencia. En segundo lugar cabe admitir lo que BETTI llama «el canon hermenéutico de la totalidad»: la interpretación sistemática (cfr. art. 1.285) aplicable también al testamento, y admitida también por la jurisprudencia.

Pero caben también, en tercer lugar, los medios de prueba extrínsecos, según la manera en que entendimos el artículo 675. ¿Cuáles son éstos? Cualquier medio de prueba que nos conduzca a averiguar la voluntad del testador es admisible.—...=...=

4) *Resultados de la interpretación.*— *Interpretación declarativa.*— *Interpretación integradora.*— Hay varias clases de interpretación. Y así cabe hablar de:

- a) Interpretación declarativa: si coincide con el texto.
- b) Interpretación restrictiva y extensiva: si restringe o amplía el texto de la declaración.
- c) Y cabe pensar también en el supuesto de una interpretación integradora. Pero para entenderlo hay que distinguirla de la integración propiamente dicha. Ésta existe cuando se entienden introducidas en el negocio

una serie de cuestiones sobre las que las partes no se han pronunciado (cfr. art. 1.287, segunda parte). La integración funciona de manera objetiva e independientemente de la voluntad de las partes.

Pero la interpretación integradora se funda en la voluntad de las partes para entender integradas ciertas cláusulas queridas presuntivamente por las partes y no declaradas. La aplicación de todas estas ideas a los testamentos nos lleva a decir que no cabe la integración en los testamentos. Ahora bien, ¿cabe una interpretación integradora? La cuestión es dudosa. La doctrina y la jurisprudencia han admitido en algunos casos la integración por el juez de esa voluntad testamentaria, p. ej.: premoriencia del llamado en una sustitución fideicomisaria e interpretación de la misma como sustitución vulgar tácita” (78).

- F. CAPILLA RONCERO:

“La interpretación del testamento

Criterios hermenéuticos de la interpretación del testamento

Como cualquier declaración de voluntad, llamada a producir y regular efectos jurídicos, el testamento ha de ser objeto de interpretación, tendente a determinar el sentido y alcance de sus disposiciones. Desde este punto de vista, existe paralelismo entre la necesidad de interpretar el contrato y el testamento. Mas este paralelismo no supone identidad. Aun siendo ambos vehículos de expresión de la voluntad encaminada a producir y regular efectos jurídicos, difieren esencialmente, desde el punto de vista de la interpretación y los criterios que la inspiran, en el dato de que los principios de autorresponsabilidad y confianza se encuentran ausentes en el testamento, mientras que están presentes en el contrato. Pues en el testamento no existen contrapartes portadoras de intereses contrapuestos necesitados de armonización, ni vincula el testamento a su autor, ni produce sus efectos directos para él, ni se encamina a la esfera jurídica de destinatarios receptores de la declaración; no es en definitiva el testamento acto regulador del tráfico. Esas diferencias provocan que la interpretación del testamento se centre en el análisis de la única voluntad en él presente y obsequiando el real querer del testador. Regla que se infiere claramente del artículo 675 C.c., cuando establece la necesidad de fijar la voluntad o intención del testador. Por ello, es común la afirmación doctrinal y jurisprudencial según la cual la interpretación del testamento es eminentemente subjetiva.

Es muy común la afirmación de que la interpretación del testamento está presidida por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador. Encuentra asiento esta regla en el propio artículo 675, del que se desprende que el resultado final de la interpretación debe ser la fijación de la voluntad o intención del testador. Mas esa preponderancia de la voluntad real del testador tiene como límite esencial el hecho de que el objeto interpretado no es la voluntad interna del testador, sino la voluntad declarada en el testamento. Y que habrá que entender el sentido de la declaración testa-

(78) V. Díez-PICAZO, L., *Lecciones...*, op. cit., pp. 511-519.

mentaria, averiguando con qué intención se manifestaron esos términos por el testador. Y además, al ser la declaración de voluntad testamentaria esencialmente formal, se impone el límite de que la intención real del testador ha de encontrar base en la declaración testamentaria, pues en otro caso se burlarían las exigencias de forma. Se desprende, pues, una clara restricción del objeto de la interpretación, que es únicamente la declaración formal testamentaria. Y por otro lado, la finalidad u objetivo de la interpretación, que es la averiguación de la voluntad real del testador.

Medios de interpretación. La prueba extrínseca

Para conseguir ese resultado (averiguación de la voluntad real del testador) sobre la base del objeto o material interpretable (la declaración testamentaria), el intérprete ha de investigar valiéndose de diversos medios o instrumentos. Función primaria desempeñan las propias palabras expresadas por el testador en el testamento, o elemento gramatical, entendidas además de conformidad con los hábitos lingüísticos propios del testador, si bien valorando el tamiz que representa la intervención de un técnico en Derecho (el notario) en su otorgamiento (R. 25 septiembre 1987). Pero esta función primaria, recogida en el artículo 675 C.c., no puede ser entendida como restricción de la libertad del intérprete, quien no podría valerse de otros medios o instrumentos interpretativos (histórico, lógico, teleológico y sistemático) más que con carácter subsidiario, a pesar de que alguna jurisprudencia textualmente señala que «en la interpretación de las cláusulas testamentarias hay que estar a su literalidad, siendo sólo permisible la búsqueda por otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando ésta se expresa de modo oscuro» (S. 5 marzo 1990, con cita de otras). Por el contrario, para precisar el contenido semántico subjetivo de la literalidad del testamento, se precisa un juicio de contraste con el conjunto sistemático del testamento, reconstruyendo el orden lógico de sus disposiciones, de acuerdo con la finalidad perseguida, de forma tal que se averigüe el real querer del testador (como también reconoce la jurisprudencia: *vid.*, entre muchas, la importante S. 9 octubre 1943 y, entre las recientes, la S. 25 enero 1990). Luego la regla *in claris non fit interpretatio*, recogida en el artículo 675, es tan falaz en la interpretación del testamento, como en la del contrato, como en la de la ley.

Dado el carácter formal del testamento y la prohibición de las memorias testamentarias, se ha planteado, no obstante, la duda de si la interpretación está ceñida a los denominados medios intrínsecos, esto es, aquellos que pueden extraerse del propio tenor testamentario, o si es admisible el recurso a los medios denominados extrínsecos, no extraíbles de la mera declaración testamentaria. La preocupación por evitar que la sucesión se rija por una hipotética o real voluntad del testador, reconstruida al margen del testamento (declaraciones ante testigos, en la correspondencia, etc.) e incluso contra el tenor del mismo, ha hecho que se mire con desconfianza esa posibilidad. Ese temor se conjura exigiendo, como dice LACRUZ resumiendo la jurisprudencia, «que el testamento contenga disposición interpretable», para determinar cuyo sentido sí puede acudirsc sin limitaciones a la prueba extrínseca, que además no tiene carácter subsidiario ni constituye último recurso (SALVADOR CODERCH). La base legal para la admisión de la prueba extrínseca se encuentra en el artículo 773, mediante el cual es posible salvar

el error en la designación cuando «de otra manera» puede salvarse, sin limitaciones en cuanto a esa manera. También puede invocarse el artículo 1.282, mediante el cual puede acudir, para averiguar el sentido de la declaración testamentaria, a otros actos del testador. La jurisprudencia admite la interpretación con medios extrínsecos (*vid.*, entre otras, SS 8 julio 1940, 26 marzo 1983 y 5 junio 1989).

También se suele admitir la posibilidad de que la voluntad testamentaria pueda ser integrada. El intérprete, se afirma, no puede forjar una disposición nueva, sin asiento o base en la declaración testamentaria; pero sí puede, e incluso debe, completar las cuestiones accidentales o conexas que estén dudosas, aunque no existan elementos que permitan considerar que se encuentren respaldadas por ninguna hipotética o real voluntad del testador. Por otra parte, la ley con frecuencia contiene disposiciones encaminadas a la integración del testamento, normalmente de naturaleza dispositiva, que se aplican cuando conste no ser otra la voluntad del testador (por ejemplo, arts. 747, 749, 769, 770, etc.). Estas normas no son interpretativas de la voluntad real, hipotética o conjetural del testador; simplemente son normas que se aplican en defecto de disposición contraria, bien que a menudo sobre la base del *id quod plerumque accidit*.

Finalmente, es muy reiterada la jurisprudencia en la que se aborda la posibilidad de revisabilidad en casación de la interpretación del testamento realizada por tribunales inferiores. En términos generales, se restringe la revisabilidad en casación, afirmándose que «la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador» (S. 7 mayo 1990, con cita de otras). Por dos vías puede acceder a casación la interpretación fijada por tribunales inferiores: por infracción de la doctrina legal o jurisprudencia sobre la hermenéutica testamentaria (art. 1.692-5.º LEC), o por impugnación de los hechos probados en base a error (art. 1.692-4.º LEC)” (79).

- C. LASARTE ÁLVAREZ:

“8. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

Atendiendo a las numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo relativas a la interpretación del testamento, no puede caber duda de que, con frecuencia, las disposiciones testamentarias son ambiguas, confusas y oscuras, generando en consecuencia el consabido problema de interpretar la expresión gramatical en la que, en definitiva, ha de traducirse toda cláusula o estipulación testamentaria.

8.1. El conocimiento por el Tribunal Supremo de las cuestiones interpretativas

La multiplicidad de sentencias del Tribunal Supremo se debe en buena medida a una decisión del propio Tribunal, relativa a la mecánica de la casa-

(79) V. CAPILLA, F., *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 117-120.

ción, que ya hemos puesto de manifiesto al referirnos al problema interpretativo en relación con los contratos. Teóricamente dicho, se trataría de determinar si la interpretación (en nuestro caso, del testamento), es una mera *cuestión de hecho* o, por el contrario, una *cuestión de derecho*, en el consabido sentido de que las cuestiones de hecho quedan sometidas exclusivamente al conocimiento y decisión de los Tribunales de instancia; mientras que, en cambio, en las cuestiones de derecho pueden ser sometidas al enjuiciamiento del Tribunal Supremo a través del recurso de casación.

El Tribunal Supremo tiene repetido, por activa y pasiva, que la cuestión planteada debe considerarse inicialmente como una mera cuestión de hecho, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente al *juez a quo*. Sin embargo, son abundantes también las sentencias en las que se afirma que dicho principio se mantiene sólo cuando la interpretación realizada por los Tribunales de instancia arrojen un resultado que no sea o no pueda considerarse contrario a la voluntad del testador. Con ello, a la postre, el Tribunal Supremo está determinando la naturaleza puramente jurídica de la cuestión debatida y, por tanto, permitiendo el acceso a través del recurso de casación de múltiples supuestos de debate testamentario. En algunos casos, dicho debate se debe ciertamente a la oscuridad o a la relativa ambigüedad de las cláusulas testamentarias. En otros supuestos, sin embargo, el ánimo de litigiosidad sobre la interpretación del testamento se debe sólo a los evidentes intereses de cualquiera de los que han sido llamados a la sucesión.

En general, dado que la mayor parte de los testamentos se otorgan ante notario y que la preparación técnica de la inmensa mayoría de los notarios en Derecho de sucesiones está fuera de duda, podría pensarse que la ambigüedad testamentaria está erradicada de la práctica jurídica. Sin embargo, no es así. Aunque en ciertos aspectos la intervención notarial garantiza la adecuada correspondencia entre la voluntad del testador y la formulación del clausulado testamentario, es sumamente frecuente que la identificación de algunos bienes por parte del testador, o que en la insistencia de éste en utilizar una determinada fórmula, por ser característica de su familia y de sus ascendientes, generen problemas de comprensión.

8.2. Normas legales de interpretación

Ante dicha realidad, el Derecho positivo ha debido preocuparse siempre de establecer una serie de reglas legales relativas a la interpretación de los testamentos, al igual que, según vimos, ocurría en relación con la interpretación de los contratos.

La regla fundamental al respecto, derechamente aplicable a todo supuesto de interpretación testamentaria, se encuentra recogida en el artículo 675.1 del Código Civil, conforme al cual...

Sin necesidad de comentarlas en detalle, vamos a señalar algunas de tales normas concretas, siguiendo el propio articulado del Código:

1. Es relativamente frecuente en los testamentos atribuir, en concepto de herencia o de legado, un determinado bien inmueble «con todo cuanto en él se contiene» o expresiones similares. En relación con expresiones de dicha índole, resulta fundamental tener en cuenta lo establecido por los artículos 346 y 347.

2. Igualmente, en defecto de voluntad testamentaria, los artículos 747

y 749 expresan cómo ha de ser interpretada la voluntad testamentaria en el supuesto de las instituciones pías o de las disposiciones hechas en favor de los pobres.

3. De no demostrarse que es otra la voluntad del testador, la institución de heredero hecha en favor de los parientes «se entiende hecha en favor de los más próximos en grado»; y la designación nominal de algunos de los herederos, junto con la designación colectiva de otros, conforme al artículo 769, determina que los designados colectivamente «se considerarán como si fueran individualmente».

4. Por imperativo del artículo 770, la institución en favor de hermanos y hermanastros implica que estos últimos recibirán la mitad de aquéllos.

5. Cuando se designe heredero «a una persona y a sus hijos», salvo previsión testamentaria en contra, «se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente» (art. 771).

6. El artículo 879, por su parte, fija y determina el plazo de duración tanto del legado de educación cuanto del de alimentos, según hemos visto en el capítulo anterior, ante la eventualidad de que el testador no la prevea de forma expresa.

8.3. Criterios y principios interpretativos

Es evidente, sin embargo, que el carácter concreto de los diferentes supuestos de hecho a los que se refieren las normas anteriormente mencionadas impide la deducción de cualesquiera criterios interpretativos de carácter general. A tales efectos, hemos de acudir necesariamente al artículo 675.1 antes transcrito.

Conforme a él, el primer criterio interpretativo de las disposiciones testamentarias viene representado por el elemento literal, esto es, por las expresiones textuales utilizadas en el clausulado testamentario, sin que en principio resulte admisible poner en duda lo expresado por el testador en el correspondiente testamento.

No obstante, si de dicha interpretación gramatical se dedujera una conclusión que fuera o que apareciera claramente contraria a los designios del testador, impone el precepto que habrá de procederse a indagar cuál fue la voluntad del testador: «En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». Es decir, el testamento ha de considerarse un todo orgánico; por tanto, el criterio de interpretación lógica y sistemática puede jugar también en el caso testamentario.

Supongamos, en la fundamental cláusula de atribución de bienes viene a decir que «lega en favor de su único hijo todos sus bienes, atribuyendo al cónyuge viudo, además de cuanto por ley le corresponda, el tercio de libre disposición en concepto de usufructo». Posteriormente, al final del testamento, se contienen una serie de legados concretos y escasa cuantía (su último sueldo mensual lo destina a «su iglesia o parroquia», sus útiles de trabajo a uno de sus compañeros, una estatuilla a su «fiel secretario», etc.). Parece natural que, pese a la expresión literal de «legar», realmente está instituyendo como heredero universal a su hijo.

Un todo orgánico, además, que ha sido otorgado por una persona determinada, cuya cultura, modo de hablar y de expresarse habrá de ser necesari-

riamente tenido en cuenta, haya contado o no con el auxilio técnico de un experto en Derecho, pues incluso con intervención notarial puede darse el caso de que el testador identifique un bien con una expresión que no corresponde a la generalmente usada. La referencia a dicho bien, sin embargo, se realiza una sola vez en el testamento, por lo que la expresión lógica o sistemática, no añade ni quita nada a la operación de desentrañar el significado exacto de una determinada palabra en el testamento.

Imaginemos que el testador habla del coche, pero que siendo un labrador al que no le ha gustado salir del campo, realmente no se está refiriendo a un automóvil (del que carece, para colmo), sino a una espléndida carroza o a un tiro de caballos de gran antigüedad y valor, que se encuentra en la finca. O que la testadora se refiere textualmente en el testamento al huerto, en cuya superficie, sin embargo, se encuentra construido un pequeño chalé (éste es el caso de la S de 6 de febrero 1958).

En casos de parecida índole, la lógica aconsejaría recurrir a medios de prueba externos o extratestamentarios para discernir el exacto significado de la referencia testamentaria. Sin embargo, como sabemos, el artículo 675.1 sólo habla de «el tenor del mismo testamento». Acudir, pues, a medios de prueba extrínsecos parece contradecir frontalmente la única disposición legislativa de carácter general aplicable a la interpretación testamentaria y ha generado un profundo debate doctrinal acerca de la admisibilidad de la *prueba extrínseca*.

Dicho debate, empero, ha cambiado radicalmente de signo a partir de la Sentencia de 8 de julio de 1940, a partir de la cual, si bien con suma cautela y reclamando siempre que el recurso a las pruebas extrínsecas no implique reconstruir una voluntad testamentaria antagónica a la que se deduciría del propio testamento, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente el recurso a pruebas y circunstancias externas al mismo testamento para desentrañar el significado de este último (STS de 9 de julio de 1987, entre las últimas). Doctrinalmente, por su parte, el profesor SALVADOR CODERCH, comentando la Sentencia de 26 de marzo de 1983, ha resaltado que, en contra del entendimiento tradicional durante la primera mitad del siglo XX, no debe entenderse que la prueba extrínseca sea un *último recurso*, sino antes bien un elemento más a ponderar judicialmente en la apreciación del exacto sentido y alcance de las disposiciones testamentarias que así lo requieran” (80).

• X. O’CALLAGHAN MUÑOZ:

“INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

CONCEPTO, NORMA LEGAL Y CRITERIOS

Interpretación del testamento (como de cualquier otro acto o negocio jurídico) significa la *averiguación y comprensión de su sentido y alcance*, es decir, en el testamento, *del sentido y alcance de la voluntad del testador*, su voluntad real o intención. Tal como observa GALGANO, se debería hablar,

(80) V. LASARTE, C., *Principios...*, op. cit., pp. 218-222.

no tanto de interpretación del testamento, sino de reconstrucción de la voluntad del testador, respecto de cuya reconstrucción la declaración testamentaria es el instrumento.

Es de destacar la especial dificultad de esta interpretación en relación con la de los demás negocios jurídicos, por la circunstancia de que el único sujeto del testamento –negocio jurídico *mortis causa*– no existe por haber muerto y el intérprete es ajeno a la perfección del negocio jurídico sin posibilidad de contacto con su autor.

Aunque parezca objetivamente clara, la interpretación ha de darse siempre aunque el concepto estricto de interpretación es la que procede cuando en el testamento hay frases oscuras o ambiguas.

La única norma sobre la interpretación de las disposiciones testamentarias se halla en el primer párrafo del artículo 675, que dispone... Es abundantísima la jurisprudencia sobre este artículo que se refiere a casos concretos, o a los distintos criterios, que se verán seguidamente, o reitera constantemente que la interpretación es función del Tribunal de instancia, no revisable en casación, a no ser que aquélla se apoye en un criterio ilógico, irracional o arbitrario.

De la norma legal y de la jurisprudencia pueden extraerse tres criterios básicos:

Primer criterio. El gramatical. Dicho artículo comienza diciendo que *toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras*, lo que significa que el intérprete debe limitarse al sentido literal cuando con éste y por las palabras empleadas, aparezca clara e indudable la intención del testador [Así, sentencias de 10 de abril de 1986 (*Act. Civ.*, 634/86), 2 de septiembre de 1987 (*Act. Civ.*, 940/87), 1 de febrero de 1988 (*Act. Civ.*, 383/88), 5 de marzo de 1990 (*Act. Civ.*, 581/90), 7 de julio de 1992 (*Act. Civ.*, 1214/92), 6 de octubre de 1994 (*Act. Civ.*, 1291/94), 31 de diciembre de 1996, (*Act. Civ.*, 425/97), 26 de abril de 1997 (*Act. Civ.*, 778/97).].

Segundo criterio. Interpretación subjetiva. Por la que quiebra el criterio gramatical anterior que sólo se mantiene, sigue diciendo el mismo artículo 675, *a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*, lo que es lógico y se corresponde al criterio análogo en la interpretación del negocio jurídico *inter vivos* (art. 1.281, 2.º) [La sentencia de 9 de marzo de 1984 hace hincapié en este aspecto del artículo 675: «... concede notoria supremacía a la voluntad real del testador, sobre el sentido literal de la declaración, pues sólo prima tal sentido literal cuando el texto de la cláusula testamentaria debatida no dé lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance...». Insisten en la misma doctrina las de 3 de noviembre de 1989 (*Act. Civ.*, 189/90), 5 de marzo de 1990 (*Act. Civ.*, 581/90), 26 de abril de 1997 (*Act. Civ.*, 778/97), 29 de diciembre de 1997 (*Act. Civ.*, 394/98) y 23 de junio de 1998 (*Act. Civ.*, 1017/98).]

Tercer criterio. *En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*, concluye el primer párrafo del artículo 675.

TEORÍAS

En materia de interpretación, en general, del negocio jurídico se mantienen *dos teorías* respecto a la misión del intérprete y alcance de la inter-

pretación. La *subjetiva* entiende que lo que tiene que averiguar el intérprete es la voluntad interna, intención, el sentido, del sujeto; la *objetiva* defiende que hay que averiguar la significación de las palabras o expresiones que sean más objetivamente conformes a la generalidad del uso corriente. Esta última doctrina prevalece en la interpretación de los negocios jurídicos bilaterales, como los contratos. Pero en el testamento, como negocio jurídico unilateral *mortis causa*, integrado por una declaración de voluntad no recepticia, se debe seguir la teoría subjetiva, como efectivamente sigue el Tribunal Supremo y mantiene la generalidad de la doctrina.

VOLUNTAD OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN

La *voluntad objeto de la interpretación* (subjetiva y con prueba intrínseca y extrínseca) es la del testador cuando emitió su declaración, es decir, cuando hizo el testamento; es decir, hay que averiguar su voluntad cuando otorgó el testamento. Piénsese que entre el otorgamiento del testamento y la muerte (apertura de la sucesión) pudo haber cambiado de intención, pero el testamento no pudo recoger su intención posterior (que pudo —si hubiera querido— haber reflejado en un testamento posterior).

APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

En materia de interpretación del testamento se plantea el problema de si es aplicable la normativa relativa a la interpretación de los contratos.

Ciertamente son importantes las diferencias entre negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa*, pero hay una esencial unidad del negocio jurídico que permite la aplicación general de las normas de interpretación sea el negocio interpretado *inter vivos* o *mortis causa*.

La doctrina, en general, admite la aplicación de las normas de interpretación de los contratos (arts. 1.281 y ss.) convenientemente adaptadas a la especial naturaleza del testamento y como complementarias a la norma específica del artículo 675.

.-...=...=

NORMAS INTERPRETATIVAS

Hasta aquí se ha expresado la teoría general de la interpretación del testamento. Pero en el Código civil hay diversas normas interpretativas que, contemplando determinadas expresiones o cláusulas, disponen el sentido que hay que atribuirles. Son las siguientes (que son tratadas con el detalle que merecen en las instituciones a que afectan):

Primera. El artículo 747 determina el destino que ha de darse a los bienes que el testador dispone para *sufragios y obras piadosas* en beneficio de su alma.

Segunda. El artículo 749 establece que las disposiciones a favor de los *pobres en general*, sin designación de personas ni población, se entienden limitadas a las del domicilio del testador.

Tercera. El artículo 751 establece que cuando se dispone genéricamente a favor de los *parientes*, se entenderán los más próximos en grado.

Cuarta. El artículo 769 dispone que si el testador nombra a unos *herederos individualmente y a otros colectivamente*, éstos se considerarán como si fueran nombrados individualmente.

Quinta. El artículo 770 establece que si el testador instituye a sus *her-*

manos y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se divide la herencia como en la sucesión intestada, es decir, que los primeros reciben doble porción que los segundos.

Sexta. El artículo 771 ordena que si el testador llama a una *persona* y a sus hijos, se entienden llamados simultáneamente y no sucesivamente” (81).

• J. B. JORDANO BAREA:

“CRITERIOS FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

.-...=...=

Los criterios directivos de la interpretación del testamento cabe resumirlos así: el intérprete debe encarar siempre la declaración de última voluntad desde el ambiente y desde el punto de vista del testador, pudiendo valerse de todos los elementos, intrínsecos o extrínsecos, para descubrir la voluntad real del declarante, la cual rige, en principio, el sentido decisivo del testamento. Pero la naturaleza formal del acto impone una fuerte restricción a esa máxima relevancia interpretativa de la *voluntas testatoris*.

1. Actitud del intérprete ante una disposición aparentemente clara

Lo primero que conviene puntualizar es la actitud con que el intérprete debe encarar toda declaración testamentaria.

Una lectura superficial del artículo 675 podría hacer creer que dicho precepto sólo manda atender a la intención del testador *en caso de duda* sobre la interpretación del testamento. De esta manera, la interpretación ajustada a la real voluntad del testador únicamente tendría lugar en cuanto a las cláusulas *objetivamente* oscuras, ambiguas o equívocas.

Esta doctrina –a veces proclamada por la jurisprudencia del TS (por ejemplo, sentencias de 3 de junio de 1942, 4 de junio de 1959 y 18 de mayo de 1983)– parece estar consagrada en un conocido pasaje del Digesto: *cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio* (D. 32, 25, 1).-...=...=

No es diferente el alcance de nuestro actual artículo 675, que –según la sentencia del TS de 11 de febrero de 1943– es «expresión de preceptos tradicionales del Derecho patrio». Ante una disposición aparentemente clara hay *siempre* que averiguar si su sentido literal coincide o no con el que pretendió atribuirle el testador: en caso afirmativo, *nulla quaestio*; en caso negativo surge la *quaestio voluntatis*.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el intérprete puede apartarse del sentido literal *prima facie* claro cuando se descubra de modo evidente la disparidad entre la intención del otorgante y las palabras empleadas para expresarla y ese descubrimiento puede hacerse aunque las palabras, en sí mismas, no sean oscuras (sentencia de 19 de noviembre de 1964 y sentencia de 5 de marzo de 1990).

Así lo había declarado ya la importante sentencia de 6 de marzo de 1944.-...=...=

(81) V. O'CALLAGHAN, X., *Compendio...*, op. cit., pp. 259-264.

Mal entendido, el aforismo *in claris non fit interpretatio* envuelve una petición de principio, pues presupondría ya acabada toda la actividad interpretativa que, por el contrario, hay que emprender aún. Lo que dicho aforismo trata de impedir es que, bajo pretexto de interpretación, sea tergiversado el sentido literal cuando es fiel expresión de la voluntad real del declarante.

Por lo que se refiere a las disposiciones testamentarias, la investigación del sentido subjetivo, aun de frente a una declaración aparentemente clara, viene impuesta por el fundamental principio, ya enunciado, de la máxima relevancia de la voluntad en la interpretación de los testamentos y por la amplitud de los medios interpretativos utilizables, según comprobaremos en los párrafos que siguen.

2. Los diversos elementos (gramatical o literal, lógico, teleológico y sistemático) de un proceso interpretativo unitario, según la jurisprudencia

La sentencia del TS de 23 de octubre de 1925 declaró que el Código establece tres principios o reglas de interpretación que tienen un carácter general, dando la norma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación *gramatical*, si no son oscuras o ambiguas las cláusulas; en otro caso, y por haber duda entre la letra y el espíritu, al elemento *lógico*; y, por último, al conjunto armónico de sus disposiciones, o sea al elemento *sistemático*, doctrina ya recogida en las sentencias de 28 de mayo de 1912, 30 de abril de 1913 y 16 de enero de 1915. Pero «los elementos llamados usualmente gramatical, lógico y sistemático —puntualiza la ya citada sentencia de 6 de marzo de 1944— no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues *no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario*», sin que el artículo 675 imponga un orden de prelación para el uso de los diversos criterios interpretativos. En parecido sentido se pronuncia la sentencia de 3 de febrero de 1961, entre otras.

...=...=

Los diversos elementos (gramatical o literal, lógico, sistemático y teleológico o finalista) de la interpretación del testamento guardan paralelismo con los de la interpretación de la ley (cfr. art. 3.º Código civil, que agrega el elemento histórico y el llamado elemento sociológico). El primero (antecedentes históricos) puede entenderse comprendido en el artículo 1.282, aplicado por analogía y completado por la jurisprudencia del TS, por lo que se refiere a los actos anteriores al testamento. ...= El segundo (consideración de la realidad social) ha sido descartado con acierto por la jurisprudencia en tema de interpretación testamentaria.

...=...=

3. El ángulo visual de la interpretación testamentaria

Conviene fijar ahora el punto de vista en que ha de situarse el intérprete de un testamento.

Este ángulo visual de la interpretación tiene distinta sede en los negocios jurídicos, según su peculiar estructura: los contratos, por ejemplo, como negocios del tráfico *inter vivos*, deben ser interpretados «mirándolos» tanto desde el punto de vista del declarante como desde el punto de vista del destinatario de la declaración y aun desde el punto de vista de la generalidad

(interpretación según buena fe); los testamentos, como actos de última voluntad, deben ser interpretados «mirándolos» solamente desde el ambiente y desde el punto de vista del testador, valiéndose para ello el intérprete de todas las circunstancias que le sean conocidas al tiempo de instaurarse la interpretación: no hay, pues, que investigar si el sentido más conforme con la verdadera intención del *de cuius* es reconocible para los beneficiarios de la declaración, ni siquiera si fue obtenido a través de la utilización de circunstancias cognoscibles para éstos.

.-...=...=

La jurisprudencia inglesa, en el tema específico de la interpretación del testamento, describe con una máxima muy viva el cometido del juez que «reconstruye» la voluntad del difunto, subrayando la obligación para el intérprete de asumir frente al caso la misma posición que el testador: el Tribunal debe *place itself in the shoes of testator*.

KOCHAKER habla de «resucitar el testador como a Lázaro».

Nosotros diríamos que la función del intérprete consiste, más bien, en «reencarnar» al testador: el intérprete ha de enfocar la declaración de última voluntad con el mismo espíritu del difunto. Así puede descubrir sus afectos, penetrar sus designios, determinar sus motivos y ponderar sus hábitos personales.

Hecho esto, le será fácil responder a la pregunta: ¿qué sentido y alcance habría yo atribuido a la declaración testamentaria si me encontrara en el mismo estado, circunstancias y relaciones, habituado al mismo modo de vida, con idénticos afectos, etc.?

Nuestra jurisprudencia no es ajena a esta directriz, la más acorde con el método subjetivista que domina la interpretación testamentaria.

.-...=...=

Si se prescinde del ángulo visual del testador, la recta interpretación del testamento resulta imposible. Nunca se insistirá lo bastante en la enorme trascendencia que en esta materia tienen la situación familiar del testador, sus particulares relaciones con las personas beneficiadas, sus costumbres o hábitos personales, su mentalidad y hasta su grado de cultura jurídica (sobre todo cuando se está ante un testamento ológrafo o cerrado). A propósito de las expresiones jurídicas, la sentencia de 10 de febrero de 1986 dice que, «tratándose de palabras con significación definida en las leyes, hay que estar al sentido legal y no al vulgar, *a menos que conste que se emplearon en sentido distinto*».-...=...=

Concretamente, por lo que se refiere a los usos lingüísticos personales del testador, aun tratándose de los más esotéricos, la doctrina afirma unánimemente que deben prevalecer en la interpretación testamentaria sobre el significado común del lenguaje.

.-...=...=

Orientándose la interpretación testamentaria por la intención del testador, antes que por la simple *figura verborum* (D. 50, 16, 116), es evidente que valdrá en todo caso el sentido subjetivo de las palabras del testamento, aunque sea anómalo o extravagante, y no su significación puramente objetiva, conforme a los usos corrientes del lenguaje. Serán, por tanto, atendibles no sólo las expresiones *habituales* del testador (usos lingüísticos personales),

sino incluso sus acepciones meramente *ocasionales*, cuya especial significación sea debidamente comprobada.

Así, pues, las palabras del testador se han de interpretar con arreglo a su propio lenguaje. Según la sentencia del TS de 5 de junio de 1979, «es en razón de la supremacía que ha de concederse a la voluntad del único autor de la declaración (testamentaria), acentuando su carácter subjetivo, que a los vocablos empleados ha de atribuírseles el sentido que parezca más adecuado a la situación, ideas y hábitos del testador; en definitiva a sus circunstancias personales.-...=...=

Puntualiza SALVADOR CODERCH que en el testamento «se admite el lenguaje impreciso, vago o ambiguo, o incluso el lenguaje privado, y todo ello es interpretado con medios extratestamentarios, pero lo que no se admite es el lenguaje cifrado o secreto que es decodificado fuera del contexto testamentario y que permitiría alterar la disposición testamentaria fuera del marco formal del testamento. Si no se hace jugar el artículo 672 en relación con el 675 *in principio*, quedaría burlado el artículo 687 (sería, por ejemplo, admisible por el portillo del 773 que el testador usara una expresión caprichosa para designar a su heredero y proveer la clave al margen del testamento). Adicionalmente debe tenerse en cuenta que lo que se interpreta es una reglamentación sustantiva y no una mera norma de remisión: esto último sólo cabe si la disposición remitida es *formalmente* un testamento (arg. ex art. 739 Código civil, en relación con el 687 Código civil)” (82).

10.3. Posición de la reciente doctrina italiana.

CRISCUOLI (83) entiende que en orden a la obtención de la efectiva voluntad del testador hay dos vías posibles: *una*, la del rígido formalismo testamentario; *otra*, la de la posible compatibilidad de las normas hermenéuticas contractuales con las especialísimas normas de interpretación del testamento. Considera este autor que es decisiva *la incidencia* del formalismo testamentario a los efectos de recurrir a los elementos extratextuales para llegar a la fijación de la voluntad real del testador. Trae a colación un par de citas, *tomadas de los autores ingleses* situados ante esta problemática, como sigue:

“If one looks outside the will, the requirement that a will must be in writing is seriously threatened.”

O de otro modo dicho:

“The requirement for a will to be in writing could then be made an empty formality” (A. R. MELLOWS, *The Law of Succession*, London, 1977, p. 148).

(82) V. JORDANO BAREA, J. B., *El testamento...*, op. cit., pp. 86-99.

(83) V. CRISCUOLI, G., op. cit., pp. 321 y ss.

10.4. *Mi posición.*

• Desde un punto de vista teórico-dogmático, poco cabe añadir aquí en tema de **interpretación** a las brillantes argumentaciones presentadas más arriba de nuestros más relevantes autores y maestros. Por mi parte, finalizo con esta *remisión genérica* a tal transcripción y con la consideración *específica* de la re-lectura del **artículo 675 C.c.** en orden a la averiguación de la real voluntad del testador. Comentarios y decisiones jurisprudenciales sobre el precepto son muy abundantes, y a ellos remito.

• Desde un punto de vista específicamente notarial y práctico, a mi entender parece ineludible la referencia a los estudios sobre esta materia de la interpretación del testamento, a cargo de mi compañero y maestro J. B. VALLET DE GOYTISOLO: a sus magistrales aportaciones remito en este lugar (84).

• En tema de **integración** conviene indicar un par de ideas:

La primera, derivada de la propia dicción de la norma del **artículo 70, párrafo 1.º** (Todo lo relativo... se regirá... con las excepciones...). Es una típica *norma de remisión*, tanto en la suposición como en la consecuencia, según antes anticipaba. Norma “*per relationem*”, alusiva a un contenido indeterminado pero *determinable*, “determinabilidad” que ordinariamente es tarea del intérprete.

La segunda viene implícita en que, siendo remisión *en la consecuencia* —en la dicción de R. HERNÁNDEZ MARÍN—, alude a una posible multiplicidad de resultados, si bien *condicionada* expresamente por las **excepciones** que señala el precepto (esto es, “las contenidas en este Libro”, o sea, **las del LIBRO III**). La norma de remisión *del inciso final* (en orden al **art. 52** del LIBRO I de MALLORCA), aparte de extemporánea e impuesta forzosamente, tenía la función de la reserva para el testamento *con testigos* allí regulado (hoy en día, *precepto innecesario*, dada la *supresión* de los testigos efectuada por la LEY 30/1991, de 20 de diciembre, en orden al antiguo requisito del art. 685 C.c. sobre el testamento abierto notarial), pero nunca la remisión subterránea de dar entrada **en bloque** a todo el

(84) V. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.:

— *Estudios de Derecho Sucesorio*. Volumen II (*Interpretación de testamentos. Lo literal, lo tácito y lo conjetural, en mejoras y fideicomisos, cláusulas cautelares expresas y tácitas*), Impr. de Taravilla, Ed. Montecorvo, SA, Madrid, 1981, en especial pp. 45-94.

— *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Sección 1.ª (Los principios del Derecho Sucesorio y su evolución), capítulo I (La voluntad del causante, Ley de la Sucesión), epígrafes 29 a 34, pp. 68 a 85.

Derecho Sucesorio de MALLORCA, de principios fundamentalmente distintos al de las Pitiusas.

La tercera es consecuente con la función **integradora** usual de *la costumbre insular* **ex artículo 1, párrafo 2.º**, CDC.BAL. de 1990. Tiene un sentido lógico, sistemático y teleológico la llamada a la costumbre de las Pitiusas, porque *los capítulos II al VII* de este TÍTULO II contienen: de un lado, *instituciones* desconocidas por el C.c., o diferentes en perfiles de las del libro I respecto de MALLORCA, que cabe articular por vía de testamento; y de otro lado, *normativas* sólo asumibles, interpretables e integrables desde la óptica **tradicional** de la praxis insular en las Pitiusas.

Bibliografía recomendada

Para una visión panorámica *específica* acerca de **la sucesión testada, en general, y del testamento**, en especial, remito a las numerosas aportaciones de los juristas españoles, contenidas en los tratados y manuales y en diversos artículos y comentarios de revistas.

Muy recomendable la consulta de la obra de J. BONET CORREA, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, en varios tomos y diversas ediciones, Impr. de Artes Gráficas Carasa (Fuenlabrada. Madrid), Ed. Civitas, SA, 1.^a edición, 1984. De dicha obra corresponde a esta materia el tomo III (LIBRO TERCERO. Arts. 609 a 1087), *cuya 1.^a edición de 1987* es la que he manejado, y a cuya bibliografía aquí remito.

Por supuesto, de ineludible referencia la magistral exposición del profesor M. ALBALADEJO GARCÍA, en esta misma obra de *Comentarios al Código Civil* y... por él dirigida, en el volumen correspondiente, que es el tomo IX, vol. 1.º A (arts. 657 a 693 del C.c.), Impr. de Selecciones Gráficas, Ed. Edersa, Madrid, 1990, y allí con amplia bibliografía sobre esta materia.

Indispensable la cita de la re-edición de la clásica obra ya agotada sobre el tema, de J. B. JORDANO BAREA, ahora titulada *El testamento y su interpretación*, Ed. Comares, Granada, 1999.

En cuanto a la tarea comparatista *interna* respecto de los Derechos Civiles de las Comunidades Autónomas (antaño “forales”), remito a los volúmenes correspondientes de “Comentarios” a las respectivas Compilaciones Civiles Forales, en esta misma obra de la Editorial Edersa, dirigida por M. ALBALADEJO.

Muy recientemente ha aparecido la interesante obra, de ineludible e inexcusable referencia, del profesor JUAN B. JORDANO BAREA titulada *El testamento y su interpretación*, Impr. de Comares, SL, Editorial Comares, Granada, 1999 (conteniendo, *en conjunto*, su antiguo libro ya agotado *Interpretación del testamento*, y diversos artículos dispersos).

De entre las referencias bibliográficas aportadas por los tratadistas precitados he procedido a una muy *personal* selección de aportaciones doctrinales —*específicamente* relacionadas con esta temática—, en el sentido que sigue:

1) Sobre el artículo 667

M. FALCÓN, “Ley por la que se rige el Derecho sucesorio”, en *RT*, 1892, p. 81.

M. ISABAL, “Testamento”, en *EJE*, XXIX (Barcelona, SA), p. 646.

R. NOVOA, “El testamento como ley de sucesión y como disposición de voluntad en otros aspectos”, en *RDP*, 1915, p. 295.

M. TRAVIESAS, “El testamento”, en *RDP*, 1935, p. 97.

M. MAYNAR, *El testamento es un absurdo*, Madrid, 1948.

M. ARMERO, *Testamentos y particiones. I. Títulos sucesorios*, Madrid, 1951.

L. DíEZ-PICAZO, “La pluralidad de testamentos”, en *RDN*, XXVII, 1960, p. 7.

J. PUIG BRUTAU, “El testamento del empresario (Consideraciones de algunos problemas de enlase entre el Derecho sucesorio y el de sociedades)”, en *RDP*, 1960, p. 845.

- J. B. JORDANO BAREA, "El testamento", en *RDN*, XXXVII-XXXVIII, 1962, p. 57.
- L. BELTRÁN FUSTERO, "El notario ante las voluntades reales de los testadores", en *RDN*, XXXIX, 1963, p. 243.
- J. B. JORDANO BAREA, "Teoría general del testamento", en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Ignacio Serrano*, I, Valladolid, 1965, p. 431.
- L. MARTÍNEZ CALCERRADA, "El testamento y su pretendida patrimonialidad", en *RDP*, 1966, p. 463.
- GÓMEZ-FERRER, "Reconocimiento de hijos naturales en testamento", en *RDN*, 1968, LXI-LXII, julio-diciembre, pp. 99 y ss.
- E. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, "Más noticias sobre usos notariales. II. Testamentos «de uno para otro»", en *RDN*, LXIV, 1969, p. 398.
- PORRAS IBÁÑEZ, "Testar y reconocer", en *RDP*, 1969, pp. 351 y ss.
- L. FIGA FAURA, *Cómo se hace el testamento (Guía legal práctica para todos)*, Barcelona, 1974.
- A. GARCÍA-GALLO, "Del testamento romano al medieval", en *AHDE*, XLVII, 1977, p. 425.
- J. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio. II. Interpretación del testamento. Lo literal, lo tácito y lo conjetural en las mejoras y fideicomisos. Cláusulas expresas y tácitas*, Madrid, 1981.
- J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, "Los límites a la autonomía privada en el testamento", en *AC*, 2, 1987, p. 73.

2) Sobre el artículo 668

- F. FERRARA, "Estudio sobre la sucesión a título universal y particular con especial aplicación a la legislación española", en *RDP*, 1923, p. 322.
- E. ESCOBAR, *El Derecho hereditario en la técnica y en la jurisprudencia española*, San Fernando, 1939.
- A. VENTURA GONZÁLEZ, "La institución de heredero en usufructo sin designación de propietario", en *RCDI*, 1941, p. 272.
- J. DE SOROA Y PLANA, "Concepto jurídico del heredero", en *RFDUM*, 12, 1943.
- R. NÚÑEZ LAGOS, "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil", en *RGLJ*, abril 1951, p. 385.
- M. MARTÍNEZ PEREDA, "Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión en favor del alma", en *AAMN*, VII, 1953, p. 86.
- J. L. LACRUZ BERDEJO, "Sucesión universal e institución de heredero en la historia y en el Derecho comparado", en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, p. 568.
- CASTÁN, "El problema del carácter diferencial entre el heredero y el legatario y modo de su determinación" (es el **ap. IV** del estudio "La dogmática de la herencia y su crisis actual"), en *RGLJ*, 1959, II, pp. 443 y ss.
- J. L. LACRUZ BERDEJO, "Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación de heredero", en *RDN*, XXXII, 1961, p. 41.
- L. DÍEZ-PICAZO, "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", en *RDM*, abril-junio 1965, p. 293.

- R. ÁLVAREZ VIGARAY, "La distribución de toda la herencia en legados", en *RGLJ*, 1965, p. 677.
- J. CERDÁ GIMENO, "El legado de parte alícuota", en *RCDI*, 1968, pp. 1261 y ss. y 1571 y ss., y 1969, pp. 99 y ss. y 399 y ss. (ahora en el volumen *Estudios sobre jurisprudencia civil. Vol. I. El legado de parte alícuota (Jurisprudencia monográfica)*, Prólogo por M. ALBALADEJO, Impr. J. San José, SA, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992).
- J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1968.
- F. DE A. CONDOMINES, "Crisis del Derecho sucesorio", en *ADC*, XXIII-4, 1970, p. 701.
- J. L. DE LOS MOZOS y otros, *La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977.
- M. ALBALADEJO, "Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario", en *RDP*, septiembre 1978, p. 737.
- R. M.^a ROCA SASTRE, *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, 1981.
- J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*. Madrid, 1982.
 — *Panorama del Derecho de sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984.
 — "La voluntad del causante. Ley de sucesión", en *Libro-Homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia*, Salamanca, 1984, p. 715.
- En la doctrina italiana reciente, v. la interesante obra de G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Ed. Cedam, Padova, 1991.
- En relación con los legados, v. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Ed. A. GIUFFRÉ, Milano, 1990, en especial pp. 173 y ss.

ANEXOS

1) Formularios

A. Formularios de testamentos y cláusulas testamentarias originales de D. Julián Dávila García

(Publicados todos ellos en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*)

• EL TESTAMENTO DE LOS PADRES (año 1964, p. 109) (*)

COMPARECEN:

...=...=

CLÁUSULAS:

I. Declaro ser Católico y dejo a voluntad de mi esposa y en su defecto a mis herederos, todo lo relativo a entierro y funeral.

II. Lego a mi esposa, el usufructo universal y vitalicio de todos mis bienes y derechos, con relevación de fianza e inventario. No obstante, podrá elegir en sustitución del usufructo el tercio de libre disposición en pleno dominio sin perjuicio de su legítima viudal. Se extinguirá el legado, además, de las causas generales, por contraer nuevo matrimonio.

III. Instituyo por mis derechos a mis... hijos llamados...

IV. Para el caso de que me premuera alguno de los herederos nombrados le sustituirán sus respectivos descendientes legítimos, excluyendo el de grado más próximo al más remoto, sin perjuicio del derecho de representación, y en su defecto establezco el derecho de acrecer. La distribución de la herencia se hará por stirpes, y el sustituto tendrá las mismas limitaciones y cargas que el sustituido.

V. Nombro albacea y contador partidor, vitaliciamente, a mi esposa, mientras se conserve viuda, con las facultades de administrar, poseer, disponer, gravar y enajenar mis bienes, cobrar sus rentas y productos; cumplir todo lo que tenga ordenado en este testamento o cualquier acto o contrato en que aparezca alguna obligación exigible; representar a mi herencia en actos extrajudiciales, pleitos o causas de la jurisdicción ordinaria o especiales, incluso administrativa o contencioso administrativa u otorgar poderes a Procuradores: cobrar toda clase de créditos y pagar las deudas y legados y realizar la partición de mi herencia.

VI. Nombro albaceas contadores y partidores, en defecto de mi esposa o si fuere incompatible, a D..., y D..., juntos o separadamente y con las facultades del artículo 1.057 del C.c. mientras alguno de mis herederos sea menor de veinticinco años y si a mi fallecimiento fueren mayores de edad, por el plazo de cuatro años. Si todos mis herederos estuvieren conformes en la partición de mi herencia no será necesario el consentimiento de estos contadores, pero sí de mi esposa.

(*) Con el fin de evitar reiteraciones, detrás de cada formulario se incluye el año del Boletín y la página correspondiente del mismo.

VII. Ordeno a mis herederos y beneficiarios de mi herencia que acaten mi testamento, prohíbo la intervención judicial y la disposición, gravamen o partición de mis bienes durante la vida de mi esposa, salvo que ella consienta. Si alguno de mis herederos no aceptare mi testamento, pidiese la partición de la herencia, exigiere su legítima o instare demanda en juicio de cualquier clase sobre la decisión de mis albaceas o contadores partidores, perderá la parte que le corresponda en los tercios de libre disposición y mejora acreciendo a los demás que se encontraren conformes.

- **REGULACIÓN DE LA CO-MORIENCIA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS** (año 1976, p. 816)

Instituyo por mis únicos herederos a mis hijos D... y D..., y para el caso de que cualquiera de ellos me premuera o muera al mismo tiempo que yo, nombro por herederos a sus respectivos descendientes legítimos y en su defecto establezco el derecho a acrecer. (En fórmula análoga al legado.)

- **LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO** (año 1960, p. 265)

“Instituyo por mis únicos herederos, por partes iguales, a mis dos hijos D... y D... y caso de premoriencia de alguno de ellos, a sus descendientes legítimos.”

- **CLÁUSULAS DE IGUALDAD ENTRE HEREDEROS** (año 1962, p. 238)

1. **FÓRMULAS.**

A) *Extensa.*— “Declaro que en diferentes ocasiones he hecho donaciones y entregas de dinero a título de préstamo, según resultan de documentos públicos y privados o simples notas, a mis hijos D... y D... y al objeto de que se igualen todos mis herederos ordeno lo siguiente: 1) Los bienes entregados se valuarán el día de la participación de mis bienes, en el estado en que se encuentran, sin tener en cuenta las mejoras o expensas hechas por sus respectivos dueños; 2) En la partición de mis bienes será imputado lo entregado al respectivo heredero y se pagará, a los demás que no hubiesen recibido, con bienes de la misma naturaleza, especie y calidad que los entregados y si no fuere posible con los más análogos y en su defecto se guardará lo dispuesto en los artículos 1.048 y siguientes del C.c.”

B) *Fórmula concisa.*— “Deseo que todos mis herederos se igualen en el momento de dividir mi herencia y al que haya recibido de menos se le pague en otros bienes de igual o análoga naturaleza y calidad.”

- **IMPUTACIÓN PARCIAL EN PAGO AL HEREDERO** (año 1962, p. 239)

“Se adjudicará en pago de la herencia a su hijo A... la casa sita en esta población, calle de... número... Esta adjudicación le será tenida en cuenta en su haber por el valor que tenga en el momento de la partición de mi herencia. El orden de imputación será primero con cargo al tercio de mejora, después al de libre

disposición y en último término al de legítima estricta. Si la adjudicación excediere de su haber abonará el exceso a los demás herederos en metálico y si fuere insuficiente entrará en partición con los demás herederos por lo que le falte. Los demás herederos, y en su caso el adjudicatario, tomarán del caudal hereditario los bienes necesarios para ser igualados con otros de la misma naturaleza, especie y calidad.”

• **LA SUSTITUCIÓN VULGAR EN EL TESTAMENTO** (año 1969, p. 622)

1. **FÓRMULA GENERAL PARA UN CASO DE PREMORIENCIA**

Para el caso de que el heredero falleciese antes que el testador, instituye herederos a sus descendientes legítimos sucediendo el grado más próximo al más remoto, sin perjuicio de derecho de representación y, en su defecto, establece el derecho de acrecer. La distribución de la herencia se hará por stirpes y el sustituto tendrá los mismos derechos y obligaciones que el sustituido.

• **INSTITUCIÓN DE HEREDERO CON SUSTITUCIÓN VULGAR Y DE RESIDUO** (año 1961, p. 504)

1. **FÓRMULA GENERAL EXTENSA**

I. *Herederos y sustitutos.*— Instituyo por mi único heredero a mi esposa sin perjuicio de lo que dispongo a continuación:

A) *Sustitución vulgar.*— Si mi esposa me premuere, es incapaz de heredar, o renuncia a la herencia instituyo por mis únicos herederos a mis hermanos A. y B. y a los hijos de mi fallecido hermano C. llamados D. y E. Si alguno de éstos me premuere instituyo en sustitución del mismo a sus respectivos descendientes legítimos, sucediendo los de grado más próximo al más remoto, sin perjuicio del derecho de representación en favor de los descendientes legítimos que dejare el fallecido. En defecto de descendientes legítimos establezco el derecho de acrecer y la herencia se distribuirá, en todo caso, por cabezas de hermanos.

B) *Sustitución en el residuo.*— Si mi esposa me sobrevive y en cuanto a los bienes de que no hubiere dispuesto, por sí misma o por sus representantes legales o voluntarios, por cualquier acto o título inter-vivos, se observarán las reglas siguientes:

a) Los beneficiarios no podrán pedir a mi esposa inventario, fianza o garantía de clase alguna, y podrá hacer en los bienes lo que estime por conveniente sin responder de los actos que realice.

b) Serán beneficiarios de tales bienes las mismas personas designadas en el apartado A), precedente. No obstante si mi esposa deseara anticipar la entrega a los mismos, incluso por renuncia de su derecho serán únicamente beneficiarios los nacidos en ese momento.

El sustituto adquiere su derecho desde la muerte del testador y puede disponer del mismo por actos inter-vivos o mortis-causa, como tenga por conveniente y si alguno de ellos falleciere antes que mi esposa le sustituirán sus respectivos descendientes legítimos en la forma y condiciones establecidas en el apartado A), precedente.

La existencia de beneficiario se acreditará en cualquier momento, por declaración de mis albaceas o por acta de notoriedad autorizada por Notaría. Tendrán la representación de los intereses de las personas no nacidas o de las que estuvieren ausentes, sin domicilio conocido, mis albaceas y en su defecto mi esposa y en defecto de ambos, los mismos beneficiarios conocidos.

c) Si los bienes dejados, hubieren sufrido aumentos, los adquirirán los sustitutos en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de abonar los gastos o expensas que hubiere hecho para su conservación, mejora o adquisición. No obstante las nuevas edificaciones o elevación de pisos construidos por mi esposa serán de la exclusiva propiedad de ella, incluso el suelo y el edificio por el solo hecho de la obra y cancelándose los derechos de los beneficiarios desde ese momento, sin necesidad de manifestación alguna.

Mi esposa, como heredera, podrá fijar las cantidades que por el concepto de expensas deban abonar los sustitutos a sus herederos.

d) Se entenderán enajenados los bienes por mi esposa aun cuando se reservara algún derecho durante su vida por el título que fuere. Los bienes que adquiriese mi esposa por subrogación de los que hubiere enajenado o el precio de los que hubiere dispuesto no estarán sujetos a restitución.

e) En caso de que tuviere lugar esta sustitución de residuo, se regularán los conflictos que hubiere entre los poseedores saliente y entrante con motivo de la posesión y disfrute por las normas contenidas en este testamento, en su defecto por las del C.c. para el poseedor de buena fe, y en último término por las disposiciones generales del mismo.

II. *Albaceas*.— Nombro como albaceas, contadores partidores de mi herencia a D... y D... para que, juntos o separadamente, administren los bienes hasta el momento que realicen la partición y entrega de ellos al heredero o sus sustitutos vulgares o sucesores de residuo, pero mientras viva mi esposa estarán en suspenso sus facultades y ella sola podrá administrar los bienes, realizar la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes. Los albaceas tendrán de plazo dos años y si mi esposa falleciese después que yo, se contará el plazo desde el fallecimiento de ella.

• LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS (año 1973, p. 697)

1. FÓRMULA GENERAL

Instituyo por mis únicos herederos, por partes iguales, a Don..., Don... y Don... El primer heredero Don..., estará sujeto a la condición suspensiva de... y la cuota hereditaria que le corresponda o los bienes que se le adjudiquen, se ajustará a las siguientes reglas:

a) **Condición pendiente.**

1. Los bienes serán administrados y representados, en juicio y fuera de él, por el mismo heredero con las facultades de administrar, en el más amplio sentido, y percibir, como administrador, el 10 por 100 de los frutos o rentas líquidas.

2. El heredero podrá disponer o gravar, por cualquier título intervivos, con el consentimiento de la mayoría de mis albaceas y herederos y si no los hubiere, se estará a lo dispuesto en el artículo 804 del C.c.

3. El heredero deberá formar inventario y no prestará fianza, salvo que la mayoría de las personas mencionadas en el apartado anterior lo exigieren.

4. El heredero intenvendrá por sí solo, con voz y voto, en la comunidad hereditaria o en la partición de mi herencia, sin necesidad del consentimiento ni autorización de personas o autoridad de cualquier clase.

5. El heredero podrá renunciar en cualquier momento, a su llamamiento en cuyo caso, quedará extinguida la condición.

6. Podrá transmitir su derecho, en actos "mortis causa", pendiente de condición.

7. Si falleciere, pendiente la condición, lo transmitirá a sus herederos salvo que, por testamento, hubiere dispuesto otra cosa.

8. Si mi heredero estuviera ausente o fuere incapaz, serían administrados los bienes por sus representantes legales.

b) Condición cumplida.

1. Se entenderá cumplida la condición cuando...

2. En este caso, adquirirá el pleno dominio, se cancelará la condición impuesta y sus efectos se retrotraerán, al momento del fallecimiento del testador, considerándose como propietario pleno y percibiendo los frutos, rentas e intereses correspondientes.

c) Condición incumplida.

1. La condición quedará incumplida cuando...

2. La liquidación de la sustitución, durante su pendencia, se ajustará a las reglas previstas en este testamento y, en su defecto, por las establecidas en el C.c., para el usufructo.

d) Disposiciones comunes.

1. La existencia o inexistencia del hecho constitutivo de la condición, podrá probarse por cualquier medio admitido en la Ley o indistintamente por el consentimiento de la mayoría de mis albaceas, en su defecto por la mayoría de mis herederos o, si fuese posible, por acta notarial de notoriedad.

2. En todo lo no previsto en este testamento, regirán las disposiciones contenidas en los artículos 801 a 804 del C.c., y lo dispuesto en el C.c., para las obligaciones condicionales.

• **LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS** (año 1979, p. 144)

1. FÓRMULA GENERAL PARA LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

Instituyo por mis únicos herederos a D..., D... y D... La cuota hereditaria o los bienes que se le adjudiquen al heredero D..., estarán sujetos a la condición resolutoria que a continuación se expresa:

I. Condición pendiente.

a) **Propiedad y limitaciones.**— El heredero será considerado como propietario y poseedor con las limitaciones impuestas en este testamento.

b) **Inventario y fianza.**— El heredero deberá formalizar inventario, y únicamente prestará fianza en los casos en que deba hacerlo el usufructuario que estuviere dispensado de ello.

c) **Administrador y usufructo.**— El heredero tendrá la plena administración y usufructo de los bienes y podrá disponer, como propios, de los frutos que produzcan. Si alguno de los bienes fueren una cuota o parte proindiviso, acciones u otras análogas, tendrá voz y voto como propietario pleno.

d) **Disposición.**— El heredero podrá disponer de los bienes que se le adjudiquen dejando a salvo los efectos de la condición. No obstante si los bienes adjudicados, lo fueran en proindiviso, comunidad o sociedad (de cualquier clase) podrán intervenir en todos los actos de administración o disposición sin quedar los bienes enajenados a efectos de la condición resolutoria. También el heredero gravado podrá disponer total o parcialmente, siempre que tenga el consentimiento de la mayoría de los albaceas y caso de no existir será suficiente el consentimiento de la mayoría de todos mis herederos, aquí nombrados, que existieran en ese momento.

e) **División.**— El heredero podrá pedir y consentir, por sí solo, la división de los bienes junto con sus copropietarios o coherederos, libre de toda condición para los bienes adjudicados a éstos últimos, pero dejando afectos a la condición impuesta, los bienes adjudicados al heredero sujeto a condición.

f) **Expensas.**— El heredero afectado de condición podrá hacer todas las expensas, de cualquier clase, que desee de igual forma que los presuntos beneficiarios, siempre que no perjudiquen a las partes interesadas.

g) **Derecho de transmisión.**— Si el heredero, pendiente la condición, falleciera, se transmitirán los bienes, así como sus obligaciones a sus herederos.

Podrá el heredero afectado de condición disponer los bienes que estime para pago de deudas de la herencia.

h) **Deudas hereditarias.**— El heredero está obligado, en la parte que le corresponde, al pago de las deudas del causante y en el caso de que tuviere lugar la resolución podrá pedir, a los que resultaren beneficiarios, lo que hubiere pagado, pero sin reclamar intereses.

i) **Transmisión y renuncia.**

1) El heredero sujeto a condición podrá disponer, transmitir, así como renunciar, por cualquier título, a sus bienes o derechos.

2) El que fuere en su día beneficiario, podrá disponer, transmitir o renunciar a su derecho por cualquier título.

II. **Condición deficiente.**

a) **Incumplimiento.**— La condición no tendrá lugar cuando...

b) **Efectos.**— Llegado el momento, a que se refiere el último apartado precedente, quedará el heredero libre de la condición. En este caso, al adquirir el pleno dominio, se cancelará la condición impuesta y sus efectos se retrotraerán al momento del fallecimiento del testador, considerándose como propietario pleno.

III. **Condición existente.**

a) **Cumplimiento.**— Se entenderá existente la condición cuando...

b) **Liquidación.**— Se efectuará mientras estuvo pendiente la condición, conforme a las siguientes reglas:

1.º Todos los efectos se retrotraerán al momento de la adquisición, salvo frutos y rentas que correspondan soiamente al heredero condicional.

2.º La propiedad de los bienes se entenderán transmitidos, desde el momen-

to en que fue cumplida la condición, a la persona a quien corresponda. De igual forma la posesión.

c) **Frutos.**— Los pendientes de recoger se distribuirán según las normas legales existentes al tiempo de extinguirse el usufructo.

d) **Expensas.**— Las hechas en los bienes se regularán conforme a las normas legales del usufructo.

f) **Deudas del causante.**— Las pagadas por el heredero condicional puede reclamarlas del beneficiario, sin interés alguno.

IV. Disposiciones comunes.

a) **Gastos e impuestos.**— Según los casos, la persona que le corresponda.

b) **Prueba.**— La existencia o inexistencia del hecho constitutivo de la condición, podrá probarse por cualquier medio admitido en la Ley o por el consentimiento de la mayoría de mis albaceas, en su defecto por la mayoría de mis herederos que existan en ese momento y si no hubiese, por los posibles beneficiarios o por acta notarial de notoriedad.

c) **Reglas supletorias.**— En todo lo no previsto en este testamento, regirán las disposiciones contenidas en el C.c.

• LA ADMINISTRACIÓN DE BIENES DE HEREDEROS Y LEGATARIOS EN CASOS ESPECIALES (año 1962, p. 556)

1. FÓRMULA EXTENSA

“Ordeno que la cuota hereditaria o los bienes que correspondan a mi hijo D... en mi herencia, serán administrados en la forma y condiciones siguientes:

I. Administración.— Serán administradores mis dos hijos D... y D..., mayores de edad. Este cargo es personalísimo e intransmisible sin que pueda ser sustituido por persona alguna.

II. Bienes.— Comprende esta administración todos los bienes de mi herencia, y los aumentos que tuviere por nuevas adquisiciones, acumulación de rentas o beneficios e ingresos de cualquier clase.

III. Duración.— Esta administración durará hasta que mi hijo D... haya cumplido ... años, tenga capacidad para administrar y disponer de sus bienes a juicio de Notario.

IV. Inventario y fianza.— El administrador hará inventario ante Notario de todos los bienes de mi hijo, detallando, en todo lo posible, su estado de uso y disfrute, y el lugar y sitio donde se encuentren. Estará dispensado de prestar fianza.

V. Gestión y representación.— Cada administrador tiene plenas facultades para la gestión, administración o adquisición a título gratuito a nombre del administrador y ejercerá el cargo conforme a su leal saber y entender, salvo que uno de ellos se oponga a los actos de otro en cuyo caso se necesita el consentimiento de ambos. No obstante será necesario el acuerdo de ambos para todos los actos de disposición, enajenación y gravamen de bienes o de adquisición a título oneroso, sin perjuicio de la prohibición de disponer.

La representación de mi hijo, en cuanto a los bienes antes indicados, comprende además de los casos expresados en esta cláusula los siguientes: Comparecer en toda clase de dependencias de los Ministerios, Direcciones, Negociados

y Delegaciones de la Administración Pública, sean el Estado, la Provincia, el Ayuntamiento o Corporaciones Asociaciones o Fundaciones o Institutos públicos o de carácter oficial, incluso de la Hacienda Pública. Promover expedientes, seguirlos en sus trámites, desistir, renunciar o transigir y recurrir de sus acuerdos en la vía administrativa, económico-administrativa, contencioso-administrativa u otros. Cobrar o pagar lo que corresponda. Recibir y remitir toda clase de correspondencia, certificados, giros postales y telegráficos, valores u otros documentos del ramo de comunicaciones, Correos, Telégrafos y otros.

Intervenir en todos sus trámites o instancias, como actor, demandado o en otro concepto, en procedimientos, actos o pleitos de la jurisdicción civil (contenciosa o voluntaria) criminal, administrativa, o de otras jurisdicciones ordinarias o especiales. Ejercitar los recursos ordinarios o extraordinarios, incluso el de casación, revisión u otros ante el Tribunal Supremo de Justicia, en cualquiera de sus Salas. Ejecutar las resoluciones firmes. Suspender, desistir, transigir, o comprometer, en árbitros de derecho o de equidad o en un tercero o por suerte los mismos procedimientos. Renunciar toda clase de acciones y garantías judiciales. Requerir la intervención de Notarios u otros funcionarios exigiendo la formalización de los oportunos documentos. Cobrar o pagar lo que corresponda. Utilizar y ejercer en toda clase de procedimientos judiciales, las facultades que se le conceden.

Emplear o invertir el dinero sobrante en los bienes que estime convenientes. Atender a los cuidados necesarios de mantenimiento, educación e instrucción de mi hijo.

VI. Prohibición de disponer.— Los administradores no podrán disponer o gravar de los bienes inmuebles, alhajas, valores o bienes muebles cuando su valor exceda de 3.000 pesetas. En todo caso los frutos, rentas e intereses les darán el destino que tuvieren por conveniente atendiendo en primer término al cuidado, atención y estudios de mi hijo.

VII. Rendición de cuentas.— Los administradores rendirán de su gestión anualmente a mi esposa y, caso de su fallecimiento, a mis hijos mayores de edad.

VIII. Retribución.— Tendrán como retribución anual el 10 por 100 del importe líquido de las rentas que produzcan durante un año los bienes del administrado.

IX. Cuidado y atenciones.

X. Extinción.

XI. Reglas supletorias.— Para todo lo no previsto se estará a lo dispuesto en el C.c. sobre el mandato.

• PROHIBICIONES DE DISPONER Y GRAVAR EN TESTAMENTO (año 1973, p. 502)

FÓRMULA GENERAL

A mi hermano y heredero D..., le prohibo disponer o gravar por actos inter vivos, de la cuota hereditaria que le corresponda en mi herencia, o de los bienes que se le adjudiquen en pago de la misma, con las facultades y obligaciones siguientes:

1.^a Mi citado heredero será considerado como propietario, sin perjuicio de la prohibición que le impongo y podrá administrar y disfrutar de los bienes en la forma que tenga por conveniente, así como disponer de sus frutos, rentas o intereses. Está dispensado de prestar cualquier clase de fianza o inventario.

2.^a Intervenir en toda clase de comunidades, incluso en la comunidad hereditaria, con voz y voto por sí solo, sin el consentimiento de persona alguna. Sólo en caso de partición, deberán concurrir las personas designadas en la siguiente regla.

3.^a Disponer, enajenar o gravar, por actos intervivos, de los bienes o frutos, siempre que exista justa causa, de utilidad o necesidad, apreciada por él y mis herederos que fueren mayores de 25 años o caso de ausencia, imposibilidad, incapacidad o fallecimiento de todos con el consentimiento de mis albaceas. Será suficiente el voto de la mayoría de mis herederos o, en su caso, de mis albaceas. Si no existieren mis herederos o albaceas, podrán autorizar la mayoría de los hijos de los herederos que fueren mayores de 25 años, en el momento de la disposición. El importe de la enajenación o, en su caso, los bienes adquiridos en cambio se subrogará en lugar y se destinará el precio o los bienes recibidos a cambio en la forma y condiciones que indiquen, a su solo arbitrio, las personas señaladas en esta regla.

La determinación, caso necesario, de las personas señaladas en esta regla, se hará por acta notarial de notoriedad.

4.^a En caso de existir deudas a cargo de la herencia o pagar el impuesto sucesorio, podrá hacerse la adjudicación en pago o para pago de deudas, o enajenar o gravar los bienes necesarios sin el consentimiento de los albaceas y con la sola manifestación del propio gravado.

5.^a Podrá disponer y gravar, por sí solo, por cualquier acto "mortis causa", en la forma que tenga por conveniente.

6.^a Se extinguirá la prohibición, además de las causas indicadas, por la renuncia a la herencia del gravado o el fallecimiento, ausencia o incapacidad de todas las personas llamadas a dar el consentimiento.

7.^a En todo lo no dispuesto para las personas designadas en la regla 3.^a, se aplicará del C.c., en lo referente a los albaceas y, en su defecto, las del mandato.

• EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA (año 1961, p. 297)

1. FÓRMULA CONCISA

"Lego a mi esposa el tercio de todos mis bienes en pleno dominio."

2. FÓRMULA EXTENSA

Lego a D... el tercio de todos mis bienes que quedare a mi fallecimiento después de pagadas las deudas que tuviere. El legatario intervendrá en la herencia junto con mis herederos con las facultades de administración, disposición o gravamen que corresponden a cualquier otro miembro de la herencia y percibirá los frutos en proporción a su cuota hasta el momento de adjudicación de bienes en pago de la misma. La adjudicación de bienes deberá hacerse, previa la ordenación de lotes de bienes conforme a su naturaleza, especie y calidad, adjudicándose por sorteo entre todos los interesados. El legado será entregado por mi albacea.

- **EL LEGADO PERSONALÍSIMO** (año 1962, p. 919)

FÓRMULA EXTENSA

Lego a mi hijo D... una casa sita en esta población calle de ... número ... con arreglo a las siguientes condiciones:

a) El legatario no podrá disponer, gravar o enajenar la finca legada por cualquier acto intervivos, pero sí por testamento o por actos de última voluntad para después de su muerte. Igualmente no podrá ser embargada durante la vida del legatario. No obstante podrá realizar los actos de administración que estime necesarios y entre ellos la facultad de arrendar sin percibir rentas futuras.

b) El legatario dispondrá únicamente de los frutos o rentas que tuviere la finca legada, pero no podrán ser embargados ni disponer de los frutos o rentas pendientes o futuras.

c) El legatario será considerado como propietario sujeto a condición resolutoria y su situación, con los titulares expectantes, será regulada por las normas establecidas en el C.c. para el usufructo y en su defecto por las del poseedor de buena fe.

- **LEGADO DE USUFRUCTO UNIVERSAL EN FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO, SEGÚN EL DERECHO COMÚN** (año 1960, p. 518)

FORMULARIO GENERAL

“Lego el usufructo universal de todos mis bienes y derechos a mi esposa, con prohibición de disponer y sin perjuicio de renunciarlo, total o parcialmente, cuando lo estime conveniente. El legatario tomará posesión de lo legado por sí mismo, desde el momento de mi fallecimiento, sin necesidad de pedir su entrega al heredero o albacea. Si alguno de mis herederos forzosos exigieren su legítima, quedará reducido a su legítima estricta y la parte que pudiere corresponderle en los tercios de libre disposición y mejora acrecerá a los demás herederos que se hallen conformes. Con el usufructo se entenderá pagada la legítima viudal.

Si todos mis herederos forzosos exigieren su legítima, quedará legado a mi esposa el tercio de libre disposición, en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota legitimaria que le corresponda. El usufructo se extinguirá, además de las causas legales, por contraer matrimonio el usufructuario, por renuncia o por alguna de las causas especificadas en el artículo 855 del C.c. cuando sean de aplicación. Este legado es preferente a cualquier otro, ordenado en este testamento.

- **LEGADO DE BIENES GANANCIALES** (año 1976, p. 722)

FÓRMULA GENERAL

Lego a mi hijo..., la mitad que, como ganancial, me corresponde de la casa sita en esta población calle de.... núm..., que adquirí por compra durante mi actual matrimonio.

- **LEGADO CONJUNTO DE LA MISMA COSA POR LOS CÓNYUGES EN TESTAMENTOS DISTINTOS** (año 1964, p. 890)

FÓRMULA GENERAL

Lego a mi hijo don... la casa número..., de la calle..., de esta población. Este legado no tendrá lugar si se hubiere hecho efectivo en la herencia de mi esposa, pero si lo hubiera sido en parte deberá cumplirse por el resto, sin perjuicio en todo caso del usufructo universal en favor de mi esposa.

- **LEGADO BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA A LOS HIJOS O HIJAS, MIENTRAS PERMANEZCAN SOLTERAS** (año 1969, p. 71)

FÓRMULA EXTENSA PARA EL USUFRUCTO GRATUITO

Lego a mis hijos, A. y B. el usufructo de la casa, sita en la población..., calle de..., núm..., con relevación de fianza e inventario y todos los bienes, muebles, ropas y enseres que existan en ella el día de mi fallecimiento, conforme a las reglas siguientes:

a) Si alguna de ellas contrajese matrimonio, se extinguirá el legado, sin perjuicio del derecho de acrecer, entre los co-usufructuarios, para ese caso o cualquier otro, de extinción del usufructo.

b) Los legatarios no estarán obligados a contribuir por expensas, gastos o reparaciones ordinarias y extraordinarias, ni a pagar impuestos de clase alguna, de tal forma que el usufructuario esté exento de toda obligación o carga de la clase que fueran.

c) Los usufructuarios no podrán disponer ni ceder su derecho ni arrendar la casa a extraños, salvo que lo consientan todos ellos y la mayoría de los nudo propietarios. Caso de enajenación del usufructo a extraños, podrá cualquiera de los nudo propietarios, retraer, en nombre de los demás, en los mismos casos y condiciones que para el retracto de comuneros se establece en el C.c.

d) La administración del usufructo será a cargo de la mayoría de los usufructuarios y si hubiese empate decidirá el de más edad.

- **DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE MISAS Y SUFRAGIOS EN FAVOR DEL ALMA DEL TESTADOR, PARIENTES Y EXTRAÑOS** (año 1963, p. 613)

a) DISPOSICIONES

1.^a *Facultades discrecionales.*

Dejo todo lo relativo a entierro y funeral a voluntad de mi esposa y en su defecto a mis herederos.

2.^a *Sufragios y misas.*

“Ordeno que se celebren por mi alma una misa de requiem, una misa reza-da el día de mi fallecimiento, un novenario, las misas de la luz y las gregorianas lo antes posible una vez ocurrido mi fallecimiento.”

3.^a *Misas perpetuas.*

“Que se digan en favor de mi alma y de mi esposa una misa diaria por la Comunidad de Religiosos de... en esta población.”

4.^a *Misas perpetuas en días determinados.*

“Ordeno que se digan, a perpetuidad, una misa en la Iglesia de... durante un día de cada mes a elección del Cura Párroco o Rector de la Iglesia. Se aplicarán por el alma de mi esposa, mis hijos y la mía y el estipendio será el que fije la tasa Diocesana.

5.^a *Legado de valores (o metálico) con la carga de misas.*

Lego la cantidad de... nominales representadas en títulos de la Deuda Pública del Estado, al cuatro por ciento, y estará gravado con la carga de decir anualmente por el alma de mis hijos, mi esposa, mis padres y mía, las misas que puedan pagarse con las rentas que produzca dicho capital. Dichas misas se dirán en la parroquia de... de esta capital.

6.^a *Legado de carácter personal.*

Lego a... la finca... con la obligación personal de satisfacer el estipendio necesario para decir una misa en la Iglesia Parroquial de... los días uno del mes de enero de cada año a contar de mi fallecimiento.

7.^a *Legado de carácter real.*

Lego a... la finca... con la carga real de satisfacer el estipendio (etc... igual caso anterior).

8.^a *Institución de heredero en favor del alma del testador (art. 747 C.c.).*

Instituyo por mi único heredero a mi alma.

b) **ÓRGANOS EJECUTIVOS**

Nombro ejecutor de mi testamento al Ordinario de esta Diócesis por todo el tiempo necesario hasta dejar cumplida mi voluntad y como mínimo el de diez años a contar desde mi fallecimiento con las facultades de administrar, disponer, enajenar o gravar por cualquier título, oneroso o gratuito, todos mis bienes muebles, inmuebles, derechos o acciones y con su importe pagar los gastos e impuestos de mi herencia. Con el sobrante cumplirá mis disposiciones sobre sufragios y parte religiosa sin que tenga obligación de rendir cuenta alguna, realizando todo ello conforme a su sola conciencia. Queda facultado para delegar todas o parte de las facultades conferidas

c) **REDENCIÓN DE CARGAS**

El heredero (o legatario) podrá redimir la obligación personal o la carga real entregando al Ordinario del lugar el capital necesario en títulos de la Deuda Pública perpetua interior u otros análogos con aval del Estado para que pueda atender con sus rentas al pago del estipendio que tuviere según la tasa diocesana o la costumbre del lugar. Mientras el heredero no entregue el capital necesario estarán vigentes las facultades concedidas al Ordinario.

• **RUEGOS Y RECOMENDACIONES EN TESTAMENTO** (año 1963, p. 287)

El testamento según la tradición y la práctica diaria no queda encerrado en un acto dispositivo de bienes. Es, como dice el Maestro Carnelutti, “la urna de cristal de nuestros pensamientos que dejamos escritos para después de la muerte”. Comprendemos que el testamento actual está orientado, principalmente, al destino de los bienes y casi carece de contenido espiritual y religioso. No es el momento de hacer una crítica de estas conductas sociales, pero conviene recor-

dar que su fin está más allá de la esfera puramente patrimonial. Por ahora sólo nos vamos a fijar en algunas instituciones bastante dormidas, casi muertas, que latan muchas veces en el alma del testador y que pudiéramos comprender bajo el **título de recomendaciones, ruegos y obligaciones de conciencia**. Estos deseos del testador tienen diversos matices y, aunque son difíciles de recoger, los agrupamos en los siguientes apartados:

1.º) El ruego o simple recomendación de que el heredero haga tal o cualquier cosa o realice determinada prestación o cumpla con ciertos deberes con arreglo a su sola conciencia y a su propia y libre voluntad.

2.º) La obligación no exigible dependiente exclusivamente de la voluntad del heredero o legatario de dar o hacer o de no dar o no hacer determinadas prestaciones. Son muy análogas a las obligaciones naturales aunque no idénticas.

3.º) Las prestaciones a cargo del heredero en favor de personas indeterminadas e inciertas sin constituir obligación exigible por parte de los beneficiarios ni de otra persona.

4.º) La expresión del objeto de la institución de heredero o legatario recogida en parte en el C.c. (art. 797) al decir “La expresión del objeto de la institución o legado o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiera, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad...” pero sin entenderlo como obligación personal como lo interpreta el Código civil.

5.º) La expresión de una causa falsa, recogida en el C.c. al decir: “La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.”

B. Documento de voluntades anticipadas del Derecho catalán actual (el llamado testamento vital) (*)

La Ley 21/2000, de 29 de diciembre, publicada en el DOG de 11 enero de 2001, es la que regula dicha institución o figura, pero sin darle este nombre. La Ley se denomina “Llei sobre els drets d’informació concernent a la salut i l’autonomia del pacient, i la documentació clínica”.

Y es únicamente en la Exposición de Motivos, donde se emplea la denominación de **testamento vital** al decir que el documento de voluntades anticipadas que “comunament es coneix com a testaments vitals o testaments biològics”.

.-...=...=

De la *Exposición de motivos*:

“La inclusión de la regulación sobre la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas en la parte relativa a la autonomía del paciente constituye seguramente la novedad más destacada de la Ley. Incorporar dicha regulación supone reconocer de manera explícita la posibilidad de que las personas puedan hacer lo que comúnmente se conoce como **testamentos vitales** o **testamentos biológicos**, por primera vez en el Estado español, para poder determinar, antes de una intervención médica, sus voluntades, por sí, en el momento de la intervención, no se encuentra en situación de expresarlas. Un documento de estas características, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 1997, antes mencionado, debe entenderse como un elemento coadyuvante en la toma de decisiones, a fin de conocer con más exactitud la voluntad del paciente.”

“Artículo 8. Las voluntades anticipadas.

1. El documento de voluntades anticipadas es el documento, dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar a un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que la sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma.

2. Debe haber constancia fehaciente de que este documento ha sido otorgado en las condiciones citadas en el apartado 1. A dicho efecto la declaración de voluntades anticipadas debe formalizarse mediante uno de los siguientes procedimientos:

- a) Ante Notario. En este supuesto, no es precisa la presencia de testigos.
- b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

(*) A observar que el contenido del CAPÍTULO de mi libro aludido, del que *este artículo* es un resumen, está escrito entre diciembre 2000-enero 2001. Posteriormente han aparecido otras normas autonómicas de inspiración similar a la catalana aquí referida.

3. No se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlas. En estos casos, debe hacerse la anotación razonada pertinente en la historia clínica del paciente.

4. Si existen voluntades anticipadas, la persona que las ha otorgado, sus familiares o su representante debe entregar el documento que las contiene al centro sanitario donde la persona sea atendida. Este documento de voluntades anticipadas debe incorporarse a la historia clínica del paciente.”

2) Cuadro comparativo internormativo

SUCESIÓN TESTADA

CONCEPTO BASE	ARAGÓN	PITIUSAS	CATALUÑA CSCM. y CDC.C. (L. 1984)	GALICIA LDCG. 4/1995	PAÍS VASCO LDCFPV.	NAVARRA LIBRO II	C.c.
• NOCIÓN	TÍTULO III SUCESIÓN TESTAMENTARIA 90-123	70	TÍTULO III SUC. TESTADA 101-135 136-147	TÍTULO III (SUCESIONES) CAPÍTULO III (SUC. TESTADA) 136-145	TÍTULO III CAPÍTULO I 27-52	TÍTULO V 184 a 205	662 y ss.
• PRINCIPIOS SUCESORIOS:	No (A. 150)	No (69-2.º)	Arts. 1 a 8		No	148 a 157	No
- DERECHO ROMANO	No	No	Sí A. 136	No	No	No	No
- CÓDIGO CIVIL	Sí	Sí (70-1.º)	No	Sí	No 32 ss./49 ss.	Sí	
• COMPATIBILIDAD:	Sí 150	Sí (69.1)	No (Art. 3)	Sí	Sí	Sí	Sí
- SUCESIÓN CONTRACTUAL (PACTOS SUCESORIOS)	Sí 150	Sí (69.2)	Sí (3-3.º)	Sí	Sí	Sí	No (1271-2.º/ 658)
- SUCESIÓN ABINTESTATO	Sí 150	Sí (69.2)	No (3-2.º)	Sí	Sí	Sí	Sí
• ÁMBITO APLICACIÓN		LIBRO III	DD.TT				
• RÉGIMEN		CC.(70-1)					
• INTERPRETACIÓN/ INTEGRACIÓN	1.1/3	1-2.º	1-p. 2.º (L. 1984)	2.2/145/133		2 a 5	

**FUNCIÓN CERTIFICANTE DEL NOTARIO.
ESPECIAL REFERENCIA AL DOCUMENTO
FEHACIENTE REGULADO
POR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**

JOSÉ VICENTE CHORNET CHALVER

Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. **II.** CLASES. **III.** NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS DOCUMENTOS. **IV.** LA INTEGRACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 517,5.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. **V.** ESTUDIO DEL DOCUMENTO FEHACIENTE DEL ARTÍCULO 573,2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. **VI.** SU CONSTITUCIONALIDAD. **VII.** ALCANCE OBJETIVO DE LA INTERVENCIÓN DEL FEDATARIO. **VIII.** ALCANCE TEMPORAL. **IX.** LA DETERMINACIÓN DE LA LIQUIDEZ EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO. **X.** COMPETENCIA TERRITORIAL DEL FEDATARIO. **XI.** RECAPITULACIÓN SOBRE EL DOCUMENTO FEHACIENTE.

I. Introducción

Según el *Diccionario de la Real Academia*, el vocablo certificar, en su primera acepción, significa “asegurar, afirmar alguna cosa”, mientras que en su acepción tercera, que es la jurídica, se define certificar como “hacer cierta una cosa por medio de instrumento público”. Sin duda, para el tema de nuestro interés, es la última acepción la que nos interesa, pues resalta aspectos fundamentales de la actuación del notario.

Además, esta acción de certificar produce un efecto, un resultado, que se denomina certificación, concepto este que, según el *Diccionario Jurídico* de F. GÓMEZ DE LIAÑO significa “testimonio o documento justificativo de la verdad de algún escrito, acto o hecho. Acto por medio del cual una persona da fe de algo que le consta”.

Sin entrar en valoraciones sobre las definiciones que acabamos de aportar, ni incurrir en la tentación de aportar novedosas definiciones, dada la enorme dificultad de hacerlo, pues en las referidas se destacan las notas más importantes que adornan la labor certificante del notario, cabe resaltar que, con el certificado, se pretende, en la mayoría de los casos, preconstituir un medio de prueba después de percibirlo el certificante por sus propios sentidos, con independencia del medio donde se encuentre materializado.

Normalmente, en el ámbito profesional financiero del notario, se pone de manifiesto y se acredita el contenido de su libro-registro mediante certificación, que se expide a petición de parte legítimamente interesada, en ocasiones a petición de distintos estamentos de la Administración, siendo su utilidad muy diversa.

Otra nota característica de esta función notarial es la de la especial calificación que para el legislador merece el soporte de lo percibido por el certificante, pues adquiere el carácter de documento público, ya que está expedido por notario con las solemnidades requeridas por la ley, según establece el artículo 1.216 del Código civil, calificación que viene a ratificarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al incluir en su artículo 317,3.º como documentos públicos, a los efectos de prueba, las certificaciones expedidas por los notarios con referencia al Libro-Registro de sus respectivas operaciones. Sin embargo, a pesar de la importancia que esta función certificante pueda tener en la actualidad en el ámbito financiero de la actuación notarial, no resulta muy aventurado predecir importantes cambios debidos a innovaciones tecnológicas y del régimen estatutario profesional del Cuerpo Único Notarial.

Por último, no podemos obviar la referencia al hecho de que en algunas actuaciones incluidas en la función certificante de los notarios, se produce una simbiosis entre la función estrictamente fedataria y la función

pericial, de tal manera, que el resultado final de esta actividad no procede de ninguna transcripción ni de ningún cotejo, sino que viene a recoger el resultado de una peritación previa, dotándola de una especial probidad al incorporarla a un documento de especial solemnidad y efecto cual es el documento público. Sin menosprecio hacia otro tipo de certificaciones, creo que a la que nos referiremos debe prestársele una especial atención, puesto que es una de las pocas vertientes de la actividad del notario donde confluye su doble vertiente de fedatario público y de perito en materias económicas, contables y financieras, dotándole de una excelente adecuación en todo el ámbito probatorio de la contratación, proyectada hacia su vertiente procesal.

II. Clases

Dada la extensión de la tipología de certificaciones que por parte del notario se pueden expedir, siendo distintas en cuanto contenido, extensión, solicitante, así como efectos que se pretenden, parece conveniente no sólo enumerarlas refiriéndonos a sus principales características, sino establecer un orden sistemático que permita una mejor comprensión, así como una visión global de su tipología.

Evidentemente, son muchos y variados los criterios con que se puede ordenar a una serie de individuos. Soy consciente de que la clasificación presentada no es la única posible, que es manifiestamente mejorable. Sobre su adecuación e idoneidad es al lector a quien cedo la última palabra.

La sistemática empleada se apoya en bases doctrinales, normativas y funcionales, distinguiendo dos grandes bloques en función de que las certificaciones emitidas por el notario procedan o no de lo que este profesional tiene asentado en su libro-registro. Así, pues, tenemos:

1. Propias.

Son las que se refieren a hechos, actos o contratos que figuran asentados en el Libro-Registro de operaciones del notario.

1.1.1. Totales. Reflejan todo el contenido del asiento a que se refieren, incluso con su numeración, tomo y fecha de inscripción en el Libro-Registro, exponiéndolo de manera literal.

1.1.2. Parciales. Como su nombre indica, se refieren únicamente a los aspectos de un asiento que interesan y pueden ser conocidos por quien solicita la expedición de la certificación. Este supuesto se da cuando en

un contrato intervienen varias personas, y la solicitud de expedición de certificación, con expresión literal del fragmento, interesa a uno o varios de los otorgantes, no a todos.

1.1.3. En extracto. Es aquella que se expide sobre la totalidad del asiento obrante en el libro-registro, pero de una manera sintetizada, con referencia a aquellos elementos del asiento que se consideren de mayor interés en función del motivo por el que se solicitan. También se la denomina “en relación”.

1.2.1. Positiva. Podemos incluir aquí cada una de las tres clases anteriores, ya que a la solicitud de expedición de certificado, el notario responde positivamente, puesto que existe un asiento en su Libro-Registro sobre los extremos que se le recaban.

1.2.2. Negativa. Plantea problemas este tipo de certificación, pues, como afirma FUGARDO, los hechos negativos, en principio no deben probarse, y la certificación implica la existencia de un asiento. El Código de Comercio, en su artículo 95,4.º, admite la certificación positiva, y en cambio prohíbe la que no se refiere directamente a hechos que constan en los asientos de sus libros (art. 96,5). A pesar de esto creemos que es posible expedir certificaciones negativas, pues no todas provienen de asientos del libro-registro, como veremos más adelante, y se requiere de una interpretación amplia, puesto que pueden ser de gran utilidad en supuestos de extravío, cuando se presentan dudas sobre si tuvo lugar la intervención del notario en un determinado contrato.

1.3.1. La prevista en el artículo 87 del Reglamento de Corredores de Comercio, relativa a las cuentas de resaca en plazas no bursátiles, de hecho ineficaz al haber sido derogado el artículo 528 del Código de Comercio por la Ley Cambiaria y del Cheque.

Esta clasificación de las certificaciones propias es susceptible de otras subdivisiones; la primera de ellas, según se trate de contratos aislados o conexos que aparezcan en el libro-registro; la segunda está en función del solicitante, según sean los propios otorgantes, sus causahabientes, sus apoderados, la Autoridad Judicial, la Administración Tributaria, etc. También pueden darse primeras, segundas y sucesivas certificaciones de cada uno de los asientos, con lo que seguiríamos complicando la clasificación.

2. Impropias.

Son las que no proceden de asientos registrados en el Libro-Registro de operaciones del notario.

2.1. El documento fehaciente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que nos referiremos con más detalle a lo largo de este trabajo.

Existían otros supuestos de certificaciones impropias en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil que no han tenido reflejo en la actual, se referían a la liquidación de deudas materializadas en efectos de comercio y a determinadas subastas.

Sobre las certificaciones impropias habrá que estar a su normativa específica, puesto que no proceden de asientos existentes en el Libro-Registro. Sin embargo, pueden o deben, según casos, asentarse en él, con lo que a su vez pueden pasar, en la expedición de segundas o sucesivas certificaciones, a ser certificaciones propias, en el sentido que veníamos dando a tal denominación, aspecto este que, con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil tendrá gran importancia.

III. Naturaleza jurídica de estos documentos

Considero necesario establecer una previa matización, en el sentido de aclarar que no se le debe conferir el mismo nivel jurídico a todo tipo de certificaciones notariales. Ya veíamos en el punto anterior, al referirnos a la clasificación de las certificaciones, la existencia de dos grandes bloques iniciales, que denominábamos propias e impropias, según procedieran del libro-registro de operaciones, o que su procedencia fuera ajena al mismo, diferencia que en la práctica puede ser neutralizada sin demasiadas dificultades, reduciendo la totalidad de certificaciones a la categoría de propias, siguiendo el procedimiento comentado anteriormente.

Con relación a las certificaciones propiamente dichas que, como se viene manifestando repetidamente, son las que provienen de los asientos del libro-registro oficial, destaca por su importancia la regulada en el artículo 517,5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se configura como documento público y solemne según el artículo 317,3.º de la Ley Rituaria. Por tanto, a estos documentos le serán de aplicación las disposiciones establecidas en el Código civil en sus artículos 1.216 y siguientes, relativas a los documentos públicos, así como las referencias positivas que sobre este mismo tipo de documentos aparecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil referentes a su fuerza probatoria y eficacia en los procedimientos.

El carácter público y solemne exige una serie de requisitos en su pro-

ceso de generación, que en su aspecto subjetivo suponen dejar constancia en ellos del notario titular de los libros en los que figure el asiento que se certifica, en su caso, del notario sustituto del anterior, del depositario de los registros, y en los supuestos de contratos formalizados con la intervención de dos o más notarios, cada uno de ellos lo hará sobre el alcance de su intervención.

Su expedición se hará previa petición de parte interesada (art. 95,4.º del Código de Comercio), sin conculcar lo dispuesto en el artículo 95,3.º del Código de Comercio sobre secreto profesional, limitada, en todo caso, por la prohibición establecida en el artículo 96,5.º del mismo Texto Legal.

Se expiden en un plazo de quince días de acuerdo con el artículo 36 del Reglamento de Corredores de Comercio, modificado por Real Decreto 1251/97, de 24 de julio, precepto que considero excesivamente parco en cuanto al establecimiento de sistemas de control documental para el cómputo del plazo y del orden de expedición.

La otra clase de certificaciones expedidas por notario son aquellas a las que denominaremos impropias por no proceder de asientos del libro-registro, pues son documentos en los que el notario, a instancia de parte, refleja los hechos, documentos y circunstancias que presencia, le constan y deduce.

Estas certificaciones se instrumentan en forma de actas que, según lo establecido en el Reglamento Notarial, en su artículo 207,4.º, se denominan “de exhibición de documentos”. Sin embargo, del contenido del propio precepto parece deducirse solamente un aspecto formalista de su aplicación, pues sólo se refiere a la coincidencia del saldo, y no a la bondad de su liquidación tal y como exigía el artículo 1.435 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, y exige el artículo 573,2.º de la vigente Ley Rituaria.

Sin embargo, ante estas limitaciones, ha tenido que ser, una vez más, la práctica profesional quien ha conformado un acta, con connotaciones de las de presencia, que reúne la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiendo al notario introducir las observaciones que, derivadas de su actuación pericial sobre la documentación que se le aporta, permitan incrementar el nivel de bondad y especialidad de la actuación practicada.

Estas actas, que en la práctica se conocen como “certificados de saldo” y circulan en ejemplar original, son documentos públicos y se asientan en el libro-registro de operaciones.

IV. La integración prevista en el artículo 517,5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La llamada “certificación de conformidad” tiene gran importancia en el contexto de la función certificante del notario, y en determinadas fases del ciclo económico se suelen producir con más frecuencia de la deseada. Desde el punto de vista funcional, operativo y de contenido, su utilidad es doctrinalmente controvertida, debido probablemente a los distintos enfoques legislativos que sobre este documento de ejecución se han venido produciendo.

La actual redacción del artículo 517,5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene como primer antecedente el artículo 306,6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los negocios y causas de Comercio de 24 de julio de 1830, que estableció el carácter ejecutivo de: “... Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de Corredor Público, que estén firmadas por los contratantes y por el mismo Corredor que intervino en el contrato”.

Pues bien, en la primitiva redacción de 1830, como afirma V. DOMINGO, el procedimiento estaba de acuerdo con la naturaleza y forma de las pólizas intervenidas; por tanto, no se exigía certificación de conformidad tal y como hoy se entiende; sin embargo, se precisaba un enlace de la póliza original con el libro-registro, que, haciendo constar que la póliza había sido reglamentariamente asentada, sería, en definitiva, el único elemento documental que necesitaría ser acreditado por el fedatario.

El referido engarce aparece por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su artículo 1.429,6.º, donde, al introducir la certificación de conformidad, dispone: “Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Público, que estén firmadas por los contratantes y por el Agente o Corredor que intervino en el contrato, con tal que se compruebe, en virtud de mandamiento judicial y con citación contraria, con su registro, y este se halle arreglado a las prescripciones de la Ley”. Supone un cambio radical desafortunado respecto del procedimiento existente hasta entonces, pues, como afirma V. DOMINGO, “se le dio al precepto una redacción con mentalidad civilista, ... pretendiendo aplicar a las pólizas intervenidas unas injerencias que prácticamente supondrían desvirtuar su eficacia y sentido propio. Partiendo del error de considerar como original el asiento del libro-registro, se consideró la póliza original como una copia”.

Como acabamos de ver, la reforma de 1881 supuso un paso atrás, una pretensión generalizadora proyectada sobre un aspecto de la fe pública, o, aun cuando parezca increíble, la materialización de un profundo desconocimiento del sistema de circulación documental.

De cambio funcional podemos calificar el introducido por la Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 16 de diciembre de 1954, al modificar el citado precepto y disponer, en su apartado sexto, que se acompañarán a la demanda como título que tiene aparejada ejecución: “las pólizas originales de contratos mercantiles firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio Colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos Agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de estos”. Con esta redacción, el legislador no entra en el fondo del problema, si bien suprime el cotejo judicial de la Ley de 1881. Mantiene la misma postura errónea cuando equipara formalmente la circulación en el ámbito mercantil de la escritura pública con la de la póliza intervenida, sin tomar en consideración que el aspecto relativo a la formalización de los instrumentos, así como su régimen de circulación, es claramente distinto.

En el preámbulo de la Ley de 1954 se afirma que la compulsa judicial es un instrumento previo dilatorio y hasta injustificado; PRIETO CASTRO resalta que, al considerarse injustificado, se está afirmando implícitamente que el fedatario da fe de que existe conformidad entre la póliza original y el asiento de su libro-registro, sin necesidad de ninguna acreditación adicional proporcionada por algún tipo de autoridad. Podría haberse suavizado esta exigencia procesal mediante la utilización de una diligencia extendida por el fedatario en la propia póliza, advirtiendo de la posibilidad de expedir, cuando se precise, la correspondiente certificación de conformidad.

En mi opinión, la solución anterior parece excesiva, pues mantiene el sistema de ratificación de la conformidad en todos y cada uno de los supuestos en que se pretenda iniciar un procedimiento ejecutivo. Considero más razonable que la repetida certificación de conformidad se expida cuando la póliza original aportada al procedimiento sea impugnada por alguna de las partes; o bien, en caso de divergencia entre los ejemplares de una misma póliza, resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Comercio.

La solución propugnada debe complementarse con la exigencia de que se expidan tantos ejemplares, todos ellos originales, como partes intervengan, aspecto parcialmente resuelto por la Ley de Crédito al Consumo, que en su artículo 6,1.º establece la obligación de entregar a cada parte un ejemplar debidamente firmado, a lo que me permito añadir la conveniencia de especificar en cada ejemplar de la propia póliza al destinatario para quien se expide.

Con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, se ha perdido una oportunidad de adecuar el procedimiento de integración del tí-

tulo ejecutivo derivado de las pólizas mercantiles a su propia ley de circulación, así como a las nuevas tecnologías. En esta norma, el legislador mantiene una redacción sustancialmente idéntica del artículo 517,5.º respecto al anterior 1.429,6.º. El motivo del continuismo debe estar basado en el aceptable resultado del sistema, pese a su complejidad, durante el período anterior. Sin embargo, la bondad del sistema no impide, a mi juicio, la posibilidad de introducir modificaciones más acordes con las circunstancias actuales y con los principios de formalización y circulación del soporte documental en que se basan.

V. Estudio del documento fehaciente del artículo 573,2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Antes de referirnos propiamente al contenido del artículo 573,2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta imprescindible hacer una extensa referencia al artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en especial a su párrafo cuarto, destacando sus notas características, su proceso de gestación, su relación con otras disposiciones, consideraciones doctrinales sobre su contenido, propuestas normativas abortadas, etc.

Los motivos de estas necesarias referencias se encuentran en el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 7 de enero de 2001, que implica la inexistencia de contraste de este precepto desde el prisma jurisprudencial y doctrinal, así como el mantenimiento en la Ley Rituaria Civil vigente del mismo esquema esencial, con las matizaciones que comentaremos más adelante, que el introducido en la Ley de 1881 por la reforma de 1984.

Como es sabido, el párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, redactado conforme a la Ley 39/84, de 6 de agosto, disponía lo siguiente:

“Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta ley, se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquella se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.”

Cuatro son los aspectos del novedoso sistema introducido en la Ley Rituaria Civil, necesarios para su aplicación:

- 1) Se refiere únicamente a aquellos contratos otorgados por entidades financieras que sean a su vez de naturaleza mercantil.
- 2) Los contratos deberán formalizarse utilizando una forma especial, cual es la escritura pública o la póliza intervenida, con lo que adquieren la condición de título ejecutivo.
- 3) La utilización del procedimiento para la determinación de la liquidez a que nos venimos refiriendo deberá pactarse de manera expresa en el propio documento contractual.
- 4) Con el procedimiento se determina la bondad de la liquidación y la del saldo final.

En cuanto a la génesis de este precepto, desde el punto de vista doctrinal, existen distintas opiniones. Para el profesor EDUARDO POLO, el origen lo podemos encontrar en el artículo 102 del Reglamento del Banco de España, aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1935; posteriormente, en el artículo 103 del Reglamento del Banco de España, aprobado por Orden de 23 de marzo de 1948, y al final, en la Orden de 21 de abril de 1950, disposición polémica que desdobra en dos el contenido del artículo reglamentario anterior, añadiendo como garantía más formal que sustantiva el acompañamiento mediante diligencia expedida por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio de la certificación expedida por la entidad acreedora. A nadie se le oculta la enorme controversia que desde el punto de vista judicial, así como desde el doctrinal, suscitó la citada Orden, tanto por razón de lo que se consideró como la concesión de un privilegio injustificado, como por su propio rango legal. Probablemente por esta problemática, tras el Decreto de 15 de octubre de 1982, se modificó el artículo citado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para consagrar legalmente lo que hasta entonces había sido una práctica bancaria amparada por una Orden ministerial.

Destaca JOSÉ MANUEL MARCO COS (*Cuadernos de Derecho y Comercio*) que, si bien la Orden de 21 de abril de 1950 es el precedente más directo e inmediato del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma del 6 de agosto de 1984, son considerables las diferencias existentes entre ambas disposiciones, hasta el punto de que no puede decirse que la última sea continuación de la anterior. El repetido precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior se limita a decir cuándo se tendrá por líquida la cantidad exigible por la Entidad acreedora, partiendo de un pacto contractual previo que admite que la misma expida la certificación, con un informe pericial fehaciente de control, pudiendo todo ello supeditarse a la valoración judicial. Frente a esto, la Orden de 1950

venía a decir que el saldo determinado y certificado unilateralmente por la entidad acreedora hará fe en juicio, y a ella deberá someterse el deudor, restringiendo, además, la valoración que de la prueba pudiera efectuar el órgano judicial.

Sin embargo, el TC, mediante auto 541/84, de 26 de septiembre, no admitió un recurso de amparo que alegaba que la OM de 21/4/50 era inconstitucional, afirmando que "... no es una prueba que rompa el principio de igualdad de las armas en el proceso, sino una forma especial de organizar un título ejecutivo como supuesto de hecho de apertura de un juicio, pero no una prueba que, en cuanto tal, pueda concebirse como privilegiada...".

Esta situación normativa resultaba difícil de mantener a partir de la promulgación de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, norma integrante del denominado sistema de control de los contratos de adhesión y germen de la posterior Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998; aquella Ley, coetánea con la modificación operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí que puede ser considerada, a mi juicio, como línea generatriz del repetido artículo 1.435, estando ambas incardinadas en el propio texto constitucional, concretamente en su artículo 51.1, cuando dispone que: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

Su valoración no fue pacífica, y así como el profesor DE LA OLIVA la calificó como una de las normas más oscuras de las recientemente promulgadas, otros autores propugnaron su inmediata derogación, pues crearía costes innecesarios por la irregularidad que genera al ser susceptible de diversas interpretaciones, amén de mantener innecesarios formalismos. Probablemente estas posturas sean excesivamente negativas, conviniendo más, a los efectos prácticos, pasar de la simple unilateralidad de la entidad de crédito en la fijación del saldo, a la incorporación de un control realizado por fedatario público sobre la fijación del saldo, así como sobre la calidad y bondad del procedimiento utilizado para ello.

En cuanto a su significado, considero que es más complejo de lo que podría deducirse de su propia literalidad; no se trata únicamente de uno de tantos documentos en donde constan una serie de diligencias expedidas por el fedatario público sobre un documento previamente aportado por un tercero; además de esto, aparece un juicio técnico formulado por experto independiente, a la vez que fedatario público, basado en unas actuaciones periciales previas, manifestando su conformidad o no sobre las comprobaciones efectuadas en su vertiente jurídica, económica, financiera y contable.

Como afirma F. VICENT CHULIÁ: “La actividad de liquidación y cuantificación del saldo por la Entidad de crédito está caracterizada por ser «interesada», por ser unilateral y por constar en documento no fehaciente, en sentido propio. El documento fehaciente ha de ser obra de la actuación de un tercero, que ha de ser un fedatario público: un Notario”.

Algún sector de la doctrina, a la vista de la complejidad que la fijación de la cantidad líquida supone, pero tomando en consideración el interés de dicho sistema, propuso la necesidad de extender esta verificación pericial a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Esta pretensión ha sido reforzada por alguna resolución judicial (sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de enero de 1993). Sobre esta cuestión, con total respeto a cualquier opinión mejor fundada en Derecho, considero que los contratos a que nos estamos refiriendo no están exentos de poder integrarse con el documento fehaciente cuando las controversias pretendan suscitarse por el procedimiento ejecutivo, por cuanto que en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente quedaban excluidas las cuentas corrientes garantizadas con hipoteca. Además, desde el punto de vista práctico, era considerable la petición de documentos fehacientes, similares a los que nos estamos refiriendo, para su utilización adicional en los procedimientos especiales de ejecución previstos en la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

Considero de interés la referencia al artículo 87 del último proyecto de reforma del Reglamento de Corredores, que no se incorporó a la modificación del Reglamento efectuada en virtud del Real Decreto 1251/97, de 24 de julio, puesto que en su día fue negativamente dictaminado en el informe preceptivo que emitió el Consejo de Estado. No consideramos acertada su exclusión, puesto que, como veremos, venía a determinar con precisión el contenido del documento fehaciente, el procedimiento para su elaboración, al tiempo que resolvía una serie de cuestiones, que a pesar del paso del tiempo permanecen sin adecuada solución normativa, recobrando interés su contenido ante futuras reformas del Reglamento Notarial.

Su texto era el siguiente:

“Para la expedición de los documentos fehacientes que los Corredores de Comercio autoricen a los efectos del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se observarán las siguientes normas:

1. La entidad acreedora interesada deberá entregar al corredor de comercio en cuyo ámbito de jurisdicción territorial radique el Juzgado ante el que haya de presentarse la demanda ejecutiva:

a) Un ejemplar o copia del documento que haya de servir de título para la ejecución.

b) Una certificación expedida por la entidad en la que se especifique la cantidad líquida exigible al deudor y que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.

c) Los restantes documentos que corresponda y que permita al corredor efectuar las verificaciones técnicas oportunas.

2. Si en el contrato no se hubieran reflejado de forma explícita los tipos de interés o comisiones aplicables, la entidad requirente deberá acreditar al corredor de comercio cuáles han sido éstos y la referencia de donde han sido obtenidos, haciéndose constar todo ello en el documento.

3. El corredor verificará, atendiendo a los documentos contables que le hayan sido presentados y por procedimientos matemático-financieros y contables generalmente admitidos, si la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.

4. Verificada positivamente la cuenta, el corredor expedirá el documento fehaciente, en el que hará constar, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Los datos y referencias que permitan identificar las personas interesadas, el título ejecutivo y la documentación examinada por el fedatario.

b) Que, a su juicio, la liquidación se ha efectuado conforme a lo pactado por las partes en el título ejecutivo. Asimismo, el documento podrá contener cualquier tipo de precisión, aclaración o comentario de carácter jurídico, contable o financiero que el corredor de comercio estime oportuno.

c) Que el saldo especificado en la certificación expedida por la entidad acreedora, que se incorpora al propio documento fehaciente, coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

d) Que el documento se extiende a los efectos previstos en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) Lugar, fecha de expedición, firma y sello del corredor de comercio.

5. En la cuenta presentada por la entidad acreedora y al pie del saldo resultante de la liquidación, el fedatario hará constar, por medio de diligencia que sellará y firmará, que ha sido examinada por él. Igualmente, procederá a sellar y rubricar el resto de la documentación aportada, de la que conservará copia en su archivo.

El corredor de comercio asentará en su libro-registro el documento fehaciente por él autorizado, junto con la certificación expedida por la entidad acreedora requirente y la diligencia extendida al pie del saldo en la documentación contable.

6. Aquellos otros documentos destinados a acreditar la determinación de cantidad líquida que se expidan a efectos distintos de los previstos en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acomodará a los requisitos formales y materiales establecidos en este artículo, con las

especialidades requeridas por el acto o contrato del que se derive la obligación líquida. En este supuesto el corredor hará constar expresamente el alcance y eficacia de su intervención.”

Pues bien, vistos los antecedentes inmediatos del sistema procesal que nos ocupa, contemplados sus distintos aspectos, pasamos a referirnos a la regulación de este sistema en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, haciendo previamente unas sencillas observaciones.

La primera en el sentido de afirmar que el mecanismo procesal de fijación de la liquidez de la deuda, introducido en 1984, es perfectamente extrapolable a la Ley del 2000, puesto que lo esencial se mantiene. La segunda es relativa a la ampliación del número de preceptos que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil recogen el sistema del párrafo cuarto del anterior 1.435, esquema que puede ser debido a la necesidad de establecer nuevas matizaciones a la vista de su experimentación y de los problemas planteados desde su promulgación en 1984.

Partiendo de la permanencia esencial del sistema que nos ocupa, de la validez de lo dicho sobre el repetido artículo 1.435, para evitar innecesarias repeticiones, me referiré, de forma sucinta, a las innovaciones más importantes que, a mi juicio, se han introducido en la Ley 1/2000.

El artículo 1.435 anterior se proyecta sobre la presente Ley de Enjuiciamiento Civil, dando lugar a varios preceptos, cuyo engarce nos proporciona el procedimiento a utilizar. El sistema se encuentra regulado en los artículos 572, 573, 574, 575, y en otras referencias expresas a lo largo de su articulado.

Como novedades más destacables están:

1) La considerable ampliación de su ámbito de aplicación, pues de un sistema referido únicamente a contratos otorgados por las entidades financieras y que además fueran de carácter mercantil, se ha pasado a otro en el que se admite la concurrencia de cualquier otorgante, con independencia de la actividad a que se dedique, así como su extensión a los contratos civiles.

Las razones de esta ampliación cabe buscarlas en la convicción del legislador sobre la utilidad del procedimiento y sobre los resultados obtenidos desde su implantación, dotando a otras relaciones contractuales de un instrumento procesalmente eficaz.

2) Se ha suprimido la referencia a la coincidencia del saldo; la modificación cabe considerarla como una mejora técnica introducida por el legislador, puesto que se considera que, desde la bondad de una liquidación, se tenga que llegar inexorablemente a la bondad de un saldo determinado, evitando con ello redundancias. A pesar de esto, creo que el saldo debe seguir figurando de forma clara en el documento fehaciente, por cuanto determina la cuantía exigible.

Desde el punto de vista práctico, ya no será coherente denominar a estos documentos como certificaciones de saldo, pero no estaría tan mal seguir las identificando como certificaciones de liquidez.

3) De muy importante, por su proyección práctica, puede considerarse la modificación introducida por el artículo 574,2 al imponer la aportación del documento fehaciente del 573 para las ejecuciones en casos de préstamos o créditos a interés variable, así como para los supuestos de ajustes de paridades monetarias o tipos de interés. Sin embargo, desde el punto de vista técnico-financiero, resulta difícil entender cuál ha sido el motivo de excluir de este sistema los contratos de préstamo a interés fijo, puesto que las diferencias en su liquidación resultan de escasa entidad y no justifican su exclusión.

4) Por último, otra novedad destacable es la operada en el procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca, puesto que el artículo 685 exige que se acompañe a la demanda ejecutiva, en sus respectivos casos, los documentos a que se refieren los artículos 573 y 574. Aquí se plantea la dificultad de concretar los supuestos en que se debe de acompañar el documento fehaciente. Al parecer, no debería incluirse en los préstamos a interés fijo, pues aunque garantizados con un derecho real, no se incluyen en el artículo 574, de ahí su “innecesariedad”. Pero serán la doctrina y la jurisprudencia las que con el tiempo se encargarán de su concreción.

VI. Su constitucionalidad

De nuevo, el estudio de la constitucionalidad del sistema mantenido en los artículos 572 y siguientes de la Ley 1/2000 ha de hacerse sobre su precedente inmediato, puesto que la regla de actuación introducida por la Ley 24/84, de 6 de agosto, en el inciso primero del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ha sufrido la prueba de la cuestión de inconstitucionalidad a que fue en su día sometida por varios tribunales.

Varias son las sentencias del Alto Tribunal que inciden de manera directa en la adaptación al Texto Constitucional de este precepto de la anterior Ley Rituaria Civil, de las que no vamos a realizar un examen exhaustivo ni pormenorizado, pues no es el lugar idóneo y, además, ya ha sido realizado con profundidad por ilustres autores. Solamente nos limitaremos a dar unas suaves pinceladas sobre las conclusiones de este órgano judicial que afectan a la actuación profesional del notario. Por tanto, nuestra exposición sobre estas resoluciones será muy fragmentada, siendo conscientes de que su contenido dejó pendientes de solución muchos aspectos de la problemática suscitada.

En la primera de las sentencias, número 14/92, de 10 de febrero, se resuelve por su Pleno a favor de la constitucionalidad del citado precepto legal, es cierto que con un voto particular discrepante que propugnaba la declaración de inconstitucionalidad o, como alternativa a esto, proponía una interpretación integradora instaurando un trámite de audiencia al deudor en la formación del título.

Como señala el Tribunal Constitucional en esta sentencia, al referirse a la aportación del documento fehaciente en donde se adjunta la certificación del saldo, se le ofrece al juez la posibilidad de contar con el imprescindible auxilio técnico al efecto de poder controlar la demanda ejecutiva. Con esto se está reforzando la posición jurídica del deudor, impidiendo que la determinación del saldo adeudado quede sólo bajo el criterio del acreedor, debiéndose aportar al procedimiento el documento que acredite la bondad de la liquidación practicada, previa realización del ajuste formal de la cuenta que se requiera para la determinación del saldo, cuya cuantía no disfruta de un valor probatorio privilegiado, únicamente “se tendrá por líquida”. Criterio similar siguen las sentencias del Tribunal Constitucional 26/92 y 47/92.

Como dictamina el profesor VICENT CHULIÁ, en esencia, la ST Constitucional afirmó que:

a) No se viola el principio de igualdad, pues la facultad de certificar el saldo líquido, si bien se reserva a las entidades de crédito, se justifica en función de su posición y de la naturaleza de los contratos.

b) No atenta al principio del derecho de defensa jurídica, pues la facultad de integración es sólo un requisito para el acceso al procedimiento ejecutivo.

c) Se refuerzan los derechos del consumidor y en especial su posición ante una reclamación por parte de la entidad de crédito, sin que conculque en ningún momento el artículo 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público.

Interesa resaltar que el Tribunal Constitucional impone a los autores del documento la obligación y la responsabilidad de ser un “imprescindible auxilio técnico” para el juez, exigiendo la fehaciencia del documento, probablemente para garantizar una mayor independencia, que por ser de carácter pericial, basada en conocimientos jurídicos, económicos y financieros, debe de ser personalísima e indelegable.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional, la número 141/95, de 3 de octubre, viene a resolver, entre otros, un problema conceptual de orden jurídico, pronunciándose a favor de la identidad entre cantidad líquida y cantidad determinada, cuestión que en algunas resoluciones judiciales aparece poco clara, y de nuevo se pronuncia en el sentido de que el tan

repetido precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no dispone que la certificación expedida por la entidad acreedora, en la que se determina la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se tendrá por líquida.

Esta postura del Tribunal Constitucional despeja las dudas de algunas resoluciones judiciales en el sentido de cuestionar la expresión “a mi juicio” que figura en el acta expedida por el fedatario. Con esa expresión, el fedatario no se exonera de las obligaciones que el legislador le impone, simplemente manifiesta su limitación personal respecto a la información que ofrece al órgano judicial, porque no es resultado de la realización de una auditoría, sin que esto induzca creer que esta actuación se lleva a cabo con ligereza, puesto que el procedimiento liquidativo de la cuenta de que se trate no tiene por qué ser siempre idéntico; de hecho, en muchos casos se necesitan apreciaciones personales relativas a la interpretación del contrato, sobre todo de la proyección de lo jurídico sobre lo financiero-contable. En este caso, de lo que se trata es de crear una convicción en el órgano judicial, basada en un informe pericial fehaciente, que le permita iniciar un procedimiento con garantías para entrar con posterioridad en la cuestión de fondo con mayor detalle.

Habrá que esperar a que este Alto Tribunal se pronuncie sobre otros aspectos del documento fehaciente regulados en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya aplicación práctica sigue siendo problemática.

VII. Alcance objetivo de la intervención del fedatario

Uno de los problemas derivados de la aplicación del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, desde la reforma de 1984, consistía en determinar el alcance de la intervención del fedatario en el procedimiento de concreción de la liquidez.

Como suele suceder en estos casos, varias han sido las posturas formuladas que pretenden determinar el posicionamiento correcto; entre ellas, fundamentalmente dos, muy distintas entre sí en cuanto a solución propugnada, y que sin más dilaciones pasamos a exponer.

Una primera posición, que la doctrina denomina formalista, fue introducida por el Consejo Superior Bancario en su circular número LXV/84, de 19 de octubre. En síntesis viene a indicar que el requisito del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre que el documento fehaciente acredite que la liquidación se ha practicado de la forma convenida entre las partes, se refiere únicamente al procedimiento para establecer el saldo final, bien por el acreedor únicamente, o bien con intervención de

un tercero. Con esta circular se sugiere por el Consejo Superior Bancario que el documento fehaciente deberá limitarse a expresar el saldo deudor a favor de la entidad acreedora, afirmando que coincide con la cuenta abierta y que la liquidación se ha practicado de acuerdo con lo pactado en la póliza, refiriéndose a la cláusula del contrato en que se dispuso que la cantidad exigible sea la que resulta de la certificación expedida por el acreedor, obviando cualquier tipo de comprobación financiero-contable que permita determinar *a priori* la bondad de la liquidación practicada por el acreedor.

La postura formalista debe ser hoy en día rechazada; en primer lugar porque mantiene el mismo sistema que la OM de 21 de abril de 1950, con lo que las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tendrían sentido, sin perjuicio de la elevación de rango legal. Además, con este sistema no se tutelan los derechos del deudor, de lo cual deriva el repetido rechazo por la jurisprudencia menor sobre procedimientos ejecutivos. Por último, se evita el sentido de la enmienda número 539, presentada a trámite parlamentario por el Grupo Socialista, que pretendía reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede sólo al arbitrio de la entidad acreedora, introduciendo el control por fedatario del saldo y de la liquidación.

Como reacción al rechazo casi generalizado de esta postura, se produce un movimiento pendular, y se pasa a propugnar la interpretación del citado precepto en el sentido de considerar que el fedatario debe realizar una comprobación exhaustiva de la cuenta, pero no sólo del aspecto financiero-contable, sino también de la documentación que ha venido sirviendo de soporte de los distintos apuntes. Se trata de una postura maximalista tan discutible como la anterior. Como afirma MARCO COS (*Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre 1993), el legislador no pretende que el fedatario lleve a cabo una auditoría, lo que sucede es que se rechaza aquel documento fehaciente que no permita al juez llegar a la convicción de que la liquidación se ha practicado efectivamente en la forma pactada en el contrato, lo que conllevará comprobación de la liquidación y su ajuste con lo pactado.

La doctrina y la jurisprudencia se alejan paulatinamente de las dos posturas expuestas, no se considera suficiente que en la elaboración del documento fehaciente el fedatario se limite a practicar un cotejo entre el saldo contable y el certificado por el acreedor, ni tampoco se exige que el fedatario realice una verdadera auditoría técnico-contable sobre la cuenta y sobre los documentos soporte. A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Constitucional de 10/2/92, que se hubiera podido pronunciar a favor de una u otra postura por entonces claramente planteadas, tan sólo se limitó a decir que el precepto citado ofrece al juzgador "la

posibilidad de contar con el imprescindible auxilio técnico”, configurando la actividad del fedatario público como cuasipericial, permitiéndole verificar si la liquidación se ha practicado en la forma pactada, rechazando, pues, que el documento fehaciente se limite a una declaración meramente formal.

Se pretende que el examen que realiza el fedatario, plasmado en acta, pueda conducir al juez a la conclusión de que la liquidación se ha practicado de acuerdo con lo pactado, procediendo al despacho o denegación de la ejecución, sin que se precise de la certeza exigible para dictar la sentencia de remate, pues al ser distinta la finalidad de una y otra resolución, es lógico que los medios utilizados para llegar a una u otra también lo sean.

En la elaboración de este documento, para aplicar instrumentos contables y financieros, se precisa partir de normas y principios jurídicos, y de los pactos contractuales, pues si bien el documento fehaciente entra dentro del campo del Derecho Económico, su confección debe estar basada en el Derecho Positivo.

Según J. M. FUGARDO ESTIVILL (*Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre de 1995): “la liquidación de toda operación jurídico-financiera, supone aplicar, salvo pacto en contrario ajustado a Derecho, lo previsto en el ordenamiento jurídico: respecto al cálculo de días entre fechas (arts. 5 y 1.130 del Código civil); forma de imputación de las cantidades entregadas (art. 318 del Código de Comercio); principios *pacta sunt servanda* (art. 1.091 del Código civil) e *interpretatio contra stipulationem* (art. 1.288 del Código civil y 10 de la Ley Consumidores y Usuarios); buena fe contractual (arts. 57 del Código de Comercio y 10 de la Ley Consumidores y Usuarios); interpretación del contrato (art. 59 del Código de Comercio); efectos de la morosidad en las obligaciones mercantiles (arts. 63 del Código de Comercio y 1.100 del Código civil); prohibición de anatocismo sin perjuicio de contabilizar los intereses no satisfechos (arts. 317 del Código de Comercio y 1.109 del Código civil); por otra parte, en el documento contractual debe constar la fórmula explícita establecida para hallar el importe absoluto de los intereses devengados (OM de 12/12/89 y Circular 8/90, de 7/9, del Banco de España)”. A lo que añadido, para su actualización, la aplicación, en su caso, de lo dispuesto en los artículos 10, 13 y 19 de la Ley 7/95, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, así como en la disposición adicional primera de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Insisto en la necesidad de acompañar al acta expedida por el notario la documentación aportada por la entidad de crédito, donde consten las bases de cálculo utilizadas en las operaciones de liquidación, con las comprobaciones pertinentes.

Vemos, pues, que la complejidad puede llegar a elevados niveles en función del propio documento contractual, facilitando al órgano judicial el estudio y análisis de gran número de aspectos relativos a la liquidación, advirtiendo de posibles anomalías, sugiriendo ajustes, etc., tareas todas ellas que, hoy por hoy, aconsejan mantener este sistema de control e información, como así lo ha venido entendiendo el legislador al mantener ampliado subjetivamente este procedimiento en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, han aparecido algunas manifestaciones doctrinales que propugnan la vuelta a la denominada postura formalista. Una muy reciente publicada en *A. Civil* (número 6, febrero 2002) por M. A. VELÁSQUEZ MARTÍNEZ incide en separar los conceptos “determinación” de “liquidez”, olvidando la sentencia del Tribunal Constitucional 141/95 ya comentada; sugiere que el fedatario, con la nueva Ley, queda desprovisto de la posibilidad de peritar, entendiéndose que el sistema actual es sustancialmente distinto al de la Ley de 1984 y olvida otras posturas doctrinales, que se manifiestan con rotundidad sobre la subsistencia fundamental del sistema liquidatorio del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (S. ORTIZ NAVACERRADA, *A. Civil*, número 48, diciembre de 2000).

VIII. Alcance temporal

Nos encontramos aquí ante una cuestión aparentemente pacífica, cual es la de la determinación de la extensión temporal en la vida de un contrato intervenido, a que debe extenderse la labor pericial a realizar por el notario, para la expedición del documento fehaciente del artículo 573,2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La doctrina no se ha pronunciado sobre esta cuestión de forma específica, con lo cual se viene resolviendo en el ámbito estricto de la práctica profesional, que produce, como no puede ser de otra manera, una disparidad de criterios que distorsionan la necesaria uniformidad que debería existir en esta materia.

Sentadas las bases de lo que debe ser la actuación del notario, concretando su actuación en la comprobación de las liquidaciones de todo tipo que se dan en la documentación contable que se le exhibe, verificando su correspondencia con lo concertado en el contrato previo, se echa en falta que en el citado precepto de la Ley Rituaria no se explicita de forma clara y rotunda el período o períodos de la vida del contrato a los que debe extenderse el documento fehaciente.

Creo que esta falta de previsión legal no puede considerarse como un defecto de técnica jurídica en la redacción del precepto, pues de seguir-

se el criterio de contemplar puntualmente todos los aspectos, nos encontraríamos ante regulaciones positivas gigantescas, excesivamente sistemáticas y probablemente ineficaces en cuanto a su aplicación, y aun así, jamás se podría contemplar toda la problemática que sobre determinada cuestión podría plantearse.

El problema que aquí nos ocupa aflora en mayor medida en la expedición del documento fehaciente referido a los contratos de préstamo, pues en las comprobaciones de las cuentas de crédito se suele seguir el criterio de liquidar desde el primer apunte contable que corresponde al contrato, si bien, en el supuesto de renovaciones, se aplican criterios dispares sobre la concatenación de contratos sucesivos, así como sobre la determinación del inicio para su comprobación.

En los préstamos, como decíamos antes, se siguen varias posturas susceptibles de reconducir a dos. Una de ellas propugna la idea de que el análisis de la liquidación previa a la expedición del documento fehaciente debe comenzar desde la fecha en que se produjo el primer incumplimiento contractual. Consideramos que esta postura es muy discutible, pues supone introducir matizaciones restrictivas donde la propia norma no lo hace. Pero no creo que la deficiente utilización de las normas de interpretación sea lo más importante; la cuestión que, a mi juicio, tiene especial relevancia es la que, con la aplicación de este criterio interpretativo, escapan de la fiscalización del fedatario conceptos liquidativos de extraordinario interés, como son: la correcta contabilización de las distintas comisiones que se suelen devengar al inicio de la vida contractual, su valoración temporal, su pago, así como la adaptación conceptual a lo convenido en el contrato, amén de la correcta adecuación a las disposiciones emanadas de la autoridad monetaria.

Si cuanto acabamos de exponer ya tiene suficiente entidad como para no poder soslayar la trascendencia financiero-contable de los primeros pasos de la vida del contrato de préstamo, ni su reflejo en el documento fehaciente, una serie de hechos que se produce a partir de aquí revisten, si cabe, mayor importancia a la hora de su fiscalización; nos estamos refiriendo al control de las cuotas que en concepto de capital y de interés se han venido satisfaciendo por el prestatario a la entidad financiera. Siguiendo el criterio de certificar a partir del momento del impago, estaríamos aceptando la bondad de todos y cada uno de los pagos efectuados por el prestatario en concepto de intereses y de amortizaciones de capital, cuando no necesariamente tienen que ser correctos y adecuados a lo pactado. Digo esto puesto que el pago de algunas cuotas puede haber sido extemporáneo y se precisará, por tanto, verificar la aplicación a la demora de los intereses correspondientes.

Frente a esta postura está la que propugna extender la comprobación

a toda la vida del contrato, que por las razones expuestas, a *sensu contrario*, considero que es más ajustada a Derecho. Así pues, cuando se con venga la aplicación del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un contrato, especialmente de préstamo, la extensión de la comprobación reflejada en el documento fehaciente debe abarcar el período comprendido entre la formalización y el cierre, a no ser que en el propio documento fehaciente se excluya cualquier referencia al tipo de contrato y se refiera a la liquidación de una cuenta de cuotas impagadas.

Cuestión distinta es la referida a la liquidación de contratos en los que no se haya pactado la determinación de la liquidez. Estos supuestos, aun cuando pueda resultar extraño, se dan con frecuencia en el mercado financiero, solicitando del fedatario la expedición de un acta mercantil similar a la utilizada para los supuestos de aplicación del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es un caso distinto al anterior, y nada impide que el notario pueda expedir certificación donde acredite el importe de las cuotas impagadas, compruebe lo liquidado con lo pactado y determine el saldo. Estamos ante una labor pericial realizada por un fedatario, no sujeta a lo reglado por la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando se basa en su sistema. Respecto al período que debe incluirse en la verificación, entiendo que, al ser un caso atípico, deberá ceñirse a lo solicitado por el acreedor en la propia certificación que aporte, que, en original, deberá adjuntarse al documento fehaciente.

IX. La determinación de la liquidez en los contratos de préstamo

Tampoco existía unanimidad doctrinal ni jurisprudencial sobre la aplicación del pacto de liquidez regulado por el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 a la totalidad de los contratos de financiación. Si bien respecto a alguno de ellos la situación la podemos calificar como de pacífica, como es el caso de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, en cambio, para los de préstamo y los de arrendamiento financiero, la situación dista mucho de serlo.

Las posturas existentes sobre liquidez e iliquidez en contratos de préstamo, desde un prisma jurisprudencial, se mantienen alejadas. No se observan signos de aproximación en las resoluciones judiciales de la jurisprudencia menor, y a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la modificación del año 1984, ya derogada, no se han sentado unas bases claras y diáfanas y, por el contrario, se mantienen posiciones divergentes. Como muestra de las resoluciones que apoyan una u otra postura cito algunas sentencias, de entre las muchas que existen, que vienen a corroborar la divergencia apuntada.

Como resoluciones contrarias a la aportación del documento fehaciente podemos citar la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 30 de julio de 1987, en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Zamora de 21/3/89, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 1990, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de diciembre de 1991 y otras muchas. En todas ellas el denominador común es afirmar que, en el contrato de simple préstamo, la cantidad adeudada es líquida por naturaleza, o que, en su caso, la liquidez puede ser fácilmente fijada por “simples operaciones aritméticas”.

Frente a esta muestra de resoluciones, podemos aportar otras que mantienen un criterio diametralmente opuesto, resolviendo en el sentido de que en todos los contratos de activo otorgados por entidades financieras debe cumplirse el requisito de fijación de la liquidez a que se refiere el artículo 1.435, con independencia de que se trate de un simple contrato de préstamo. Esta postura la mantienen, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de septiembre de 1990 y otra de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de febrero de 1991 con aportaciones y matizaciones muy interesantes.

Se dan otro tipo de resoluciones judiciales que adoptan una postura intermedia, tal es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1993, en la que de manera no muy explícita se reconoce que...“a pesar de ser el título ejecutivo una póliza de préstamo, que de ordinario sólo requiere simples operaciones aritméticas para su liquidación y fijación del saldo, el supuesto enjuiciado presenta unos matices especiales...”. Probablemente estos matices especiales se refieran a la variabilidad de los tipos de interés, entregas a cuenta, demoras, etc.

Llama la atención la coincidencia en gran número de sentencias de la misma línea argumental, pero sobre todo la utilización de la expresión “simples operaciones aritméticas”, olvidando a menudo lo establecido en tal expresión. JOSÉ RAMÓN CANO RICO advirtió que este tipo de argumentos demuestra un cierto desconocimiento sobre el desarrollo y funcionamiento del sistema financiero español y sus métodos de contratación crediticia. Añadiendo que esta simplicidad aritmética se contenía, y por ello pudo haber creado la confusión, en el (derogado) artículo 131-4.º de la Ley Hipotecaria al exigir que en el procedimiento judicial sumario deberá acompañarse el documento que, cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiere pactado interés variable, permita determinar dicho tipo con exactitud, ya sea directamente, ya mediante “una simple operación aritmética”.

No supone ninguna incorrección el afirmar que la liquidación de un contrato de préstamo se realiza mediante “simples operaciones aritméti-

cas”, pero advierto que las referidas operaciones son meros instrumentos y, como la mayoría de herramientas de todo tipo, se caracterizan por su sencillez. Sin embargo, la utilización de estos términos puede que no sea correcta en el contexto en que se incluyen, puesto que no es lo mismo hablar de simplicidad del instrumento que de simplicidad del sistema al que se aplica el instrumento, o sea, al proceso de planteamiento jurídico-financiero-contable, que es lo realmente complejo en el procedimiento para la fijación de la liquidez. A título de ejemplo, piénsese lo que se puede hacer con un instrumento tan sencillo como un simple pincel.

Afortunadamente, existen otras sentencias que, demostrando un profundo conocimiento de la realidad a enjuiciar, desmenuzan con exquisitez todos y cada uno de los aspectos. Como ejemplo, nos podemos referir a la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 19 de noviembre de 1996, que, aun cuando se refiere a la liquidez de un préstamo formalizado en pagaré en blanco no intervenido por fedatario público, formula interesantes precisiones al afirmar, que “La garantía de la intervención del corredor mercantil en los dos momentos indicados se hace más patente en la actualidad, si se cae en la cuenta de que la frontera entre las operaciones de préstamo con devolución de cuotas fijas, y las de crédito, en teoría de más compleja liquidación, resultan cada vez más desdibujadas, y así obsérvese que, en la antes citada cláusula décima, ya el Banco alude a que la determinación del saldo deudor que habría de figurar en el pagaré se obtendrá mediante la suma de los siguientes conceptos:

- 1) Importe de las cuotas impagadas a la fecha del vencimiento.
- 2) Sobre tales cuotas se han de calcular los intereses de demora, al tipo pactado, computados desde el respectivo vencimiento de la respectiva cuota y, a su vez, esos intereses así calculados han de ser capitalizados en la forma que prevé el artículo 317 del Código de Comercio, esto es, aumentarán el monto de capital y, como tal, devengarán nuevos intereses.
- 3) El capital que, a la fecha del vencimiento, quedare por amortizar, deducido de los recibos impagados en aquella fecha.
- 4) A su vez, sobre ese capital que quedara por amortizar han de calcularse los intereses proporcionales que hubiera devengado desde la fecha de vencimiento de la última cuota impagada hasta la fecha del vencimiento final o anticipado, en su caso, del préstamo.
- 5) Todas estas cantidades se incrementarán con los impuestos, comisiones y gastos que fueran repercutibles con arreglo a la Ley, incluidos los de formalización del pagaré”.

Por tanto, vemos que no estamos ante un supuesto de liquidación realizable a través de una “simple y sencilla operación aritmética”, con lo cual se hace precisa la garantía que supone la intervención del fedatario.

Añade además la sentencia, cuando se refiere al pagaré en blanco, que: "... no existía verdadera voluntad de obligarse cambiariamente, cuando al ejecutado se le impone la obligación de librar un pagaré y suscribirlo en blanco, con facultades del ejecutante de completarlo cuando se produce su vencimiento o el anticipado del contrato causal; y ello porque, al carecer, en el momento de la formalización del contrato causal de préstamo, el prestatario, de la labor de asesoramiento que ejerce el fedatario, no pudo formar su voluntad correctamente, pues no podía conocer el alcance cambiariamente hablando, de librar un pagaré en aquellas condiciones; de ahí que pueda hablarse de una voluntad viciada y, por tanto, inexistente lo que permite ahora dar acogida a la excepción prevista en el artículo 67,1.ª en relación con el artículo 96, ambos de la Ley Cambiaria y del Cheque por inexistencia de declaración cambiaria, al aparecer ésta viciada por deficiente formación de esa voluntad (derivada de la ausencia de información)".

F. VICENT CHULIÁ sintetiza los argumentos a favor y en contra de las dos posturas contrapuestas, enunciando, en primer lugar, los favorables que son las siguientes:

1) La reforma del 84 modifica la normativa anterior utilizando una fórmula amplia que incluye todas las operaciones activas.

2) Lo normal en la contratación de este tipo de operaciones no es encontrarse ante un "préstamo simple", sino que cada vez con mayor frecuencia aparecen contratos de préstamo con un número creciente de elementos financieros que incrementan su complejidad a la hora de determinar su liquidez.

3) El contenido del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe interpretarse, en lo concerniente a los párrafos 4.º y 5.º, como norma de protección del consumidor, lo que obliga a una interpretación y aplicación extensiva.

Los argumentos que apoyan la tesis contraria a la aplicación del artículo 1.435 a los contratos de préstamo son:

1. Los antecedentes del precepto indican que el régimen de liquidación unilateral estuvieron siempre referidos a apuntes de crédito ordinario o en cuenta corriente, nunca a préstamos.

2. Frente al argumento de que las SSTC 14/92 y 47/92 interpretan que la norma sólo es de aplicación a los contratos de crédito, VICENT CHULIÁ afirma que también el préstamo en cuenta corriente, como instrumento pactado, queda dentro del ámbito de las citadas sentencias.

3. Frente a la postura de que la aplicación del repetido precepto de la Ley Rituraria no procede, puesto que, aun siendo precisa la realización de operaciones para determinar la cantidad debida, ésta no puede reputarse como verdadera, responde el autor que lo mismo sucede con las sen-

tencias judiciales con ejecución aplazada en el tiempo por culpa del deudor, que devengan intereses legales o convencionales, y también se practica liquidación en el remate.

4. Por último, se afirma por algunos autores que la aplicación del régimen de liquidación establecido en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior podría perjudicar el rango de fecha que el ordenamiento atribuye al documento a los efectos de prelación. Sobre este aspecto, si bien se advierte que realmente el hecho de la liquidación pueda introducir distorsiones a los efectos de la preferencia de uno u otro documento, corresponderá al acreedor, en todo caso, la decisión de su utilización en aras de la bondad de la determinación de la cantidad reclamada.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, ha venido a resolver, aunque de manera parcial como apuntamos, la discordancia jurisprudencial y doctrinal sobre la cuestión que nos ocupa, pues en su artículo 574 exige la aportación del documento fehaciente del artículo 573,2.º para los supuestos de préstamos a interés variable. Es muy difícil aventurar la nueva posición doctrinal y jurisprudencial, aunque al establecerse la distinción en el propio texto legal no sería de extrañar que, en los supuestos de préstamos a interés fijo, la postura mayoritaria se inclinara por la no exigencia del documento fehaciente.

Como conclusión, me permito exponer mi posicionamiento, con total respeto a otras opiniones, en los puntos siguientes:

1. Considero que en esta cuestión debe de estarse, una vez más, con el principio proclamado por el artículo 1.255 del Código civil de total respeto a la soberanía de la voluntad de las partes en el ejercicio de la libertad de contratación, sin que tenga gran importancia que la mayoría de estos contratos sean de adhesión, pues el control refuerza la posición contractual del adherente. De tal manera, que la exigencia del procedimiento de integración regulado en los artículos 572 y 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se hubiere convenido, debe respetarse por el órgano judicial, siempre y en todo caso, sin otro tipo de consideraciones relativas a la sencillez y peculiaridades del procedimiento para determinar la liquidez del contrato a ejecutar.

2. En los supuestos en los que no se pacte el sistema de determinación de liquidez establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, será el propio órgano judicial, en ejercicio de sus atribuciones, previos los asesoramiento que se precisen, quien deberá determinar la necesidad o no de acudir al auxilio pericial cualificado del fedatario público, alejándose de la utilización de fórmulas prefabricadas relativas a la simplicidad de lo enjuiciado, que, en muchos casos, se alejan de la realidad e impiden la protección de los intereses de los usuarios de servicios financieros, que con tanta claridad propugna el artículo 51 de la Constitución Española.

X. Competencia territorial del fedatario

La determinación del fedatario territorialmente competente para la expedición del documento fehaciente a que se refiere el artículo 573,2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco está claramente resuelta ni en la propia norma ni en el vigente Reglamento de Corredores de Comercio, ni en el Reglamento Notarial, si bien es cierto que, en la fase previa a la última modificación del estatuto profesional del corredor, se pretendió introducir como anteproyecto el artículo 87, que determinaba con claridad la competencia territorial, *sin que resultara exitosa tal iniciativa*.

A mi juicio, la tutela de los derechos del deudor, así como motivos de eficacia procesal, aconsejan afrontar esta cuestión en el sentido de proceder a la determinación del notario competente, buscando conexiones fundadas y razonables.

El no profundizar sobre este asunto puede conducir, y de hecho es así, a una distribución territorial “caprichosa” que podría desvirtuar la función fedataria y pericial, *pues como indica VICENT CHULIÀ, “... el Fedatario debe percibir estos hechos contables a través de sus sentidos, aspecto difícilmente creíble bajo determinados supuestos que se dan en la actualidad. Si el documento fehaciente, añade, es un acta y como tal, un acta de presencia, exige la presencia física del fedatario público. Pero ello no significa imprescindible que el Fedatario tenga que personarse en la oficina donde se halle domiciliada la cuenta, sino la inmediatez de la captación por los sentidos del hecho sobre el que ha de dar fe, así como sobre la documentación soporte de la cuenta, sitos ambos dentro de los límites físicos de su circunscripción territorial”*. Esta situación, añadido, podría reorientar la postura de jueces y tribunales buscando instrumentos alternativos que resultarán más fiables.

Como estamos viendo, el alcance de la intervención del fedatario público se ha visto profundamente modificada por la Ley 34/84, pues de una *intervención puramente de trámite, eminentemente formalista, como la realizada al amparo de la OM de Justicia de 21 de abril de 1950*, se ha pasado a una actuación pericial-fedataria, tal como se deduce del repetido artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su redacción dada por las Leyes 34/84 y 10/92, sistema que se mantiene, con una serie de ampliaciones, en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

Sobre el aspecto pericial del fedatario incide el Tribunal Constitucional en su sentencia 14/92, de 10 de febrero, ya comentada, destacando el imprescindible auxilio técnico que el fedatario debe prestar al órgano judicial, labor pericial que podría quedar desvirtuada en el supuesto de no existir una inmediatez territorial entre la sede judicial y la del fedatario que expide el documento fehaciente, además de la negativa incidencia

que se puede producir sobre los plazos procesales y otras garantías jurisdiccionales.

De entrada, podría pensarse que el artículo 51 del Reglamento de Corredores de Comercio y los artículos 116 y siguientes del Reglamento del Notariado, al limitar la competencia del fedatario a la plaza que sirve, vendrían a resolver con carácter general el problema que se nos plantea, aspecto que resultó robustecido por la modificación del artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por Ley 10/92, de 30 de abril, declarando competente al juez natural para sustanciar el procedimiento ejecutivo, en el que la actuación del fedatario se configura como un auxilio pericial previo cualificado. Sin embargo, los hechos parecen demostrar lo contrario, y por ello, para buscar una solución de mayor contundencia, partiendo de una postura abierta, vamos a admitir la existencia de una laguna legal.

Partiendo de esta premisa, nos centramos en el contenido del artículo 127 del Reglamento del Notariado, y vemos que en este precepto se establecen normas de competencia territorial, en el sentido de atribuir la facultad de autorizar determinados instrumentos, que sean consecuencia de procedimientos judiciales, únicamente a determinados notarios en función de su plaza de residencia. En parecido sentido se pronuncia el artículo 128 del mismo texto legal.

Por esto, en principio, resulta paradójico que en determinadas actuaciones notariales precedidas por otras de carácter judicial, se limite la competencia del notario de forma clara y rotunda, y que sin embargo, en actuaciones notariales previas a las judiciales, con claros matices periciales y de asesoramiento, no se establezca una concreción competencial igual a la del caso anterior. Dije en principio, puesto que probablemente el no contemplar la segunda alternativa en el Reglamento del Notariado se deba a que el procedimiento de determinación de la liquidez mediante documento fehaciente se ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil con posterioridad al citado Reglamento. Cabría entonces plantearse la aplicación de la analogía para la resolución del problema que nos ocupa; sin embargo, en puridad, cabe considerar que con este sistema se estaría restringiendo la competencia de los notarios que no residieran en la plaza coincidente con la sede del tribunal competente; por esto, probablemente, se precise de una norma que de forma expresa regule esta situación, cuestión que podría abordarse en la inminente reforma reglamentaria, y vendría reforzada por el contenido de los artículos 50, 51, 52 y en especial por el artículo 54,2, todos ellos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como medida transitoria cabría considerar el establecimiento por parte del Consejo General del Notariado de normas deontológicas —exclusi-

vamente obligatorias para los colegiados— que interpreten y definan la forma de desarrollar esta actuación con exquisito respeto a la Ley.

Otro tanto de lo mismo podría afirmarse, con las debidas matizaciones, sobre la competencia territorial del notario en materia de notificaciones a que se refiere el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el segundo párrafo del punto segundo, procurando extremar las cauteles de acuerdo con la legislación notarial.

Es evidente que este posicionamiento limitará en más de una ocasión los intereses del proponente, pero mejorará la fiabilidad de la actuación del notario, adecuándola a lo que la Ley le exige.

XI. Recapitulación sobre el documento fehaciente

En una fase anterior a la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la Ley 34/84, de 6 de agosto, los fedatarios competentes para este tipo de actuación eran los agentes de cambio y bolsa y los corredores de comercio en virtud de lo establecido por la OM de 21 de abril de 1950; con posterioridad, el RD 2680/82, de 15 de octubre, equiparó la eficacia ejecutiva de los contratos formalizados en escritura pública con los formalizados en póliza intervenida por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio, debiendo ser el notario quien, en el supuesto considerado por el citado R. Decreto, determinaría y fijaría el saldo de la cuenta.

Con la promulgación del nuevo texto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la reforma de 1984, se pasa de una actuación eminentemente formalista a una actuación eminentemente pericial, aspecto este que viene a ser reconocido por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de febrero de 1992 y otras de similar contenido.

A nadie se le oculta la importancia que esta actuación profesional tiene para el Notariado, pues al producirse en la fase contenciosa de un contrato, normalmente de adhesión, se proyecta en defensa de los intereses del consumidor, parte más débil de la relación contractual, y centra su función en demandas que la propia sociedad le plantea a través de múltiples disposiciones legales.

Tal es la importancia de la cuestión que nos ocupa, que, en la fase de gestación parlamentaria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, otros colectivos profesionales muy cualificados se postularon, y aparecieron en el debate, para compartir con el Notariado la autoría de este tipo de documentos. Sin embargo, el legislador optó por dotar de fehaciencia al informe pericial previo.

La bondad del procedimiento introducido en el artículo 1.435 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, en su reforma de 1984, no sólo ha sido reconocida por el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, sino que ha sido potenciado principalmente en su ámbito subjetivo. Creo que no existe ningún motivo para abandonar la postura intermedia que se venía manteniendo, por ser la más adecuada con el mandato legal, a pesar de que, como hemos visto, afloran, de nuevo, partidarios de una posición formalista, de consecuencias más desequilibrantes para los contratos de adhesión.

El documento a que se refiere el repetido artículo 573,2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser el resultado, ineludiblemente, de una actuación pericial del propio notario, personalísima e indelegable, basada en sus propios conocimientos jurídicos, económicos, contables y financieros. Son instrumentos sencillos los que se utilizan, lo más complejo puede ser el planteamiento previo.

No parece admisible la sustitución oficiosa del notario por un experto. De darse el caso, no se autorizaría un acta en sentido propio, pues podría limitar a expedir un simple testimonio del documento preparado por el experto, alejándose, por tanto, de lo exigido por el mandato legal y desvirtuando el nivel del documento.

Por tratarse de una función pericial-fedataria, la autorización de estos instrumentos puede ser de utilidad, incluso, para los contratos en que no se haya pactado; en la práctica así suele ocurrir, unas veces se aporta a requerimiento del propio tribunal, y en otras, las más, lo suele aportar el acreedor por propia iniciativa y no se le rechaza. En este caso, el documento debería contener todos los aspectos a que nos hemos referido, con excepción de los preceptos legales reguladores del sistema y de la cláusula del pacto.

Sobre el período temporal a que debe referirse el documento fehaciente, ha quedado clara y motivada la conveniencia de verificar toda la vida del contrato. Caso de no ser posible, el notario deberá hacer constar con claridad el período comprobado y denominar objetivamente lo verificado de la forma más apropiada posible.

De desafortunada se podría calificar la exclusión de los préstamos a interés fijo de los supuestos en que se exige la aportación del documento fehaciente. Es de esperar que los órganos judiciales modulen, con buen criterio, esta indebida exclusión, así como en otros contratos no financieros de naturaleza civil o mercantil.

Respecto a la competencia territorial del fedatario, mantengo mis dudas sobre la existencia de un vacío legal; no obstante, considero de interés resucitar los aspectos que se consideren convenientes del artículo 86 del anteproyecto de reforma del Reglamento de Corredores de Comercio para su incorporación al nuevo Reglamento del Notariado, adoptan-

do, mientras tanto, medidas corporativas que ayuden a resolver transitoriamente este problema, que, como otros colaterales, constituyen motivo de preocupación en estos momentos. El binomio cantidad-calidad, en la función fedataria, no suele producir buenos resultados.

Para terminar, he de ratificar el carácter eminentemente práctico de este trabajo, al menos este ha sido mi propósito. No obstante, ha sido ineludible referirse repetidamente a determinadas posturas doctrinales y jurisprudenciales, así como a determinados preceptos legales y su gestión. He procurado plantear y tratar de aportar soluciones a determinados problemas que, con relación a esta actuación profesional, se plantean día a día; evidentemente no están todos los que son, ni lo bien resueltos que podrían estar, pero, en todo caso, no se debe desaprovechar la bondad de este importante instrumento para incrementar la utilidad social que presta el colectivo notarial y que viene a ser el justificante último de la existencia de toda profesión. Estamos en la Europa de los consumidores.

Marzo 2002

LA BUENA FE COMO VÍA PARA JURIDIFICAR LA MORAL

JOSÉ GARRALDA VALCÁRCEL

Magistrado del Tribunal Supremo jubilado

La visión retrospectiva de la actividad profesional de un viejo jurista, por fortuna lúcido, nos aflora claros recuerdos de algún caso que hubimos de afrontar en el que había patente antagonismo entre los preceptos de las normas legales y lo que pudiéramos llamar conceptos éticos ineludibles socialmente, cuya no consideración hubiera conducido sin duda a resultados inaceptables, por atentar a conceptos morales esenciales, a valores humanos prevalentes que, desconocerlos, hubiera dañado de modo grave situaciones muy dignas de protección jurídica y que hubo de resolverse acudiendo al juego de principios generales del Derecho, inspiradores de la regulación de ciertas instituciones en el Derecho Civil de aquella época.

Desde entonces, hace ya muchos años, consideramos como muy conveniente y hasta necesario que la Ley articulara una vía o mecanismo legal directamente encaminado a propiciar, en la contienda jurídica, el prevalimiento de principios éticos esenciales para la convivencia humana y esta inquietud es la que ha impulsado la redacción de estas breves reflexiones y el título que las encabeza y revela la finalidad perseguida.

Tras este preámbulo a modo de justificación, hemos de entrar en el estudio de la cuestión planteada.

La moral es un concepto ético-filosófico esencial en la regulación de las relaciones sociales de las comunidades humanas, con los matices que le infunde la diversidad que éstas presentan, pero ateniéndonos exclusivamente a nuestro mundo y su entorno, ese concepto está presente o debería estarlo en las diversas facetas de la vida comunitaria como norma de conducta general, mas pese a esto, a que en efecto informa el espíritu de gran parte de las instituciones jurídicas y a que existe mención concreta de ella aun en algunos textos legales bien conocidos (arts. 1.255 y 1.275 del Código civil, *ad exemplum*), sigue siendo un concepto extrajurídico que, sin ser ajeno, excede del campo del Derecho por su mayor amplitud y por tanto carece como tal de coactividad jurídica en general, al no existir ningún precepto concreto que así lo imponga. Esto, que es normal, pues los Códigos no consagran ni definen conceptos filosóficos, no impide al jurista inquieto por el tema encontrar preceptos legales concretos de carácter prevalente en la escala de la jerarquía normativa, que le brinden con el juego de los principios que consagran, el medio de encontrar la deseada protección jurídica de los conceptos morales.

En nuestra larga vida de jurista hemos tenido la satisfacción de ver recogidos en el Código civil valiosísimos conceptos elaborados y consagrados por la doctrina y la jurisprudencia y pletóricos de riqueza jurídico-moral. En ellos creemos que puede hallarse el medio legal idóneo para arbitrar una vía general de protección de aquellos principios morales, dotándoles de plena eficacia jurídica, para que puedan servir de módulo correctivo de las relaciones jurídicas cuando las particularidades éticas del caso así lo exijan.

Estamos aludiendo, como fácilmente se adivina, a la buena fe, la equidad y el abuso del derecho, que alguien calificó de “sublime trilogía por la cual el espíritu de las bienaventuranzas penetra en el campo del Derecho”.

Estas tres grandes creaciones jurídicas son portadoras de una notoria carga moral en la que se basa su inspiración y brindan al jurista sensible a su trascendencia, un cúmulo abundante de recursos con cuyo juego pueden corregirse, moderarse o suavizarse situaciones de apariencia jurídica correcta, pero carentes quizá de fuerza moral, o abiertamente atentatorias a la ética que debe presidir las relaciones jurídicas, con lo cual se otorga ejecutividad y protección por ese cauce a las reglas morales.

La importancia apuntada hace que derivemos por este camino como senda importante para el fortalecimiento y vitalización de los principios morales.

Sin embargo, de estas tres gloriosas creaciones del Derecho, la equidad, en el sentido de la filosofía cristiana, como medio mitigador del rigor de la Ley aplicada al caso concreto, aun rica de contenido ético, presenta para el jurista la dificultad de la limitación con que se formula en el

artículo 3 del Código civil, en aras sin duda de una necesaria seguridad jurídica, pero que implica una cortapisa en su juego, explicable por la razón dada; de ahí que no brinde tan amplio abanico de posibilidades para juridificar la moral.

Lo mismo cabe decir de la teoría del abuso del derecho, cuya aplicación requiere, según su concepto doctrinal y jurisprudencial, la concurrencia de circunstancias que condicionan su aplicación, configurándola como argumentación de cierto matiz supletorio.

A nuestro juicio, es en el juego de la buena fe donde hallamos la mayor abundancia de posibilidades para el fin indicado y por ello vamos a detenernos un poco en su estudio, como medio de conocerla y sacarle sus frutos.

Como bien sabemos, dice el artículo 7 del Código civil que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Al jurista dotado de sensibilidad, el concepto de la buena fe le atrae y le cautiva y al adentrarse en su estudio percibe la magnitud de su grandeza. Pese a la brevedad de su enunciado, deriva del mismo un rico caudal de consecuencias que inciden en la vida jurídica con efectos beneficiosos o sanatorios de las relaciones humanas de esa índole.

El laconismo gramatical con que este concepto se expresa, dos palabras, y la ausencia de todo intento de definir su contenido, le otorgan la silenciosa pero expresiva grandiosidad de las obras cumbres del hombre.

Basta acudir al concepto que pudiéramos llamar vulgar de la buena fe para que resalte su trascendencia en la vida comunitaria y se patentice lo indicado.

A los solos efectos apuntados, podemos definir la buena fe como la creencia en que se halla una persona de que posee alguna cosa o ejercita alguna facultad con derecho legítimo. Significa también honradez, confianza; tener fe o confianza quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra, con la creencia de que ésta no le engañará. Según la doctrina, la buena fe actúa tanto en favor como en contra del acreedor; como dice GARRIGUES, el acreedor debe conformarse cuando el deudor realice lo que la buena fe le exige y puede exigir que esa prestación no quede por bajo de lo que la buena fe reclama. La doctrina y la jurisprudencia han deducido, como principio supremo, que todas las relaciones jurídicas, en todos sus aspectos y contenido, están sujetas al principio de la buena fe.

Dice Díez-PICAZO que la buena fe considerada objetivamente, en sí misma, es un modelo o arquetipo de conducta social, una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico. Cada persona debe ajustar su propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea imperante. El ordenamiento

jurídico exige este comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación o de veto (no engañar, no defraudar), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (deberes de diligencia, de esmero, de cooperación).

Afirma el profesor DE LOS MOZOS que la aplicación del principio de la buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene de este modo a formar parte de la propia regla jurídica, en lo que los autores de las más diversas épocas o tendencias se hallan de acuerdo.

La función de la buena fe consiste –según ESSER– en la construcción de un Derecho más apto y flexible, frente a la idea del sistema cerrado; es reconocer las irrupciones de criterios éticos de validez jurídica en el ordenamiento del Derecho, porque los principios morales suministran el conveniente enlace entre la norma y el patrón ético del sistema jurídico, pero no su construcción institucional.

No se define la buena fe, en lo que ésta consista, sino que se eleva a la condición de norma. Así, LEVI la define diciendo que “la buena fe es el deber de comportarse rectamente y por tanto sin malicia, sin violencia, sin fraude con los demás”. De aquí una serie de obligaciones positivas y negativas, como decir la verdad, mantener la palabra dada, cumplir las prestaciones convenidas, no inducir a engaño a los demás, no prometer más de aquello que se sabe poder cumplir, en una palabra, el no dañar voluntaria y conscientemente a otro.

En igual sentido, GORPHE la define como “la consagración del deber moral de no engañar a los demás, el cual no es más que aplicación de la norma general que ordena no hacer mal al prójimo o no dañar a nadie sin derecho o sin necesidad, *neminem laedere*”.

La buena fe viene a ser –dice DE LA VEGA– un criterio de orientación ético-social, válido no por un contenido que no se autodefine, sino por sus aplicaciones concretas, en los casos y supuestos en que el Derecho lo permite, lo aconseja o lo ordena. Sea criterio de interpretación, sea de aplicación directa, ello dependerá de las circunstancias y de los problemas que los hechos, las normas e instituciones jurídicas en que se impliquen, lo aconsejen o postulen. Su definición, por tanto, es casi imposible. Sí es factible su “traducción” jurídica, al objetivar el principio en el caso particular enfocado, bien como situación anímica, ya como exigible regla de conducta, pero siempre desde el punto de vista de la concepción ética-social vigente, que es la que determinará, según la adecuada interpretación, aquella exigencia. Concluye el autor afirmando con DE LOS MOZOS, que según unánime doctrina, la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de atemperarse el comportamiento jurídico de los hombres.

Es tradicional la distinción proclamada por la doctrina, de buena fe normativa como principio rector que ha de imperar en la vida de toda relación jurídica, y la buena fe como actitud del sujeto de derecho frente al caso concreto, en el que la mediación de aquella tiene efectos legitimadores para éste del derecho de que se trate, es decir, lo que se ha dado en llamar buena fe objetiva o normativa y buena fe subjetiva o legítima.

CARNELUTTI considera que la buena fe objetiva es una “regla de conducta”, mientras que la buena fe subjetiva aparece como una “guía para la intención”.

El profesor HERNÁNDEZ GIL no es partidario de esta dicotomía comúnmente aceptada y estima en su lugar que “una fórmula clasificatoria muy simple es la que distingue estos dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes; y la buena fe como presupuesto para la atribución de derechos que, sin su concurso, quedarían excluidos. En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica dentro de la cual la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la propia buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón a ella se produce un efecto jurídico”.

La buena fe objetiva entraña un criterio de reciprocidad que debe ser observado en las relaciones jurídicas entre sujetos del mismo grado, que tienen una misma dignidad moral; reciprocidad en la que se explica la solidaridad que lega uno al otro de los partícipes en una comunidad aunque sea limitada y tanto más le lega cuanto la comunidad sea más intensa en sí misma, como sucede en las relaciones asociativas.

Abundando en esta idea, dice el profesor COSSÍO que en el Derecho moderno, la buena fe, más que un ánimo subjetivo, ha llegado a significar una fuente de normas objetivas, que ha de actuar mediante la aplicación de los principios generales, es decir, una norma general que se diversifica en cada caso concreto, actuando un criterio jurídico que en los negocios bilaterales hay que encontrar en la idea de la reciprocidad. La misma idea late en lo que otros autores denominan con la expresión “comportamiento debido y esperado” que sirve para modelar el vínculo jurídico.

En la exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que promulgó el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, se califica a la buena fe de “módulo rector del ejercicio de los derechos”, exponiéndose a continuación que “sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el ordenamiento jurídico”.

La breve exposición de estas ideas sobre la buena fe orientadas hacia la mira que nos guía, revelan claramente que tanto desde el punto de vista objetivo, es decir, como norma de conducta general exigible en las relaciones jurídicas de toda índole, o subjetivo, esto es, como creencia de obrar correctamente, es un precepto legal consagrador de un principio que, según anunciábamos, lo estimamos portador de un abundante contenido ético-moral susceptible de proporcionar al jurista una fuente inagotable de razones y argumentos para reconducir la conducta humana a los justos términos demandados por la moral en la concertación y ejecución de todas las relaciones jurídicas, porque el ejercicio de un derecho más allá de la buena fe se torna inadmisibile y es antijurídico.

El predicamento que este concepto de la buena fe ha adquirido en el campo del Derecho actual, como fuente inagotable de energías vivificadoras del aspecto moral que debe imperar en las relaciones jurídicas de toda índole, ha sido realzado de nuevo con proyección en el ámbito procesal, al consagrar el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que: "en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe" y bajo esta inspiración, la Ley de Enjuiciamiento Civil impone a los intervinientes en todo tipo de procesos ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe, con tal rigor que la inobservancia de ese mandato puede dar lugar a que los tribunales sancionen con multa al infractor de las reglas de la buena fe (art. 247). Nueva oferta que brinda la Ley al jurista para hermanar la ética con el Derecho, como medio efficacísimo para la consecución de un mundo mejor al que debe aspirar una humanidad atribulada y que sólo por esas vías alcanzará.

Para terminar, diremos que culminaría nuestra satisfacción si esta exposición sirviera para remover el espíritu de los juristas y aflorar en él la acaso olvidada figura de la buena fe, como vehículo valiosísimo de proyección en el campo del Derecho y de las relaciones jurídicas, de los principios de la moral, que pese a los cambios conceptuales en lo accesorio provocados por la evolución de los tiempos, conserva siempre reglas permanentes indispensables para una mejor convivencia social.

LA VALORACIÓN DE INMUEBLES EN LOS IMPUESTOS CEDIDOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANA M.^a IBIZA GARCÍA-JUNCO

*Escala Técnica de Gestión
de Organismos Autónomos:
Especialidad de Gestión Catastral*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL VALOR DE LOS BIENES INMUEBLES. 2.1. Valoración de bienes de naturaleza urbana. 2.1.1. *Métodos sintéticos.* 2.1.2. *Métodos analíticos.* 2.2. Valoración de bienes de naturaleza rústica. 2.2.1. *Métodos sintéticos.* 2.2.2. *Métodos analíticos.* 3. LA VALORACIÓN CATASTRAL. 3.1. Bienes de naturaleza urbana. 3.2. Bienes de naturaleza rústica. 4. SISTEMAS DE VALORACIÓN EN LAS CCAA DE RÉGIMEN COMÚN. 5. PROPUESTAS PARA UN ÚNICO VALOR FISCAL. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La propiedad inmobiliaria constituye un pilar fundamental en las sociedades occidentales y, entre ellas, en el Estado español. No obstante, este derecho se caracteriza por su evolución a lo largo de la historia. Si bien en la época clásica era concebido como el poder o señorío más amplio sobre la cosa, cuya extensión abarcaba desde el cielo hasta lo más profundo de la tierra, la regulación del Código civil aporta ya una concepción menos absolutista del dominio (1). Con la publicación de la Constitución española, lo que entendíamos desde un punto de vista estático, “tener”, se va a transformar en algo esencialmente dinámico, que tiene atribuida una función social (2). A partir de la regulación constitucional, este derecho ya no puede ejercitarse mirando sólo el interés individual, sino que deberá tener en cuenta a la colectividad, lo que llevará implícitos, además de derechos, deberes que conllevarán “un hacer” o actividad determinada.

El patrimonio inmobiliario tiene una importancia fundamental en la vida económica de cualquier país. Como expresión de riqueza, presupone una determinada capacidad económica fácil de cuantificar y difícil de ocultar. Este hecho no pasa desapercibido ante las distintas Administraciones Públicas, que lo gravan sistemáticamente en lo que se ha venido en llamar “fiscalidad inmobiliaria” (3).

(1) El artículo 348 del C.c. define la propiedad como “*derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”.

(2) El artículo 33 de la Constitución establece: “*1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes*”.

(3) No obstante, la mayoría de las figuras tributarias no definen la propiedad inmobiliaria, por lo que para delimitar estos bienes habremos de acudir al artículo 334 del Código civil, el cual establece: “*Son bienes inmuebles:*

1. *Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.*

2. *Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formen parte integrante de un inmueble.*

3. *Todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.*

4. *Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.*

5. *Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.*

6. *Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.*

7. *Los abonos destinados al cultivo de la heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.*

En la imposición inmobiliaria se grava “el valor de los bienes”, pese a que no existe un único valor fiscal atribuible a edificios y terrenos. Ello nos lleva a adentrarnos en este estudio en un verdadero laberinto de principios y reglas de valoración, acentuado por la propia estructura descentralizada del Estado español. De esta forma, el valor de transmisión atribuido a un bien situado en la Comunidad Autónoma de Andalucía no será igual al que hubiera tenido de estar situado en la Comunidad Balear.

2. El valor de los bienes inmuebles

La valoración es algo tan subjetivo que puede variar en función del sujeto que la realiza y de la finalidad a la que va dirigida, por lo que no existe un procedimiento general. En la práctica, se confunden a menudo conceptos como “valor”, expresión cuantitativa de la estima de un bien, y “precio”, contraprestación para su transmisión.

La diversidad de métodos de valoración determina que, para conocer el precio que se puede obtener en un determinado momento en un mercado libre, en función de la oferta y la demanda, utilicemos reglas específicas, mientras que, si queremos obtener el rendimiento del bien, tendremos que utilizar otros parámetros. El valor se modifica si éste debe garantizar una deuda. Y adquiere unas características especiales cuando la Administración realiza la valoración a efectos de expropiación o para garantizar un ingreso a las arcas públicas.

No obstante, todos estos sistemas valorativos están interrelacionados, ya que es el mercado, en definitiva, quien va determinando el valor de los bienes. Es por ello que cuando los distintos procedimientos de estimación del valor se comparan con el mercado, el término “precio de mercado” (referido a un determinado instante de tiempo) se sustituye por el concepto “valores de mercado” (precios medios en situaciones medias y supuesto un mercado transparente y real).

Para establecer un criterio de valoración, se debe establecer primero el objeto de la valoración, así como el fin de la misma: no es igual valorar una finca rústica en explotación que un bloque de pisos. A lo largo del estudio vamos a ver cómo las Comunidades Autónomas, previamente a la fijación del valor de los bienes inmuebles, distinguen entre bienes

8. *Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.*

9. *Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.*

10. *Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.”*

de naturaleza urbana y bienes de naturaleza rústica, lo que nos obliga a definir qué se entiende por uno u otro concepto. La sistemática seguida en más de la mitad de las Comunidades Autónomas justifica sobradamente que utilicemos los criterios catastrales para definirlos y encuadrarlos en una u otra categoría.

2.1. Valoración de bienes de naturaleza urbana.

La Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, de 28 de diciembre, al regular el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, define el suelo urbano en el artículo 62 (4). Éste, en líneas generales, será el que la legislación urbanística defina como urbano, y aquél que tenga sus características, por disponer de vías pavimentadas o encintado de aceras, alcantarillado, suministro de agua y energía eléctrica, y alumbrado público. Adquirirá también la condición de suelo urbano el ocupado por construcciones de esta naturaleza (5).

Para definir las construcciones de naturaleza urbana, la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, utiliza un método residual: todas las construcciones son urbanas, excepto las que hayan sido calificadas expresamente como de naturaleza rústica (6).

(4) *“A efecto de este impuesto tendrán la consideración de bienes inmuebles de naturaleza urbana: a) el suelo urbano, el declarado apto para urbanizar por las normas subsidiarias, el urbanizable o asimilado por la legislación autonómica por contar con las facultades urbanísticas inherentes al suelo urbanizable en la legislación estatal. Asimismo, tendrá la consideración de bienes inmuebles de naturaleza urbana los terrenos que dispongan de vías pavimentadas o encintado de aceras y cuenten, además, con alcantarillado, suministro de agua, suministro de energía eléctrica y alumbrado público, y los ocupados por construcciones de naturaleza urbana. Tendrán la misma consideración los terrenos que se fraccionen en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, siempre que tal fraccionamiento desvirtúe su uso agrario, y sin que ello represente alteración alguna de la naturaleza rústica de los mismos a otros efectos que no sean los del presente impuesto.”*

(5) La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, define en su artículo 8 el suelo urbano como el suelo transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística”. También son urbanos los terrenos que, en ejecución del planeamiento, hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo. El suelo urbanizable se define en el artículo 10 como aquél que no sea urbano o no urbanizable, y pueda ser objeto de transformación, de acuerdo con la legislación urbanística y el planeamiento aplicable.

(6) La Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, define de forma exhaustiva las construcciones de naturaleza urbana en su artículo 62.b), entendiéndolo por tales los edificios, sean cualesquiera los elementos de que estén contruidos; los lugares en que se hallen emplazados, la clase de suelo, y el uso, aunque sean perfectamente transportables y el terreno no pertenezca al dueño de la construcción. También son construcciones las instalaciones comerciales e industriales asimilables a los mismos, tales como diques, tanques y cargaderos. Asimismo, se consideran construcciones de naturaleza urbana las obras de urbanización y de mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, los

2.1.1. *Métodos sintéticos.*

El objeto de estos procedimientos es la estimación de un valor de mercado. Este método puede ser especialmente útil cuando el tasador cuenta con experiencia en esta clase de trabajos y es buen conocedor de las transacciones comerciales de inmuebles que se realizan en la localidad.

En el caso de bienes urbanos, se puede calcular su valor en venta en función de uno de los siguientes elementos, a los que se aplicarán los respectivos precios o valores unitarios:

— **Por volumen del edificio.** Se tiene en cuenta el volumen del edificio, desde el sótano a la cubierta (metros cúbicos). Esta valoración es adecuada para locales de espectáculos o naves industriales, en los que la altura de la edificación es un factor determinante.

— **Por superficie de las plantas** del edificio (metros cuadrados). Se mide la superficie construida o útil de cada planta y a la superficie total resultante se le aplica el precio unitario por metro cuadrado construido o útil, en función del uso o destino, calidad, estado de conservación, etc.

— **Por valoración de recintos o huecos** de uso determinado. Se aplica a cada hueco el precio corriente de la localidad, según sea interior o exterior, y en función de la situación del edificio.

También se pueden considerar como valoraciones sintéticas:

— **El valor consolidado:** valor en venta deducido de ventas hechas en épocas recientes, de la propia finca o de otras análogas (valor por comparación).

— **El valor convencional,** que puede establecer el mercado, sin atender a las rentas ni a los costes de construcción de los edificios, estableciéndose con tanta firmeza que acaba por tomar carácter real (valor consolidado).

— **El valor en potencia,** considerando el aumento o disminución del valor que puede experimentar el bien en un futuro próximo.

2.1.2. *Métodos analíticos.*

Es éste un método típico de valoración de edificaciones, ya que consiste en obtener el valor real del edificio en el momento de la valoración, partiendo de sus componentes básicos. Lo que se hace es analizar cada

recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, las presas, saltos de agua y embalses, incluido el lecho de los mismos; los campos e instalaciones para la práctica del deporte, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones. Después de hacer esta enumeración, la Ley establece un método residual, considerando urbanas las demás construcciones no calificadas expresamente como de naturaleza rústica en el artículo siguiente.

uno de los factores que intervienen en el valor de ese edificio, sin tomar como base comparativa ningún otro semejante.

Esta valoración analítica puede hacerse por alguno de los siguientes procedimientos:

— Si la edificación ha agotado su **vida útil** y está en condiciones de proceder a su derribo, se calcula a partir del valor del terreno o suelo y de los materiales que se obtengan de la demolición.

— Por el **valor de reposición**, que considera el valor actual del solar y el valor actual de la construcción que lo ocupa (valor de reposición).

— Por el **valor en renta**, que se calcula capitalizando la renta líquida que se obtiene de un edificio. Con este método podemos calcular tanto el valor del solar como el de la edificación, ya que, una vez calculado el valor total de la edificación, si restamos el valor de la construcción, obtendremos el valor del suelo.

2.2. Valoración de bienes de naturaleza rústica.

El artículo 63 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales hace una interpretación muy amplia de los bienes inmuebles de naturaleza rústica, y los define *residualmente como aquellos que no tengan la consideración de urbanos*. Por lo que respecta a las construcciones, considera de naturaleza rústica los edificios e instalaciones de carácter agrario, situados en terrenos de naturaleza rústica e indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales (7).

El mercado de este tipo de fincas tiene unas peculiaridades específicas que repercuten forzosamente en los métodos de valoración empleados. En primer lugar, se caracteriza por su falta de homogeneidad: si ya las fincas de un mismo término difieren unas de otras en función de la calidad de la tierra, la distancia a núcleos urbanos, mejoras introducidas en la explotación, riesgos meteorológicos y otros factores, estas diferencias serán mucho más acusadas cuando nos situemos en otra comarca o incluso Comunidad Autónoma. En segundo lugar, este mercado carece de transparencia; las transacciones de bienes rústicos se caracterizan por su rareza, al igual que las transacciones de empresas. De poco nos servirá la información de la que podamos disponer si las últimas compraventas tuvieron lugar hace tiempo, con unas condiciones de mercado distintas. El falseamiento de los precios motivado por el fraude fiscal contribuye a la opacidad que caracteriza a este mercado.

(7) La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, define los bienes de naturaleza rústica como suelos no urbanizables, que son terrenos sujetos a un régimen especial de protección.

2.2.1. Métodos sintéticos

El cálculo de un valor sintético de bienes de naturaleza rústica supone comparar la finca A, que se quiere valorar, con otra finca B, cuyo valor de mercado se conoce por información sobre alguna transacción reciente. Al valor final se puede llegar por los siguientes métodos:

— **Método por clasificación o por estimación directa:** Consiste en clasificar las fincas rústicas de una comarca en grupos relativamente homogéneos, en función de sus características técnicas y económicas y estimar un precio de mercado para cada clase. La valoración de una finca se reduce a situarla en el grupo que le corresponda.

— **Método sintético por corrección:** Se parte de un valor general, llamado precio normal, asignable a la finca de tipo medio dentro de una clase, y se va estudiando este valor en función de algunas de las características que se supone que influyen en él.

— **Método de los valores típicos:** Consiste en estimar el valor de una finca a partir de unos coeficientes asignados a cada una de las partes en que puede dividirse dicha finca, atendiendo a sus aprovechamientos, cultivos, calidad de la tierra, etc. Se utiliza una escala en la cual el valor máximo lo tendría un tipo determinado de cultivo, de forma que, para los otros, el valor de la tierra sería un porcentaje de ese valor máximo.

— **Método sintético de comparación espacial:** Se compara la finca A con otras fincas B, C, D situadas en parajes diferentes dentro de la misma comarca, pero destinadas al mismo cultivo. La comparación se efectúa estudiando una o varias características comunes a las fincas A, B, C, D, que pueden ser la producción bruta, el canon de arrendamiento, la distancia de la parcela a un centro urbano, la edad de las plantaciones, etc.

— **Método sintético de comparación temporal:** El valor de mercado de la finca A en el momento presente se deduce por comparación de los valores de la misma finca en momentos anteriores.

— **Procedimiento “a impresión”, “a vista”, o del “leal saber y entender”:** Este procedimiento, usado en España durante mucho tiempo, parte de la sola experiencia del valorador por su condición de experto, sin ningún rigor ni fundamento. Aunque en todo procedimiento estimativo subyace una cierta discrecionalidad que provoca que valoraciones efectuadas por distintos expertos puedan conducir a diferentes resultados, parece imprescindible que esos resultados se justifiquen mediante razonamientos rigurosos, contrastables y con una metodología definida (8).

(8) Si bien CABALLER (1985) no lo considera un método, “*ya que no responde a una sistemática ni puede ser objeto de contrastación y discusión*”, se remite a MEDICI, MICIELI, PORCIANI, CACCIOLA, DI CATERINA, o MALACARNE, autores italianos que consideran como método

2.2.2. Métodos analíticos.

En el caso de las fincas rústicas, el método analítico tiene como fundamento la capitalización de una renta de la tierra. El valor de capitalización se obtendría de la siguiente fórmula:

$$V = (100 / r) R$$

Donde:

V = Valor de capitalización.

R = rendimientos anuales de la tierra.

r = tipo de interés anual de capitalización (en porcentaje).

La renta de la tierra (R) puede calcularse considerando:

— El canon arrendatario que se paga por la finca o que podría pagarse si estuviera arrendada.

— La renta calculada, que resulta de restar al beneficio del propietario (en este caso también empresario) los gastos de explotación, el interés de los capitales propios y el beneficio normal.

3. La valoración catastral

Cuando se estudian los distintos sistemas de valoración de los bienes inmuebles, hay que tener en cuenta también aquellos procedimientos que, si bien participan de la metodología general, se someten a unas determinadas normas para dar un trato similar a un colectivo semejante: Este es el condicionamiento de la tasación administrativa o valoración por parte de la Administración. Aunque existen distintas finalidades de valoración administrativa (expropiación, precios de venta y arrendamiento de viviendas de protección oficial...), es en el ámbito fiscal donde la normativa para determinar valoraciones administrativas ha alcanzado mayor desarrollo.

El valor catastral constituye, desde el 1 de enero de 1990, la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), impuesto diseñado

de valoración sintético el sistema *ad impressione* o “a vista”. Según MEDICI, “la valoración sintética a la vista es una valoración comparativa, en la cual la comparación madura en la mente del perito, sin asumir una formulación explicativa, documentada por análisis técnicos o económicos. El perito, examinado el bien a valorar, lo confronta mentalmente con otros bienes similares, de los cuales conoce el precio de compraventa, y, teniendo en cuenta todas las características que los distinguen, formula su juicio de valor”. Cita también CABALLER la opinión de MALACARNE, que defiende este sistema en aquellos casos en que no puede aplicarse un método más documentado.

por la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, de 28 de diciembre, para gravar el valor de estos bienes. Aunque la ley diseña el marco para la promulgación de una normativa específicamente catastral, el artículo 66.2 de la Ley 39/1988 establece una característica esencial del valor catastral, y es que se fijará tomando como referencia el valor de mercado, sin exceder de éste.

Debido a su objetividad y carácter reglado, su ámbito de influencia se extiende hoy a otros ámbitos de la Administración, no sólo estatal, sino también autonómica y local. El valor catastral se utiliza para imputar rendimientos en impuestos estatales, como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre el Patrimonio. Aporta, como veremos a lo largo de este estudio, valores de referencia para los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones y Donaciones, hoy cedidos a las Comunidades Autónomas. Constituye, a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (9), el principal ingreso de naturaleza tributaria de los Ayuntamientos (con un 36,31% de recaudación en 1999 frente al resto de los tributos) y permite a las corporaciones que así lo hayan acordado la exacción del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Muchas figuras impositivas toman como referencia el “valor catastral”, y son muchas las voces que abogan para que sea el único valor administrativo atribuible a los bienes inmuebles.

3.1. Bienes de naturaleza urbana.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, estableció que los valores catastrales atribuibles a estos bienes el 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, serían los vigentes a efectos de la Contribución Territorial Urbana, hasta tanto no se procediera a su fijación con arreglo a las normas contenidas en la presente ley (10).

De acuerdo con la normativa promulgada, el valor de estos bienes estará integrado, entre otros factores, por el del suelo, determinado por sus circunstancias urbanísticas, y, en su caso, por el valor de las construcciones, ponderando sus aspectos urbanístico-edificatorios, su carácter histórico artístico, su uso o destino, calidad y antigüedad. La suma de

(9) El IBI es la única figura en la que se produce una valoración administrativa de inmuebles sin previa declaración de valores por los interesados.

(10) El RD 1020/1993, de 25 de junio, aprobó las Normas Técnicas de Valoración y el Cuadro Marco de Valores del Suelo y las Construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana. Desde entonces, se han ido revisando los valores de los bienes de naturaleza urbana de la mayor parte de los municipios españoles.

estos dos valores, incrementada con el rendimiento del promotor inmobiliario (que se concreta en el coeficiente 1,4, matizado por lo que se conoce como factor de localización del inmueble), nos da el valor en venta (Vv) o valor del producto inmobiliario. Aplicando a este valor el coeficiente de referencia al mercado (RM), fijado por el Ministerio de Hacienda, se obtiene el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana. La normativa actual establece que este último debe ser el 50 por 100 del valor de mercado o valor en venta de los bienes (11).

3.2. Bienes de naturaleza rústica.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 39/1988 también estableció un sistema provisional de valoración para los bienes inmuebles de naturaleza rústica, sistema que se mantiene en nuestros días, ya que aún no se ha promulgado la normativa prevista en el artículo 67 de la misma Ley. En consecuencia, el valor catastral será el resultado de capitalizar al 3 por 100 el importe de las Bases Liquidables vigentes el 1 de enero de 1990, a efectos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, actualizado anualmente por los coeficientes aprobados por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El Real Decreto Legislativo 781/1986, que establecía las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, al regular la Contribución Territorial Rústica, estipulaba, en su artículo 247, que la base liquidable se fijaría como máximo en el 50 por 100 de las bases imponibles. A su vez, el artículo 245 definía la base imponible de cada parcela catastral como *“el resultado de aplicar a la misma los productos o rendimientos líquidos que se calculen para una hectárea de cada uno de los cultivos o aprovechamientos en cada una de las intensidades productivas que se reconozcan en un término municipal, comarca o zona”*. Luego la base imponible no era sino el producto de la superficie de cada finca rústica por los tipos evaluatorios (12).

Lo que se previó como situación transitoria para la entrada en vigor del Impuesto sobre Bienes Inmuebles ha provocado que los tipos evaluatorios vigentes para el quinquenio 1983/1987, y prorrogados para 1988 y 1989 (13), constituyan hoy la base de la valoración catastral de las fin-

(11) La OM de 14 de octubre de 1998 fijó el coeficiente de referencia al mercado o RM en el 0,5.

(12) El RD 1519/1982, de 9 de julio, sobre Rectificación quinquenal de bases imponibles, se refiere a los tipos evaluatorios de los distintos cultivos y aprovechamientos como valores unitarios, fundamentados en los rendimientos medios del quinquenio 1976/1980 y los precios pagados y percibidos en el ejercicio de 1980, relativos a una hectárea.

(13) Real Decreto-Ley 5/1987 y Real Decreto-Ley 7/1988.

cas de naturaleza rústica, aportando un valor anacrónico y en absoluto fidedigno. Esto explica que, al contrario de lo que ocurre con el valor catastral de los bienes de naturaleza urbana, el referido a los bienes rústicos no sea utilizado como referencia para otras valoraciones fiscales.

Por el contrario, datos físicos del Catastro de rústica, como la situación o superficie, y algunos económicos, como la calificación (tipo de cultivo o aprovechamiento) y clasificación (categoría dentro de un mismo cultivo o aprovechamiento), son frecuentemente utilizados por otras Administraciones, ya que su contenido, a iniciativa de los propios contribuyentes, presenta un grado de actualización notable. Y es que la Política Agraria Comunitaria (más conocida como PAC), gestionada por las Comunidades Autónomas, le ha dado a la información catastral un protagonismo extraordinario. Según lo establecido en la propia normativa europea para la concesión de las ayudas, el sistema de identificación de las parcelas se hará a partir de planos y documentos catastrales, y en todas las solicitudes autonómicas es preceptiva la constancia de los datos del Catastro. La discordancia del Catastro con la realidad puede provocar la pérdida de la subvención, por lo que el contribuyente es el principal interesado en conseguir que sus bienes estén correctamente censados.

4. Sistemas de valoración en las CCAA de régimen común

La fiscalidad inmobiliaria tiene un papel relevante en el ámbito autonómico, ya que los ingresos por la propiedad y transmisión de inmuebles constituyen las entradas principales en los impuestos cedidos.

Aunque el Impuesto sobre el Patrimonio también es un impuesto cedido, no lo vamos a considerar en este estudio por dos razones: la primera porque sigue siendo un impuesto de gestión estatal, y la segunda porque tiene acotado el concepto de valor a computar, lo que nos reconduce, en muchos casos, al resto de los impuestos cedidos (14).

Tanto el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP), como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), cedidos a las Comunidades Autónomas entre los años 1982-1997 (15), gravan las transmisiones

(14) El artículo 10 de la Ley 19/1991 establece que *“Los bienes de naturaleza urbana o rústica se computarán de acuerdo a las siguientes reglas. 1. Por el mayor de los tres siguientes: el valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos, o el precio, o valor de la adquisición”*.

(15) Siguiendo al profesor RAMOS PRIETO (2001, p. 431), el ISD se cedió en primer lugar a Cataluña, en 1982, a la que siguieron el resto de las Comunidades autónomas, siendo la última la de Madrid, en 1990. Por otro lado, el ITP se cedió a todas las Comunidades en el año 1988, excepto a Madrid, que no lo obtuvo hasta el año 1997.

de inmuebles. La Base Imponible de estos dos impuestos estará constituida por el “valor real de los bienes”, que será declarado por el sujeto pasivo y podrá ser comprobado por la Administración, prevaleciendo aquél sobre el comprobado si fuese mayor (16).

¿Y qué debemos entender por “valor real” de los bienes inmuebles que no es sino un “concepto jurídico indeterminado”? A lo largo de este estudio hemos puesto de manifiesto la existencia de múltiples métodos de valoración, todos ellos claramente mediatizados por el tasador y la finalidad a la que se dirigen, y no por ello menos válidos.

Siguiendo al profesor ESEVERRI, según el *Diccionario de la Lengua*, el valor real se podría entender como “producto o renta efectiva de una cosa”. Aunque el valor efectivo de un objeto no tiene por qué coincidir con el precio que tiene en el mercado, ESEVERRI considera que “normalmente tenderá a identificarse con él”, lo que ocurrirá en el caso de mercados de competencia perfecta (17). No obstante, “puede darse la circunstancia de que el precio real pagado por la adquisición de un bien sea superior al que tiene en el mercado, o al contrario, que se satisfaga una cantidad inferior a la que se estima como precio medio de mercado”. Pero... ¿cómo valorar los que no ponen de manifiesto su valor mediante una compraventa? Sólo cabría admitir como cierto el valor declarado por el propietario, coincida o no con el mercado, o que la propia Administración realice una estimación a partir de criterios objetivos y generales aceptados por el contribuyente o ratificados por los Tribunales.

Si valorar un bien es determinar el valor que tiene, comprobarlo no es sino contrastar que se ajusta al que realmente tiene, y de no ajustarse, fijar el debido, lo que implica, como señala ESPEJO POYATO, “una nueva fijación administrativa de valor, con la peculiaridad de que la Ley no ha definido lo que la Administración debe medir”. Lo que la Administración debe comprobar “es algo que justamente sea comprobable, tangible, existente en la realidad material... Y esto es sólo el precio real, es decir, el precio que realmente se ha pagado y cobrado en una transmisión”, coincida o no con lo declarado por el contribuyente. El problema es la desconfianza del fisco ante este último. Esta tarea es la que, desde la cesión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones y Donaciones, corresponde a la Administración Autonómica.

La estructura descentralizada del Estado español, desarrollada a par-

(16) Así se contiene en los artículos 10 y 46 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, y en los artículos 37.1 y 91 de su Reglamento (RD 828/1995) y en los artículos 9 y 18 de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y artículos 22 y 40 de su Reglamento (RD 1629/1991).

(17) Aunque como señala GÓMEZ RODRÍGUEZ, H. (1991), “tales estructuras de mercado existen más en los manuales de economía que en la realidad cotidiana”.

tir de la Constitución de 1977, ha motivado que no existan criterios uniformes, y que cada Comunidad Autónoma siga su propio método a la hora de fijar el “valor real” de los bienes inmuebles. En líneas generales, los sistemas utilizados se resumen en los tres siguientes:

— Estimar el valor por asimilación al catastral, actualizado por un coeficiente, que será mayor o menor en función de la última revisión catastral del municipio (18). Este sistema se utiliza actualmente en ocho de las quince Comunidades Autónomas de régimen común, aunque sólo para los bienes de naturaleza urbana (19).

— Estimar el valor a partir de sus propias tablas y fórmulas, elaboradas a partir de estudios de mercado, información suministrada por empresas de tasación inmobiliaria, por comparación con valores declarados y comprobados, valores de expropiación, encuestas sobre el precio de la tierra y módulos de los Colegios Oficiales de Arquitectos (estos últimos aplicables a los bienes de naturaleza urbana). Este sistema se utiliza actualmente para valorar los bienes de naturaleza urbana en siete de las quince Comunidades Autónomas de régimen común, y, para los de naturaleza rústica, en trece.

— Estimación subjetiva en función del técnico valorador. Este sistema, al que por su escasa concreción lo podríamos incluir en el método sintético del “leal saber y entender” que describe CABALLER, es aún utilizado en dos Comunidades Autónomas para valorar los bienes de naturaleza rústica, que, como hemos señalado, tienen un mercado caracterizado por la opacidad y rareza de las transacciones.

Sin embargo, la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, ha marcado un antes y un después en las valoraciones inmobiliarias autonómicas. El artículo 25 obliga a estas Administraciones a informar al contribuyente del que va considerar como “valor real” de los bienes inmuebles, y, como tal, base imponible de los impuestos que gestionan. A partir de esta fecha, muchas Comunidades han establecido un procedimiento reglado para calcular valores mínimos, con el compromiso, en algunos casos, de que no serán comprobados si el contribuyente se

(18) La revisión puede definirse como el proceso de modificación de características y valoración masiva de todos los bienes inmuebles situados en un municipio. Los artículos 70 y 71 de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, establecen que los valores catastrales serán “revisados cada diez años o cuando el planeamiento urbanístico u otras circunstancias pongan de manifiesto diferencias sustanciales entre aquéllos y los valores de mercado de los bienes inmuebles situados en el término municipal”.

(19) La no utilización de los valores catastrales de los bienes de naturaleza rústica se debe, como ya hemos puesto de manifiesto en este estudio, a su obsolescencia. Desde que entró en vigor el IBI, sólo se han producido revisiones de bienes de naturaleza urbana. Sí se producen unas actualizaciones generales de características que se han venido en llamar “renovaciones”.

ciñe al criterio establecido (20), y también muchas de ellas han regulado de forma expresa los métodos que se utilizarán en su caso para la comprobación de valores (21).

Comunidades autónomas más innovadoras, como Baleares, Castilla-León, Murcia y próximamente Canarias, han puesto a disposición del contribuyente en Internet programas específicos de valoración de inmuebles. Introduciendo unos parámetros determinados como situación, superficie, antigüedad o uso en el caso de los edificios, estos programas permiten calcular la base imponible del impuesto con la certeza, en algunos casos, de que ese valor no será comprobado por la entidad gestora. Todo ello sin perjuicio de que siempre prevalecerá el valor declarado por el contribuyente si es superior al mínimo o al comprobado por la Administración (22).

Abreviaturas utilizadas en la Tabla 1

DGT: Dirección General de Tributos.
CEH: Consejería de Economía y Hacienda.
VC: Valor Catastral.
Coef.: Coeficiente.
Rev. Cat.: Revisión catastral.
BOA: Boletín Oficial de Aragón.
DOCM: Diario Oficial de Castilla-La Mancha.
Div. Hor.: División Horizontal.
Edif.: Edificios.
Inm.: Inmuebles.
Máx.: Máximo de.
P de la tierra: Precios de la tierra.
V Mercado.: Valor de mercado.
Sup.: Superficie.
Viv.: Viviendas.
P máx.: Precio máximo.
DGTT: Dirección General de Tributos
y Tesorería.

DOGV: Diario Oficial de la Generalidad
Valenciana.
Instr.: Instrucción.
Secre. Gral. T.: Secretaría General Técnica.
BOIB: Boletín Oficial de las Islas Baleares.
CEIC: Consejería de Economía, Industria
y Comercio.
DOE: Diario Oficial de Extremadura.
CHP: Consejería de Hacienda y Presupuestos.
Pub.: Publicados.
B: Bienes.
O. nuevas: Obras nuevas.
I: Inmuebles.
B. clasif.: Bienes clasificados.
Caract.: Características.
VPO: Viviendas de Protección Oficial.
P de ejecución: Precios de ejecución.
Viv. unifam.: Viviendas unifamiliares.

(20) Este sistema es acogido por muchas Comunidades por dos razones fundamentales: la primera porque, si se establecen valores mínimos, se asegura un determinado ingreso que reduce la carga administrativa de comprobación de expedientes. Y la segunda porque, siendo aceptado por el contribuyente este valor, reduce el número de reclamaciones presentadas, lo que también agiliza la actividad administrativa.

(21) Aunque el rango de las normas es muy diverso (Instrucción, Resolución, Decreto...), la mayoría de las CCAA las han publicado en los correspondientes *Boletines Oficiales Autonómicos*, y algunas, pese a no hacerlo, las han puesto a disposición del público en Internet, así como distribuyéndolas a notarios, registradores y agentes inmobiliarios (como es el caso de Cataluña).

(22) Así lo establecen para el ITP el artículo 46 RD Leg. 1/1993 y el artículo 91 RD 828/1995; y para el ISD, el artículo 18,2 Ley 29/1987 y el artículo 40 RD 1629/1991.

Tabla 1
Sistemas de valoración inmobiliaria en las Comunidades Autónomas de Régimen Común

Fuente: elaboración propia

CCAA	Inmuebles Urbanos		Inmuebles Rústicos	
	Valor mínimo	Valor comprobado	Valor mínimo	Valor comprobado
Andalucía. Instrucción 9/2001, de 21 de diciembre, de la DGT de la CEH.	VC $\times$ coef. según última Rev. Cat. (1,5 - 3,35). Excluidos: Solares, locales comerciales, construcciones ligadas a actividad econó- mica. No se comprueban.	Tabla de Valores de Precios Medios (TVPM) interpre- tadas y actualizadas por el servicio técnico en función de la evolución del mercado.	Sin concretar.	TVPM por municipios y ti- po de cultivo, con horqui- lla de máximos y mínimos. Actualizados constantemente por el servicio técnico en función de la evolución del mercado. Uso de los datos físicos del Catastro.
Aragón. Resolución de 23 de diciembre de 1999 de la DGT (BOA 21-01-00).	VC $\times$ coef. según última Rev. Cat. (1,4 - 4,6). Excluidos: usos especiales como deportivo o turístico. Comprobación excepcional. Programa en Internet.	Valores propios basados en estudios técnicos y datos es- tadísticos actualizados pe- riódicamente. Programa en Internet.	Tabla de precios del 2002 por municipios y comarcas según cultivo. Son valores propios basados en estudios técnicos y datos estadísticos actualizados periódicamen- te. Programa en Internet.	Interpretación técnica a par- tir de los criterios anteriores.
Canarias. Sin norma positiva.	Sin concretar. Próxima im- plantación de programa en Internet.	Valores propios fijados pe- riódicamente a partir de es- tudios de mercado, aprecia- ción personal de los técnicos y comparación con valores declarados.	Sin concretar.	Valoración técnica subjetiva.
Cantabria. Sin norma positiva.	Sin concretar. En estudio la fijación de mínimos a partir de VC $\times$ coef.	Sistema propio de valora- ción muy genérico que con- sidera coste de construcción, antigüedad y superficie. Di- ferencia: viviendas, locales, garajes, naves y solares.	Sin concretar.	Valoración técnica subjetiva.

CCAA	Inmuebles Urbanos		Inmuebles Rústicos	
	Valor mínimo	Valor comprobado	Valor mínimo	Valor comprobado
Castilla-La Mancha. Resoluciones de 14 de febr. 02 DGT (DOCM 25 febr. 02).	Valor de referencia: $VC \times \text{coef.}$ Excluidos: obras nuevas y div. hor., edif. singulares, Inm. con precio máx. venta y con determinados valores. Comprobación no prioritaria.	Valores propios basados en estudios técnicos y datos estadísticos.	Valores propios elaborados a partir de Encuesta de P de la tierra, Plan de Regionalización Productiva de España (RD 1893/99), valores de expropiación, valores declarados por los contribuyentes. Comprobación no prioritaria.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Se comprueban inmuebles con determinada sup., valor, con edificaciones, cultivos no tipificados o expectativas urbanísticas.
Castilla-León. Sin norma positiva.	Precios medios fijados por estudios de mercado, bases de datos y fórmulas propias de valoración. Se excluyen solares y viv. con P máx. autorizado. Compromiso de no comprobar. Programa en Internet.	Valores propios basados en estudios técnicos y datos estadísticos.	Precios medios fijados por estudios de mercado, bases de datos y fórmulas propias de valoración. Compromiso de no comprobar. Programa en Internet.	Interpretación realizada técnica a partir de los criterios anteriores. Se comprueban inmuebles con determinada sup., viñedo con denominación de origen o en zonas periurbanas.
Valencia. Instrucción 26 de abril 95 DGTT (DOGV 18 mayo 95), Instr. 2000 para rústica.	$VC \times \text{coef.}$ según última Rev. Cat. (1,30 - 2,20). Comprobación no prioritaria.	Valores propios basados en estudios técnicos y datos estadísticos.	I. transmisiones: Valor de referencia = $\text{Sup.} \times \text{PMM}$ (Precios Medios de Mercado de la tierra pub. por Consellería de Agricultura, e Informe anual del Sector Agrario Valenciano). I. Sucesiones: reducción 0,80 sobre lo anterior. Comprobación no prioritaria.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Comprobación prioritaria: BI con construcciones urbanas, agrouurbanas, con determinadas hipotecas o incursos en procedimiento inspector.
Madrid. Sin norma positiva.	Valor de referencia: Precios fijados por estudios de mercado y fórmulas propias de valoración. No excluye comprobación. Programa en Internet.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores.	Valor de referencia: Precios fijados por estudios de mercado y fórmulas propias de valoración. No excluye comprobación. Programa en Internet.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores.

CCAA	Inmuebles Urbanos		Inmuebles Rústicos	
	Valor mínimo	Valor comprobado	Valor mínimo	Valor comprobado
Cataluña. Instrucción 2002. Difusión en sector inmobiliario (notarios, gestores administrativos).	I. transmisiones: $VC \times \text{coef.}$ según última Rev. Cat. (1,50 - 2.60). O. nuevas, div. hor., B sin VC: según módulos. Ruina: $VC \text{ suelo} \times \text{coef.}$ I. Sucesiones: reducción 0,80 sobre lo anterior. Coef. reductor en B arrendados. Comprobación no prioritaria.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Comprobación prioritaria en bienes que hayan sufrido alteraciones, con determinadas hipotecas o incursos en procedimiento inspector.	I. transmisiones: Valores fijados por el sistema de capitalización de rentas = $\text{Sup.} \times \text{módulo}$ según tipo de cultivo o construcción. I. Sucesiones: reducción 0,80 sobre lo anterior. Reducción en I arrendados. Comprobación no prioritaria. En elaboración estudio de mercado.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Comprobación prioritaria: BI clasif. o con caract. urbanas, sin uso agrario, con planeamiento en trámite, con determinadas hipotecas o incursos en procedimiento inspector.
Baleares. Instrucción 1 enero 02 del Secr. Gral. T de la CHP (BOIB 28-02-02).	Valor de referencia: Basado en estudios técnicos y datos estadísticos, valores catastrales de suelo, datos de VPO, y del Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares. No se comprueban. Programa en Internet.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Se comprueban: valores inferiores a los mínimos, inmuebles que presenten distorsiones sustanciales entre VC y valor real (por importancia valor suelo, actuaciones urbanísticas u otras singularidades).	Valor de referencia: Basado en estudios de mercado, valores declarados, actualización de valores de mercado del Catastro, encuesta anual de precios medios de la tierra, Decreto 35/1986, valores de Expropiación, encuesta sobre P de la tierra del Plan Estadístico Nacional. Uso de las características físicas del Catastro. No se comprueban. Programa en Internet.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Se comprueban: valores inferiores a los mínimos, inmuebles que presenten distorsiones sustanciales entre VC y valor real (por importancia valor suelo, actuaciones urbanísticas u otras singularidades).
Extremadura. Decreto 21/2001, de 5 de febr., de valoraciones fiscales CEIC (DOE 15 febr. 01).	Valor orientativo: Se toman como referencia valores y descripciones catastrales. Tres sistemas de valoración: 1) Normas propias similares a las catastrales y Módulos del Colegio de Arquitectos de Extremadura. 2) $VC \times \text{coef.}$ según última rev. cat. (1,30 a 4). 3) Obras nuevas. No excluye comprobación.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores, estudios de mercado y datos estadísticos. Se comprueban: Inm. con determinada superficie y valor, y no tipificados.	Valor orientativo. Se toman como referencia valores y descripciones catastrales. Valoración analítica. Considera: tipo evaluatorio catastral, valores declarados, estudios de mercado, actuaciones de los técnicos y relaciones con otras Administraciones. No excluye comprobación.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores. Se comprueban: Inm. con determinadas superficies y valores, con apariencia de urbanos, y no tipificados.

CCAA	Inmuebles Urbanos		Inmuebles Rústicos	
	Valor mínimo	Valor comprobado	Valor mínimo	Valor comprobado
Galicia. Sin norma positiva.	VC por coeficiente para vivienda colectiva, garajes, y trasteros. Comprobación no prioritaria.	Valores propios basados en estudios técnicos y de mercado. Uso P de ejecución material banco de datos de la Construcción de la Xunta. Se comprueban viv. unifam. y locales.	Sin concretar.	Valores referenciales por municipio y zona a partir de estudio de mercado. Considera: parroquia, acceso, cultivo y superficie.
La Rioja. Sin norma positiva.	Sin concretar.	Valores propios muy subjetivos elaborados a partir del mercado. Uso de los datos físicos del catastro.	Sin concretar.	Valoración técnica subjetiva. Tiene en cuenta: Encuestas de P de la tierra y valores expropiatorios. Se sitúan al 80% V. Mercado (dificultad por la especificidad del viñedo).
P. Asturias. Sin norma positiva.	VC por coeficiente según última rev. cat. (1,8 - 3,5)	Valoración técnica subjetiva.	Sin concretar.	Valoración técnica subjetiva basada en estudio de mercado por municipios y parroquias diferenciando monte alto, bajo y pradera (no actualizados desde hace tres años).
Murcia. Orden de 23 nov. 02 CEH.	Valor de referencia. Precios medios fijados por estudio de mercado, sólo válido para viviendas, garajes y trasteros, similares a la valoración catastral. No se comprueban. Programa en Internet.	Interpretación técnica a partir de los criterios anteriores.	Precios medios para calidades medias fijados por estudios técnicos realizados por peritos de la Administración contrastados con el mercado. Programa en Internet.	Se comprueban: fincas con determinado valor o con expectativas urbanas.

5. Propuestas para un único valor fiscal

La valoración de inmuebles a efectos fiscales es uno de los temas más controvertidos del Derecho tributario. No hay que olvidar que nos vamos a encontrar siempre dos sujetos con intereses contrapuestos: la Administración y los sujetos pasivos, lo que generará, probablemente, valoraciones distintas.

Los sistemas propuestos parten de los siguientes principios:

a) Principio de estanqueidad de las valoraciones. Según el mismo, cada impuesto requeriría una valoración específica en función de su hecho imponible.

b) Principio de uniformidad: según el cual, en cuanto todos los tributos que gravan los bienes inmuebles tienen un objeto común, debería tenderse a una valoración única (valoración unitaria) o al menos coordinada para las distintas figuras tributarias (23).

La Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, en su Exposición de Motivos, aun cuando defiende el principio de la estanqueidad, considera que el valor de mercado de los bienes es el que mejor determina la capacidad contributiva del sujeto pasivo, aunque, en aras a la seguridad jurídica del contribuyente, “debe ceder en muchos casos su lugar a reglas específicas de valoración [...], lo que determina, a su vez, la demanda de que la legislación configure un valor fiscal unitario aplicable a los bienes en todo el sistema tributario”.

El principio de igualdad ante la ley, recogido en el artículo 14 de nuestra Constitución, impone un tratamiento común en todo el territorio español que pasaría por la concreción legal del “valor real” de los bienes inmuebles. La determinación de un procedimiento objetivo es a su vez una exigencia del artículo 103.1 de la Carta Magna. Como señala MENÉNDEZ REXACH, “si el valor de un bien es intrínseco al mismo, resulta evidente que debe aplicarse por igual, cualquiera que sea la finalidad que motive la actuación”.

A la vista de esta situación, parece lógico proponer la utilización de los valores catastrales, aprovechando los ya existentes para todo el territorio nacional. La propia Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, en su Exposición de Motivos, afirma que “la progresiva mejora de la ges-

(23) El profesor ESEVERRI (1990) se ha pronunciado, a partir del Derecho comparado, contra la Ley de Valoraciones que nunca vio la luz, en cuanto supondría un gran coste administrativo, porque sus resultados no siempre se corresponderían con el ideal de justicia tributaria, y porque, al tener las figuras impositivas un objeto diferente, no siempre el valor unitario refleja el que se correspondería con la naturaleza del impuesto. No obstante, las ventajas de esta ley girarían en torno a la seguridad jurídica que supondría la coincidencia en la definición de la base imponible a gravar tanto para el contribuyente como para la Administración.

tión de los valores catastrales puede permitir en un futuro próximo la utilización de los mismos como punto de referencia valorativa unitaria, tal como hoy se demanda”. El Catastro puede aportar valores fijados con criterios objetivos a través de un procedimiento reglado, haya o no mercado (24). Además aporta la realidad física de las fincas, supliendo las deficiencias de los títulos presentados a liquidar (25).

Pero para que los valores catastrales sean los “valores fiscales” que demandan tantas figuras tributarias, se hace necesario un nuevo planteamiento de la gestión del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, figura para la que se diseñó el actual sistema de valoración catastral. Una vez que superen el ámbito local para integrarse en el sistema impositivo inmobiliario, su actualización se convierte en una prioridad de la gestión catastral, pasando a un segundo término el incremento de recaudación perseguido con las revisiones catastrales (26). Estas revisiones catastrales se deberán realizar, cuanto menos, con la periodicidad decenal que establece la Ley, amén de cuando el alejamiento de los valores de mercado, o las modificaciones urbanísticas así lo aconsejen. Por otra parte, la situación transitoria de los valores de los bienes de naturaleza rústica se hace insostenible en este contexto, lo que exige, cuanto antes, la publicación de la normativa de valoración prevista en la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales.

6. Conclusiones

La valoración de los bienes inmuebles es algo tan subjetivo que a lo largo de la historia no se ha conseguido formular un único concepto de valor, ni un método válido para las distintas finalidades que ésta persigue,

(24) PALACIOS CASTELLANOS (1989) considera además que el valor catastral es el único que reúne las cualidades que poseen el valor de mercado y el valor real.

(25) MARÍN MARTÍNEZ, J. (2000), considera que “la descripción de los inmuebles en títulos de propiedad suele ser exclusivamente literaria, sin acompañar planimetría y olvidando que las fincas no lindan con personas, sino con fincas. Sin embargo, el catastro sí que ubica y deslinda las fincas y describe sus características físicas y técnico-económicas”.

(26) Esto llevaría en la práctica a la supresión de la congelación de valores prevista por la Ley 53/1997, que introdujo el concepto de Base Liquidable en el IBI, con el objeto de paliar el incremento de presión fiscal que suponían las revisiones catastrales. A partir del año 1998, y en los municipios revisados, durante el período de reducción de la Base Imponible, no se aplicarán a los valores catastrales los coeficientes de actualización de las Leyes Generales de Presupuestos del Estado, pues en éstos se va a producir un incremento automático de la recaudación por la disminución de la reducción de la base liquidable, sin necesidad de aumentar los valores catastrales. Ello supone que los valores de los municipios revisados van a mantenerse inalterables durante un período de diez años, alejándose cada vez más del mercado.

ya sean privadas, o administrativas, y, dentro de estas últimas, ni siquiera para aquellas que tienen un objetivo fiscal.

De todas las definiciones de valor, existe un cierto consenso por considerar que el concepto que más se acerca al valor real que tienen los bienes es el valor de mercado.

Las Comunidades Autónomas, a partir de la cesión del Impuesto sobre Transmisiones y el de Sucesiones y Donaciones, se han visto impelidas a la concreción del “valor real” de los bienes inmuebles, que constituye la base liquidable de los citados impuestos. A partir de la aprobación de la Ley 1/1998, de Derechos y Deberes del Contribuyente, están obligadas además a comunicar a este último, cuando así lo solicite, el valor real que se va a considerar para la liquidación del impuesto.

En esta situación, muchas Comunidades han regulado de forma positiva este procedimiento, acudiendo en más de un cincuenta por ciento de los casos, para los bienes de naturaleza urbana, al valor catastral, actualizado por un coeficiente en función de la última revisión del municipio. Por lo que respecta a los bienes de naturaleza rústica, muchas utilizan los datos físicos del Catastro, aunque ninguna recurre a sus anacrónicos valores.

Si bien el valor catastral como valor administrativo no tiene la agilidad necesaria para adecuarse en todo momento al valor real, su cálculo reglado y objetivo es una garantía para la realización de los principios de igualdad y seguridad jurídica recogidos en la Constitución, que no deben verse enturbiados por la estructura descentralizada del Estado. Su utilización, actualizándose por coeficientes, puede ser un buen sistema, no sólo para la fijación de la base imponible de los impuestos cedidos, sino también para el resto de figuras tributarias que recaen sobre los bienes inmuebles en el Derecho español. En cuanto valor conocido por el ciudadano, y por la Administración Tributaria, es actualmente el valor que mejor garantiza los principios constitucionales y los derechos del administrado.

Bibliografía

- CABALLER MELLADO, V., *Valoración agraria. Teoría y práctica*. Mundiprensa. Madrid, 1985.
- CARBAJO VASCO, D., "La valoración tributaria en España. La frustrada ley de valoraciones" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 671-692.
- CRESPO RODRÍGUEZ, M., "El derecho de propiedad en España: situación actual y evolución histórica" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 19 a 35.
- ESCALONA MOLINA, M., *Guía para trabajos del Catastro de Rústica*. Edición del autor. Sevilla, 1998.
- ESEVERRI, E. "La comprobación de valores a efectos de Transmisiones Patrimoniales". En *Revista Catastro*, núm. 5, julio 1990, pp. 25 a 32. Ed. Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, Madrid.
- ESPEJO POYATO, E., "¿Es posible una valoración unitaria? La valoración de bienes en el Derecho tributario español". En *Revista Catastro*, núm. 5, julio 1990, pp. 33 a 38. Ed. Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, Madrid.
- FERNÁNDEZ PIRLA, S., "Aspectos generales de la valoración inmobiliaria. Procedimientos y técnicas de valoración" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 39-49.
- FERNÁNDEZ DE QUINCOCES BENJUMEA, M., "El valor único tributario" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 703-711.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, H., "Incidencia del valor catastral en el sistema impositivo". En *Revista Catastro*, núm. 10, octubre 1991, pp. 63 a 66. Ed. Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria. Madrid.
- MARÍN I MARTÍNEZ, J., "Valoración, comprobación de valores y cómputo de valores de inmuebles a efectos fiscales". En *Revista Catastro*, núm. 39, julio 2000, pp. 7 a 18.
- MENÉNDEZ REXACH, A., "El valor único de inmuebles a efectos de cualquier actuación administrativa, un viejo problema no resuelto" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 695-700.
- PALACIOS CASTELLANOS, J., "Viabilidad del valor único según una técnica de valoración masiva. Su relación con los valores de mercado" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 715-723.
- PARRONDO AYMERICH, J., "Conveniencia o no de buscar un valor único de inmuebles a efectos administrativos y tributarios" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 727-734.

- RAMOS PRIETO, J., "La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas". Ed. Comares. Granada, 2001.
- RUSSINES TORREGROSA, J., "Prólogo" en *Seminario de valoraciones administrativas de bienes inmuebles urbanos y comprobación de valores*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1989, pp. 13-16.
- RUIZ GARCÍA, F., *Manual de valoración agraria y urbana*. Intervalora. Madrid, 1986.
- Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos. Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial. *Liquidación de Presupuestos de las Entidades Locales. Ejercicio 1999*. Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda. Madrid, 2002.
- SOLÍS BURGOS, J. A.; CASTRO FUERTES, J., *Introducción a las valoraciones de suelo y edificación*. Colegio de Arquitectos Técnicos de Andalucía Occidental. Sevilla, 1988.

EL HECHO DE LAS PAREJAS DE HECHO SIN DERECHO (1)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario Honorario

Ni es un trabalenguas ni es un mensaje criptográfico. Me ha parecido un título atrayente –nunca, en los tiempos actuales, se puede echar en saco roto eso del “marketing”– y, además, explicativo del tema del que me voy a ocupar. Diseccionémoslo:

Hecho. Participio de “hacer” con muchas acepciones como adjetivo y como nombre. Lo he utilizado como equivalente a “cosa que sucede” o “suceso o fenómeno acaecido en la realidad”, lo que nos lleva indefectiblemente a preguntarnos si las parejas de hecho o uniones libres (la cuestión terminológica la dejamos de momento aparcada) constituyen una realidad social y sus causas. La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Generalitat de Cataluña –la primera entre todas las aprobadas–, en el Preámbulo justifica su promulgación afirmando que “en estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abar-

(1) El presente trabajo sirvió de base para la conferencia que pronuncié el 17 de mayo de 2002 en la Academia Granadina del Notariado.

ca todas las parejas..., incluidas por tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia". En términos similares se pronuncian los preámbulos de las restantes leyes autonómicas sobre la materia (aragonesa –Ley 6/1999, de 26 de marzo–; navarra –Ley foral 6/2000, de 3 de julio–; valenciana –Ley 1/2001, de 6 de abril–; de la Comunidad de Madrid –Ley 11/2001, de 19 de diciembre–; y Ley 18/2001, también de 19 de diciembre, del Parlamento Balear). Sin embargo, según expone el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE ("Las uniones de hecho: Derecho aplicable", en el número 36, octubre 1999, de la Revista *Actualidad Civil*), las uniones no matrimoniales, comparativamente, son poco numerosas, pues en España las parejas de hecho estables constituyen apenas un 2 por 100, frente al 98 por 100 que son matrimonio, aunque en algunas regiones, por ejemplo, Cataluña, el porcentaje alcanza el 4 por 100. Dejando a un lado las estadísticas –todos conocemos el ejemplo del pollo–, me parece imposible negar esta realidad social que, por otra parte, siempre ha existido y que, como dije en la conferencia que pronuncié en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares el 28 de abril de 1998 ("Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil"), ni la influencia de la doctrina de la Iglesia Católica ni ideas políticas desorbitadas como las nazis y/o fascistas han podido desterrar. Lo que sucede hoy día es que se arma mucho más ruido al amparo de las libertades reconocidas en los Estados democráticos en base a los principios de igualdad, dignidad de la persona, derecho a la intimidad y el, ya citado, de libertad.

¿Causas? Variadas y múltiples. Nuestro compañero CANTERO NÚÑEZ las estudia en profundidad en el tomo IV, volumen 1.º, de las *Instituciones de Derecho Privado*, obra de la que es responsable el Consejo General del Notariado. Sintetizando al máximo, CANTERO NÚÑEZ diferencia entre causas estructurales y de fondo. Entre las primeras, destaca: la extrema pobreza unida a la lejanía geográfica de amplios sectores de la población de los centros administrativos o judiciales y el predominio de determinadas costumbres –ejemplo, extensas zonas de países iberoamericanos como Bolivia, Argentina, El Salvador–; inmigración de personas de culturas muy alejadas del país que los acoge; las disposiciones del Derecho positivo vigente en un espacio y tiempo determinados– imposición del matrimonio religioso o civil obligatorio *versus* no creyentes o creyentes–; pérdida de ciertos derechos, beneficios familiares o testamentarios –en el C.c. la pensión compensatoria y en las legislaciones forales/autonómicas el año de viudedad catalán, el usufructo foral aragonés, el de fidelidad navarro, etc.–; y las denominadas "antesalas" del matrimonio –cohabitaciones juveniles o prenupciales, matrimonios a prueba– extendidas en los

países nórdicos. Y causas de fondo, que son las que verdaderamente contribuyen a explicar el porqué de las uniones que examinamos, y que hay que centrar en la pérdida de sentido del matrimonio, que queda reducido a una mera formalidad; se olvida su carácter sacramental; deja de ser contemplado como un “valor” (STENDHAL lo calificó como la “tumba del amor”); y se pierde, asimismo, gran parte de su contenido jurídico, produciéndose lo que se ha llamado “su vaciado” (NAVARRO VALLS y MARTÍNEZ DE AGUIRRE) —ejemplos, se le desvincula de la procreación que no necesita ni siquiera el contacto carnal (siendo el colmo de la colmena la reproducción asistida con semen de donante anónimo); se escinde de la sexualidad que se erige en fin en sí mismo y que conduce a la despenalización del aborto; y, al equipararse plenamente las filiaciones, el matrimonio queda desincentivado en consideración a los hijos—. Vaciado que es provocado por multitud de causas, como son: la secularización creciente de la vida social; el predominio del individualismo y de todos los valores individuales sobre la solidaridad y los valores sociales; la concepción de la vida a que dio lugar la filosofía existencialista; la extrapolación del significado del principio de igualdad a las ideas, opiniones y valores —todo debe estar en el mismo plano, gris a ser posible—; el positivismo jurídico; y la dinámica de la sociedad de masas (globalización de las modas creadas por los mitos, tan cacareadas en los medios de comunicación, nauseabundos programas de la tele, revistas del corazón, etc., etc.).

Parejas de hecho. Dentro del desmadre terminológico que se produce en las aguas en las que nos estamos sumergiendo, he utilizado en el título de esta charla una de las denominaciones más habituales. Hay mil y una:

— En la doctrina se pueden formar los siguientes grupos: a) Los que destacan la situación de hecho (matrimonio de hecho, relaciones de hecho, convivencia de hecho, unión de hecho, y, claro está, parejas de hecho). b) Los que se basan en su aparente analogía con el matrimonio (vivir como matrimonio, relación análoga al matrimonio, vivir maritalmente, convivencia a imagen de matrimonio, convivencia *more uxorio*...). c) Otras denominaciones resaltan, precisamente, las diferencias con el matrimonio (convivencia extramatrimonial, unión extramatrimonial, pareja no casada...). d) Las que pretenden remarcar el carácter familiar que se quiere atribuir a estas uniones (familia de hecho, familia no matrimonial, familia de afecto, familia no conyugal). e) Las que inciden en la estabilidad, duración y comunidad de vida como elemento diferenciador de las uniones pasajeras (convivencia estable, unión estable, pareja estable...). f) Y las que pretenden destacar la no asunción de compromisos jurídicos (unión puramente afectiva, unión libre). Esta última tiene la ventaja de recoger

uno de los rasgos esenciales del fenómeno, cual es la conservación en todo momento por parte de los convivientes del derecho a poner fin a la situación en cualquier tiempo (libre ruptura). Pero al lado de esta ventaja la desventaja de ser notoriamente equívoca, ya que no parece correcto contraponer compromiso a libertad, siendo poco serio entender que, por contraposición, el matrimonio es incompatible con la libertad, afirma CANTERO NÚÑEZ, salvo –me permito añadir– en los supuestos, cada vez menos frecuentes, de matrimonios obligados... los de “penalty”, que hoy no sólo han caído en desuso, sino que se presume de ellos,

— en Derecho positivo, en el ámbito estatal no se utiliza ninguna de las denominaciones precedentes. El Código civil habla de “vivir maritalmente con otra persona” (art. 101) y de “convivir maritalmente con persona distinta del otro progenitor” (art. 320). La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en su disposición adicional tercera, introduce la expresión “hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”; expresión que ha pasado a la LAU vigente de 3 de noviembre de 1994, añadiendo la coletilla “con independencia de su orientación sexual”. El nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) emplea la expresión “persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (a la del cónyuge)” (arts. 23, 153, 454, 617). La Ley Orgánica del Poder Judicial (1 de julio de 1985) se refiere a “situación de hecho asimilable/o situación de hecho equivalente”, en ambos casos al vínculo conyugal (arts. 219 y 391). En materia de Derecho de asilo, la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, extiende este derecho a “la persona con la que se halle ligado el beneficiario por análoga relación de afectividad y convivencia” y una Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 empleó la más doctrinal de “relaciones de hecho consolidadas”.

En el ámbito autonómico tampoco hay unanimidad: “uniones estables de pareja” en Cataluña; “parejas estables no casadas” en Aragón; “parejas estables” en Navarra y Baleares; y “uniones de hecho” en Valencia y Madrid.

Y este desmadre no es sólo patrimonio nacional... como la famosa escopeta. Así, en Italia se habla de “famiglia di fatto”, “famiglia non fondata sul matrimonio”, “istituzione ombra”; en Francia: “concubinage”, “concubinatus”, “faux ménage”, “ménage de fait”, “mariage de fait”, “mariage apparent”, en Alemania: “Nichteheliche Lebensgemeinschaft”, “Ehe ohne Trauschein”, “Konkubinatus” o la muy sonora “Wilde Ehe” (unión salvaje); en Inglaterra: “informal unions”, “consensual unions”, “free unions”...

¿A qué carta debemos quedarnos? Yo ya aposté por “parejas de hecho”, si bien, tras leer el documentadísimo trabajo de nuestro compañero

y amigo personal CERDÁ GIMENO (“Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema. De nuevo sobre parejas no casadas”, en la *RDPr.*, febrero 2001), debo recomendar que todos utilicemos la denominación oficial aprobada por el Consejo de Europa (a las actas del XI Coloquio de Derecho Europeo, Messina, 8-10 julio 1981, se remite), que no es otra que la de “parejas no casadas” (“couples non mariés”, “unmarried couples”, en francés e inglés).

Sin Derecho. Utilizo aquí el término “Derecho” como sustantivo y escrito con mayúscula, para dar a entender que es equivalente –como expresa la acepción catorce de la nueva edición (vigésimo segunda, de 2001) del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia– a “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”. Es evidente que hubiera ganado en claridad refiriéndome a “Derecho positivo común o de ámbito estatal”, pero nadie me negará que el título, la rúbrica, de esta charla habría perdido garra, y, ya lo he dicho antes, marketing es marketing.

Entendida en este sentido la expresión “sin Derecho” que he utilizado me sirve para marcar los límites de mi intervención. Voy, pues, a referirme única y exclusivamente a la situación en que se encuentran las parejas no casadas en las Comunidades Autónomas sin ley aprobada al respecto. La suya, por ejemplo, si la Junta de Andalucía no me ha hecho la faena de promulgar una hace unos días. Todo es posible... especialmente en “Graná”.

No obstante, antes de entrar en harina me voy a permitir bosquejar dos cuestiones: constitucionalidad de las leyes autonómicas y necesidad o no de una regulación general, referidas ambas, como es lógico, a las parejas no casadas.

La primera de ellas es puramente académica, por cuanto las leyes que las Comunidades Autónomas han promulgado están vigentes, habiéndose dejado transcurrir el plazo de tres meses –que señala el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– contados a partir de su respectiva publicación, sin haberse recurrido por quienes estaban legitimados para ello (*cfr.* arts. 162 CE y 32 LOTr. Constitucional), con la única excepción de la Ley navarra (recurso de inconstitucionalidad que tuvo su entrada en el Tribunal Constitucional el 6 de octubre de 2000 y, que sepamos, no está resuelto) que por cierto, y ésta debe ser la razón, se separa de las restantes al permitir en su artículo 8.1 la adopción en forma conjunta por los miembros de la pareja estable hetero u homosexual, con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. El porqué de este silencio continúa siendo un secreto de alcoba. Dicen, las

malas lenguas, que solamente hay razones políticas. La primera Ley aprobada fue la catalana y al Gobierno Central no le convenía ponerse a mal con la Generalitat –cuyos votos necesitaba– y... concedido el plázet/licet a una, resultaba feo recurrir las demás. Dejando estas motivaciones extra-jurídicas de lado –no es tema que nos interese en este foro–, es lo cierto que la doctrina se muestra contraria a reconocer la competencia, en este punto, de las Comunidades Autónomas, considerando que han invadido ámbitos que en todo caso corresponden al Estado según el básico artículo 149.1.8 de la Constitución Española (invasión de la norma que regula las formas del matrimonio, la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes y para la ordenación de los Registros públicos). Al final siempre se arriba al mismo puerto: ¿cómo interpretar los términos “conservación, modificación y desarrollo” de los derechos civiles, forales o especiales, que emplea el citado artículo 149.1.8 de nuestra Carta Magna? La interpretación flexible del Tribunal Constitucional (citemos las importantes Sentencias 881/1993, de 12 de marzo, sobre Aragón y la 156/1993, de 6 de mayo, sobre Baleares) ha facilitado, por ejemplo, que la Generalitat de Cataluña esté legislando sobre todo lo divino y humano. Sirva de botón de muestra la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación (entrada en vigor el 18 de abril de 2002; disposición final segunda, tres meses desde su publicación en el Diario Oficial), que consta de 26 artículos, que vienen a sustituir y derogar al aislado artículo 278 de la vieja Compilación de 1960 (Ley 70/1960, 21 de julio). ¿Es este el camino a seguir? Ya pueden ir pensando la respuesta.

La segunda cuestión es la relativa a cómo resolver el hecho de las parejas de hecho. Por los autores se ha hablado y se habla de reglamentación, institucionalización, juridificación/juridización, legalización, normalización, normativización/normatización, reconocimiento y regulación. Y como caminos para alcanzar soluciones: el convencional, la vía jurisprudencial y la legislativa. Este último es el que se está imponiendo no solamente entre nosotros en las legislaciones autonómicas, sino también en el extranjero (países nórdicos –Suecia, Dinamarca, Noruega, Holanda–, Francia, con su Ley de Pacto Civil de solidaridad de 15 de noviembre de 1999, en algunos territorios de Australia –Nueva Gales del Sur, Victoria y Territorio del Norte–, parte de Canadá –Ontario Family Act de 1986–, recientemente en Alemania, con la aprobación el 10 de noviembre de 2000 de la Ley de Convivencia de dos personas del mismo sexo –Lebenspartnerschaftsgesetz zweier Personen gleichen Geschlechts– y en los países hispanoamericanos –Bolivia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Paraguay–). Y dejo en el airé dos interrogantes: ¿La regulación legislativa debe ser mínima y parcial u orgánica? ¿Es justo o

está justificado que el Derecho intervenga en una relación que los interesados han querido y optado por apartar de lo jurídico?

Con ellos doy por finalizada la que puede ser calificada como introducción o parte general de mi intervención, para pasar a la parte especial o más concreta en la que, siempre dentro del ámbito del Derecho positivo estatal, no autonómico, voy a incluir aquellas disposiciones ya aprobadas en las que se atribuyen o atribuyeron determinados derechos a los convivientes –en todo caso en sentido horizontal, sin mencionar los de sentido vertical, o sea, a favor de los descendientes, que desde la Constitución son iguales (art. 14 de la propia Constitución y 108 y concordantes del Código civil, tras la redacción que les dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, equiparando la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva)–, las afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre estas uniones y los criterios que el Tribunal Supremo ha utilizado en los supuestos de inexistencia de norma aplicable.

A) Efectos reconocidos por el Ordenamiento. Salvo error u omisión, posibles como las meigas, porque “habelas, haylas”:

1) LO 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria. En sus artículos 52 y 53 se reconoce al conviviente el derecho a ser informado respecto del fallecimiento o grave enfermedad de su compañero, así como el de recibir visitas de él. El primero de estos derechos se confiere a las “personas íntimamente vinculadas” con el recluso y el segundo a los “allegados íntimos”. Ambas expresiones –y estamos de acuerdo con CANTERO NÚÑEZ– son lo suficientemente amplias como para abarcar a los miembros de una unión de hecho, si bien cabe preguntarse cómo probar la convivencia y en las Comunidades Autónomas con legislación propia si será necesario o no que lo sean de “parejas legalizadas”, es decir, las que cumplan los requisitos prevenidos en las correspondientes leyes.

2) Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que en su disposición adicional 10.^a atribuye derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión de viudedad a “quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley”.

3) Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En su artículo 10.1 –redactado según Ley 9/1994, de 19 de mayo– establece que “se concederá el asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia”.

4) LO 6/1984, de 24 de mayo, de regulación del procedimiento de “Hábeas Corpus”, que en su artículo 3.º, a) confiere legitimación activa para instar este procedimiento al “privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales”.

5) LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En este campo procesal, su artículo 219 incluye entre las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable entre aquéllos y las personas que intervengan como Letrado o Procurador de cualquiera de las partes”, y que –por aplicación del art. 461 de la misma norma– es extensivo a los secretarios. No conviene, tampoco, olvidar su artículo 391, conforme al cual no podrán pertenecer a la misma Sala los magistrados que estuvieren unidos por “vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente”.

6) RD 336/1986, de 24 de enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, que desarrollando la LO 9/1984, de 26 de diciembre, reconoce derecho de resarcimiento en caso de muerte a los hijos del difunto y al progenitor superviviente de alguno de éstos, “sea o no cónyuge del fallecido”.

7) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Como es sabido, la adopción es una de las instituciones que más modificaciones ha sufrido (Ley de 24 de abril de 1958, Ley 7/1970, de 4 de julio, Ley 11/1981, de 13 de mayo, Ley 30/1981, de 7 de julio y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del C.c. y de la LEC). A pesar de estas modificaciones, desde la redacción originaria del Código (art. 174.4.º) hasta la actualidad (art. 175.4) se ha mantenido el principio de que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más

de una persona”. Principio que modificó –sin alterar el texto del citado art. 175.4– la disposición adicional tercera de la ley a que nos estamos refiriendo (Ley 21/1987), estableciendo que “Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Fijémonos en que esta disposición adicional exige que se trate de una pareja heterosexual. Se refiere “al hombre y la mujer integrantes de una pareja”, no a los “miembros de una pareja” sin más, con lo cual encajarían las parejas homosexuales de gays o lesbianas. Se ha criticado esta solución por estimarse que es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad ante la Ley del artículo 14 de la Constitución. Para otros –véase, por todos, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral Navarra 6/2000 que, como ya hemos visto, sí permite la adopción conjunta en este supuesto– esta forma de adopción por homosexuales podría contravenir el artículo 39.2 de la Constitución, que establece como principio rector de la política social la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación. Leemos en dicho recurso que “el interés del menor debiera prevalecer sobre el derecho de los cónyuges homosexuales a adoptar, en la medida en que este modelo de familia se aleja del modelo dominante de naturaleza heterosexual, sea o no matrimonial, pero en el que, de acuerdo con el orden biológico natural, los hijos requieren un padre y una madre, o un padre o una madre, pero no dos padres o dos madres. El interés del menor adoptado exige que su nueva familia de adopción no le provoque necesariamente un conflicto con otros niños y esto es lo que sucede, a juicio de la Asociación Española de Pediatría, en este nuevo modelo familiar con dos padres o dos madres, con un padre o una madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, todo lo cual generaría en el niño frustración y agresividad y un entorno vital claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación del niño”.

8) Ley 35/1988, de 28 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que permite tanto a la pareja matrimonial como a la no matrimonial, e incluso a la madre sin pareja, la utilización de los medios de fecundación asistida contemplados en la misma (*cfr.* art. 6, que establece que “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar”). Recordemos que en esta ley se regula la denominada reproducción asistida homóloga (cuando los gametos proceden de los cónyuges o convivientes)

y la reproducción asistida heteróloga (cuando uno de los gametos o ambos proceden de un tercero), garantizando la ley en este último supuesto el anonimato del donante y prohibiendo la revelación de su identidad salvo que ésta sea indispensable para salvar la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes penales (art. 5.5). En el caso de reproducción asistida homóloga se presupone que su utilización ha sido realizada con pleno conocimiento (consentimiento presunto) del marido o del conviviente de la madre. Por el contrario, en la heteróloga, para poder atribuir la paternidad al marido o al conviviente es indispensable que éste haya prestado su consentimiento. En esta línea, el artículo 8.2 de la Ley, refiriéndose al conviviente –“consentimiento prestado por varón no casado”–, establece que el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil (del reconocimiento de la paternidad). Por algún sector de la doctrina se entiende que el consentimiento prestado por el marido imposibilita expresamente la impugnación de la paternidad (art. 8.1), mientras que no sucede lo mismo respecto del prestado por el conviviente, al guardar silencio la ley. CANTERO NÚÑEZ opina –creo que con mayor fundamento– que la misma regla debe ser aplicada en los dos supuestos, no sólo por la doctrina de los actos propios, sino también porque el artículo 9.4 sólo permite la revocación del consentimiento en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas de reproducción asistida, lo que es lo mismo que decir que en un momento posterior el consentimiento no puede ser revocado y que el conviviente no casado, nacido el hijo, tampoco podrá impugnar su paternidad.

Tratándose de inseminación *post mortem* el artículo 9, apartados 2 y 3, permite, tanto al marido como al varón no unido por vínculo matrimonial, la posibilidad de consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer o compañera. Tratándose de parejas no casadas, este consentimiento valdrá como título para iniciar el expediente del citado artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

9) RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes (art. 1); asistencia que tendrá idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la misma (art. 2).

10) LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su artículo 1.2 establece que “para que sean de aplicación las disposiciones de la presente ley, será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

11) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. En su artículo 12.4 se confiere el derecho a continuar en el arrendamiento, cuando el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, al cónyuge conviviente y “en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”.

El artículo 16.1.b) reconoce en favor del conviviente, y en iguales circunstancias, el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

En el artículo 24.1 se atribuye al arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, la facultad de realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona que conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan.

Y la disposición transitoria segunda, B),7, en la que, refiriéndose a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de la propia transitoria (derecho de subrogación en el lugar del arrendatario fallecido, de los arts. 24.1 y 58 de la LAU de 1964), serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo, etc., etc., etc.

12) RD 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria que, en su artículo 28.4, al regular las prórrogas por sostenimiento familiar, considera miembros de la unidad familiar al cónyuge o a la persona unida por análoga relación de afectividad.

13) Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para facilitar el acceso físico a las viviendas y para eliminar las

barreras arquitectónicas que supongan una dificultad para los discapacitados, que en su artículo 2.2 equipara al cónyuge con “la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual”.

14) LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Encontramos:

— Artículo 23. Incluye como circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado “cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”. Es la denominada “circunstancia mixta de parentesco”, cuando no creemos que entre los convivientes pueda hablarse de parentesco. Carca que es uno, por cuanto hasta la ya citada vigésimo segunda edición del *Diccionario de la Real Academia Española* define el parentesco como “vínculo de consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta”,

— artículo 153, que tipifica el delito de malos tratos (pena de prisión de seis meses a tres años) respecto del que habitualmente ejerza violencia física “sobre su cónyuge o persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente”,

— artículo 424, en el delito de cohecho la convivencia marital se toma en consideración para reducir la pena del conviviente que en causa criminal seguida contra su compañero trata de sobornar a la autoridad o funcionario público,

— artículo 443, que sanciona con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, a la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad... tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior,

— artículo 444, que castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, al funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente al cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad,

— artículo 454, en el que se exime de las penas impuestas a los encubridores a los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, y

— artículo 617.2, en el que, en materia de faltas contra las personas,

se aumenta la pena cuando los golpeados o maltratados de obra sean el cónyuge o persona con quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

15) Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de delitos violentos y contra la libertad sexual, que al establecer un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas, reconoce la cualidad de víctimas indirectas en el caso de muerte al cónyuge del fallecido, si no estuviere separado legalmente, “o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia” (art. 2.3 a) y que, en el caso de concurrir el cónyuge o el conviviente con hijos del fallecido divide la cantidad entre unos y otros por mitad (art. 2.4. a).

16) RD Ley 13/1996, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por la inundación en el término municipal de Biescas (Huesca), en el que se incluye como beneficiario a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, al conviviente heterosexual que reúna los requisitos de la ley precedente.

17) RD 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos del terrorismo, que en su artículo 7.2 a) considera titulares del derecho de resarcimiento al conviviente, incluso homosexual, en los mismos términos de la citada Ley 35/1995, y

18) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Duda la doctrina en si la convivencia de hecho puede entenderse o no incluida entre las causas que permiten tachar los testigos propuestos por la parte contraria, por cuanto el artículo 377.1.1.^a alude a “ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo”. Es inteligente –y por eso la compartimos– la postura de CANTERO NÚÑEZ, quien considera que en rigor “no se podría entender aquí incluido el conviviente ya que a éste no le liga «vínculo» alguno con su compañero, que es sobre lo que se predica la analogía. Sin embargo, la interpretación correctora –sigue diciendo– debe imponerse. De no admitirse esta interpretación, se podría lograr el mismo resultado por concurrencia de «amistad íntima», al amparo de la causa cuarta del mismo artículo”.

B) Afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Es posible –aunque poco probable– que alguno de los presentes se haya sorprendido por la extensa enumeración precedente; es, sin embargo, evidente que estos derechos y facultades reconocidos a los miembros de la pareja no constituyen una verdadera y propia regulación legislativa sistemática u orgánica, por lo que continuamos estando en la situación expresada en la rúbrica: “sin Derecho”.

Para completar el examen de la cuestión vamos a acudir a la vía jurisprudencial limitándonos en este apartado a las Sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello suponga menosprecio alguno a las emanadas del Tribunal Supremo –de las que nos ocuparemos más adelante–, de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Audiencias y Juzgados de Instancia y escogiendo desde 1992 las que hemos considerado más interesantes por los principios/criterios de carácter general en ellas contenidos.

Empezamos con la **Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre**, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad 1419/1988, planteada por la Magistratura número 1 de Álava contra el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y la disposición adicional décima, 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio –ya examinada–, por oposición a los artículos 10, 14 y 39 de la Constitución. Fallo: desestimatorio.– Las circunstancias del caso fueron las siguientes. La demandante en el proceso originario, tras el fallecimiento en 1987 de su compañero, con el que había convivido más de 40 años, solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por no existir vínculo matrimonial con el causante y no tener legalizada la situación. La solicitante había contraído matrimonio en 1939 con otra persona que, según se dice, había desaparecido durante la guerra civil. Interpuesta reclamación previa contra la anterior denegación, fue desestimada por dicho Instituto por no tener la solicitante la condición de viuda, según se requiere para ser pensionista de viudedad por el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y porque el fallecimiento del causante no se produjo con anterioridad a la Ley 30/1981, habiendo podido, por tanto, llevar a cabo la regularización de su situación, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional décima, 2, de dicha Ley–. Interpuesta por la interesada demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Magistratura de Trabajo número 1 de Álava, tras los trámites pertinentes, dictó el 29 de julio de 1988 Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al abrigar dudas acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 160 de la LGSS (en cuanto se refiere exclusivamente al viu-

do-viuda) y la disposición adicional décima, 2, de la Ley 30/1981 (en cuanto que el reconocimiento de los derechos a que alude se condicionan a que el fallecimiento del compañero/compañera hubiera acaecido con anterioridad a la vigencia de dicha Ley), con relación al artículo 14 de la Constitución Española, que prohíbe la desigualdad de trato, en este caso derivada de la inexistencia de vínculo conyugal; con el artículo 39 CE, que ampara a la familia no matrimonial; y, por último, en relación con el artículo 10 CE, que al consagrar como fundamento del orden político “el libre desarrollo de la personalidad”, parece implicar como de difícil sostenimiento la exigencia de vínculo matrimonial.

Tras recordar que el propio Tribunal Constitucional ya tiene declarado, de un lado, que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído legítimo matrimonio con el (o la) causante (Sentencias 177/1985, 27/1986 y 270/1988); y, de otro, que la Ley 30/1981 no ha creado una nueva pensión distinta a la de viudedad, sino que se ha limitado a añadir a la causa de pedir existente (el vínculo matrimonial) una nueva basada en la convivencia extramatrimonial, sólo en aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio por inexistencia del divorcio, entra en el examen de los preceptos constitucionales invocados, considerando:

— Que debe excluirse de entrada el contraste aislado del artículo 160 LGSS con el artículo 10 de la Constitución, pues el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al superviviente de una unión de hecho la ley no le reconozca una pensión de viudedad. Sí podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio*,

— que tampoco cabe establecer un contraste aislado entre los preceptos legales cuestionados y el artículo 39 CE. Pues, sin necesidad de interrogarse ahora acerca de si “la protección social, económica y jurídica de la familia” a que este precepto se refiere podría alcanzar tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello, no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*, y

— que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (Auto TC núm. 671/1985, de 9 de noviembre, de inadmisión del recurso de amparo 291/1985), y ello también respecto de las pensiones de viudedad, precisando, a este propósito, que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 CE. Es claro que en la Constitución Española el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia. Es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero el que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el artículo 14 CE ni tampoco en su conexión con el artículo 39.1 del propio texto constitucional.

La conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que en otros supuestos muy distintos al de la pensión de viudedad el legislador haya equiparado al cónyuge la “análoga relación de afectividad”. Tales supuestos —afirma la Sentencia— no admiten comparación con el que ahora nos ocupa, todo lo más son indicativos de que las relaciones permanentes de afectividad análogas a la matrimonial comienzan a ser atendidas en determinados y peculiares casos y dotadas de ciertos efectos por el ordenamiento jurídico.

El fallo desestimatorio cuenta con dos votos particulares. El del magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (que coincidiendo con el fallo muestra su discrepancia con la afirmación de que las denominadas uniones conyugales de hecho carecen de protección constitucional) y el del magistrado Excmo. Sr. D. Luis López Guerra (para quien los artículos debatidos vulneran los mandatos del art. 14, en relación con el art. 41 CE).

Esta decisión de declarar que el artículo 160 de la LGSS —así como la disposición adicional décima, 2, de la Ley 30/1981— no se opone a lo dispuesto en nuestra Constitución ha sido reiterada por las siguientes Sentencias del propio TC, núms.: 29, 30, 31, 35, 38, 77/1991, 29/1992 y 66/1994.

En esta última se añade una cuestión más. Alegaba la demandante de amparo que quien con ella convivía maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria a la familia, sí lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración; para deducir de ello que la exigencia en su situación del vínculo matrimonial como requisito imprescindible para acceder a la pensión de viudedad supone atentar a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1 CE. A este razonamiento se opone el TC alegando que, aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio –art. 32.1 CE– en el artículo 16.1, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica “no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho (Auto TC 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad, pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (STC 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos”. No cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial.

El artículo 174.1 del Texto Refundido de la LGSS, en la redacción vigente que le ha dado el artículo 32.uno de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, continúa manteniendo la necesidad de la existencia de vínculo matrimonial para que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad.

Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Fuengirola sobre supuesta inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la LAU, texto refundido de 24 de diciembre de 1964, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución: el Tribunal estima la cuestión y declara que dicho precepto es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

Consideraciones generales:

— La regla preconstitucional del mentado artículo 58.1 de la anterior LAU ha de ser interpretada como introductora de un beneficio legal que halla su fundamento en la norma de la Constitución según la cual “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39.1),

— en el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras precisiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación post-constitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias 45/1989, 192 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia,

— ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 CE hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger 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 (arts. 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 responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada en la ya vista Sentencia 184/1990,

— que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos “realidades equivalentes” es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina de general aplicación, en la repetida Sentencia 184/1990 y confirmada con posterioridad en las, también invocadas, 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas de 1991.

A esta Sentencia se formularon dos votos particulares por considerar que el artículo 58.1 de la LAU de 1964 no es contrario a la Constitución. El del magistrado Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo [no ser contrario al artículo 14 CE y apartarse por completo, sin declarar expresamente las razones, de la doctrina reiteradamente sentada por el propio Tribunal –Sentencia 184/1990–. Afirmando, asimismo, que no corresponde al TC, en su función de legislador negativo, llevar a cabo esa extensión, *ex Constitutione*, en favor del supérstite que había convivido *more*

uxorio; situación libremente elegida y querida por ellos (art. 10.1 CE) y sin que nada los hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio] y el del magistrado Excmo. Sr. D. José Gabaldón López (para quien, para llegar a la conclusión de que el precepto cuestionado es contrario al art. 14 CE, habría de darse una perfecta identidad entre matrimonio y convivencia extramatrimonial. Identidad inexistente por cuanto la unión de hecho *more uxorio* no es ni siquiera una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento).

El mismo criterio de inconstitucionalidad del repetido artículo 58.1 de la LAU de 1964 se mantuvo por el TC en sus Sentencias 6 y 47/1993. Ya expusimos en su momento cómo la actual Ley de Arrendamientos Urbanos ha cambiado de criterio en su artículo 16.1. b), reconociendo en favor del conviviente el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

Auto 321/1996, de 8 de noviembre, inadmitiendo el amparo solicitado (recurso de amparo número 4304/1995). Hechos: el propietario de una vivienda presenta demanda de desahucio por precario contra la recurrente en amparo, que se opuso a la demanda alegando la excepción de inadecuación del procedimiento dada la existencia de una cuestión compleja consistente en una relación de convivencia *more uxorio* entre los litigantes. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas dictó sentencia estimatoria de la demanda, declarando haber lugar al desahucio. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.— La demandante de amparo alega tres motivos para la estimación de su recurso: a) En primer lugar, considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por haber sido condenada a desalojar su domicilio en virtud de sentencia recaída en un proceso en el que no pudo ejercitar su defensa con las debidas garantías. Basa este reproche en que, habiendo alegado como título justificativo de su permanencia en el inmueble su convivencia *more uxorio* con el demandante, nos encontramos ante una cuestión compleja, cuya resolución no puede tener lugar dentro del cauce procedimental del juicio de desahucio por precario (procedimiento sumario), sino que ha de hacerse en un declarativo ordinario.— b) En segundo lugar, entiende que la sentencia impugnada de la Audiencia vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), al apartarse de las soluciones propiciadas para casos idénticos por otras Audiencias (por ejemplo, la Sentencia de 9/6/1993 de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 15/6 también de 1993, de la de Madrid).— c) Por último, la demandante de amparo considera vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) por haberse produci-

do una discriminación en razón a su estado civil (unión de hecho que describe/define como “una convivencia *more uxorio* continuada en el tiempo bajo un mismo techo con medios y recursos en común, con asunción por ambas partes de todos los deberes matrimoniales, incluido el de fidelidad, y pública, manifiesta, patente y monogámica”). A su entender, acreditada la existencia de una relación cuasi-marital entre los litigantes falta uno de los presupuestos esenciales de la institución del precario, ya que en ningún caso puede hablarse de una carencia de título de la hoy recurrente en amparo para permanecer en la vivienda en disputa.

El TC mantiene:

— Que la primera de las vulneraciones denunciadas (indefensión) carece de fundamento. La existencia de juicios sumarios, como puede ser el de desahucio, no es de por sí contraria a la prohibición constitucional de indefensión, precisamente porque lo que caracteriza a los juicios sumarios es que no cierran la posibilidad de discusión del fondo del asunto en toda su plenitud en un posterior juicio declarativo ordinario (Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1983 y 187/1990),

— respecto de la posible discriminación entre uniones matrimoniales y de hecho en relación con la aplicación del juicio de desahucio por precario, lo primero que hay que advertir es que tal discriminación, caso de existir, no se encontraría en la ley, que se limita a prever en el artículo 1.565,3.º LEC (en su anterior redacción) la procedencia del desahucio en situaciones de precario sin hacer distinción alguna por la condición personal del precarista, por lo que hay que entender que la queja se refiere a una posible discriminación en la aplicación de la ley. Y en este caso debería haberse probado, lo que no se ha hecho, que la Audiencia de Las Palmas hubiera adoptado alguna decisión anterior en que hubiera rechazado el desahucio por precario en un supuesto análogo al presente, con la sola diferencia de tratarse de una unión matrimonial y no de hecho. Estima el TC que la Audiencia tomó una decisión muy ajustada a las circunstancias del caso concreto y no basada en la simple existencia de una unión de hecho, en la que incluso se planteó la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 96.3 C.c.,

— y en orden a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), por la existencia de sentencias contradictorias con la impugnada procedentes de otras Audiencias, es doctrina reiterada del Alto Tribunal que este principio a lo que se opone es a que un mismo órgano judicial cambie de criterio de manera inmotivada en la resolución de supuestos sustancialmente iguales, pero que tal principio no es aplicable cuando las decisiones contradictorias entre sí proceden, como en este caso, de órganos judiciales distintos (Sentencias 146/1990, 134/1991 y 119/1994 del TC, entre otras).

Sentencia 47/2001, de 15 de febrero, en la que se deniega el amparo solicitado por los cónyuges –que habiéndose acogido expresamente a la modalidad de “declaración conjunta”, regulada en el hoy derogado art. 87, apartado 2, de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, constituyeron una unidad familiar integrada, la primera de ellas, por el esposo y un hijo, y la segunda, por la esposa y otro hijo– contra Sentencias de las Secciones octava y novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por las que se desestiman los recursos interpuestos contra sendas liquidaciones provisionales en concepto de IRPF de los ejercicios 1994 y 1993.– Alegaron los demandantes de amparo –en lo que más nos interesa en la materia que examinamos– la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad ante la ley –art. 14 CE.– Si de acuerdo con las sentencias impugnadas los matrimonios con hijos no pueden constituir la modalidad de unidad familiar del citado artículo 87.2, esta es una opción a la que sí pueden acogerse las parejas que conviven *more uxorio*, lo que se traduciría en la práctica en un trato fiscal más favorable para estas últimas que, no sólo carece de justificación razonable, sino que además contradice los artículos 32.1 y 39 CE.– Según el Alto Tribunal son dos las situaciones en las que la ley permite la declaración conjunta: la primera engloba los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial, con independencia de que los cónyuges tengan o no hijos menores a su cargo; la segunda abarca los supuestos de las familias monoparentales, esto es, las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio. Lo que está más claro es que no permite que cada cónyuge pueda constituir una unidad familiar de las recogidas en el artículo 87.2, con uno de los hijos menores no emancipados, escindiendo así artificialmente en dos, no sólo la “unidad familiar” tal y como está configurada legalmente en el artículo 87, sino incluso, de algún modo, la propia familia; y que el precepto de que se trata no pretende regular a efectos del IRPF la situación de las parejas de hecho –en su apartado 1 reclama la existencia de vínculo matrimonial, y en el 2 sólo toma en consideración las relaciones paterno-filiales–.

C) Criterios utilizados por el TS en los supuestos de inexistencia de norma aplicable. Llegado este momento, todos –ustedes y este charlatán– se encuentran en situación límite, de ahí que en gran síntesis vamos a intentar resumir las más importantes Sentencias del Tribunal Supremo.

1) Sentencia de 11 de diciembre de 1992. No admite que entre la actora y el demandado existiera, durante los seis años de su conviven-

cia en unión extramatrimonial, una sociedad universal de ganancias, entre otras, por las siguientes razones: a) La sociedad requiere el consentimiento, claro e inequívoco, de los contratantes, el cual en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la *affectio societatis*. b) La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial, ya que puede suceder que quienes la formen prefieran mantener su independencia económica. No es posible entender que la reclamación económica pueda encontrar fundamento en la aplicación del artículo 1.902 C.c., ni tampoco en la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 97 C.c. (pensión en caso de separación o divorcio). Sí se admite la existencia de un enriquecimiento sin causa, que según reiterada doctrina jurisprudencial (*vide* Sentencia de 31 de marzo de 1992) exige: aumento del patrimonio del enriquecido; correlativo empobrecimiento del actor; falta de causa que justifique el enriquecimiento; e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Requisitos que se cumplen en el caso. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado –dice el Tribunal– porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones –en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.– en la forma que está probado lo vino realizando la actora.

2) Sentencia de 18 de febrero de 1993 (116/1993). Reitera el criterio sustentado en sentencias de la misma Sala de lo Civil –Sentencias de 21 de octubre de 1992 y la precedente de 11 de diciembre del mismo año– de la imposible aplicación a las uniones *more uxorio* de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no cabe por eso equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución –afirmaciones que toma de la ya expuesta Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre–.

De ahí que para solucionar problemas la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

Se hace, por tanto, preciso no sólo la *affectio societatis* –elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil, que por sus características resulta obligado calificar de

irregular– sino también la puesta en común de dinero, bienes o industria, por aplicación del artículo 1.665 C.c.

3) Sentencia de 22 de julio de 1993. Reconoce que las uniones de hecho o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia, por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional (Sentencias del TS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993; y del TC de 11 de diciembre de 1992 y 18 de enero y 8 de febrero de 1993). Admisión obligada por el artículo 39.1 del texto constitucional.

Teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también socio-políticos, no es de olvidar en un Estado de Derecho otro esencial postulado que por afectar, al menos en principio, a toda la Comunidad Social debe imperar: el de la seguridad jurídica, consecuencia de lo cual: 1.º Las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 11-12-1992); 2.º No serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía.

El juego de la analogía radica en la similitud (“semejanza”, según el art. 4.º C.c.) entre el supuesto que ante el órgano judicial –o intérprete– se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o “identidad de razón”, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del Derecho (*vide* Sentencia del TS de 12 de diciembre de 1980).

Rechaza esta Sentencia la aplicación analógica a las uniones de hecho de los artículos 1.396 y siguientes del Código civil, por cuanto esa semejanza no puede admitirse, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las mismas y las uniones matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece por ejemplo con la creación del *status iuris* casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*, y lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho.

Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 CE, es que la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclama se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia alguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (Sentencias del TC de 12 de julio de 1988 y 142/1998), igualdad que no se da en el presente caso.

Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas. La solución contraria –aplicación de la analogía– podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del Derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza el artículo 1 C.c. en general y su ordinal 6.º en particular.

Rechaza también esta Sentencia –referida al caso concreto– la existencia de una sociedad civil irregular del artículo 1.669 C.c. (por cuanto para su existencia resultan imprescindibles los pactos *inter partes*) y la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto (por no darse ninguno de los requisitos que para la estimación de dicha figura señala la doctrina de esta Sala).

4) Sentencia de 27 de mayo de 1994 (536/1994). Rechaza, una vez más, la aplicación analógica de las normas matrimoniales, porque no se da identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que, además, no quisieron participar. Que estemos ante un hecho social innegable, no comporta que haya que extender los efectos de la institución del matrimonio por aplicación del artículo 3 C.c., que hace referencia a la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se trata de interpretar una ley –que es el campo de aplicación del art. 3 C.c.–.

Y se inclina por buscar solución a las cuestiones económicas que puedan surgir por la vía de los pactos societarios o de otro carácter contractual y hasta la aplicación –si se dieran los requisitos– de la acción de reclamación de cantidades en base a la prestación de servicios, gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa.

5) Sentencia de 11 de noviembre de 1994 (894/1994). Reitera la imposible aplicación a las uniones de hecho o *more uxorio* de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por no tratarse de uniones equivalentes a las matrimoniales. Por lo cual, la doctrina jurisprudencial ha tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

6) Sentencia de 20 de noviembre de 1994 (948/1994). La Sentencia recurrida partió de la base de que las uniones de hecho no tienen el carácter de uniones conyugales, no quedando por ello equiparadas legalmente al matrimonio, razón por la que se desestima la demanda en la que la mujer insta, tras la finalización de la unión, que se le atribuya el uso del domicilio en que convivieron y se le conceda una pensión mensual por cargas familiares, en la que no entran las relativas a los hijos habidos por ser todos mayores y ajenos al caso.

La Sala falla desestimando el recurso y manteniendo que la protección social y jurídica de la familia a que se refiere el artículo 39.1 CE no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por la aportación a la creación de un patrimonio o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía, para lo cual han de citarse los concretos preceptos con los que la analogía se da –lo que no se hizo en el recurso–. (*Vide* la Sentencia de 22 de julio de 1993).

También se desestiman otras cuestiones por no haber sido planteadas en los escritos fundamentales del pleito (responsabilidad extracontractual, el art. 1.901 C.c. relativo al cuasi-contrato de cobro de lo indebido) y estar vedado hacerlo en casación.

7) Sentencia de 24 de noviembre de 1994 (1075/1994). Una vez más: no es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras.

Y este mismo razonamiento es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes –lo que había hecho la Audiencia–, pues quien de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada, de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

Ciertamente, que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a los que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo *affectio societatis*, por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o

cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc.

8) Sentencia de 30 de diciembre de 1994 (1181/1994). Tras reproducir los argumentos contenidos en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993, sobre la imposibilidad de aplicar por analogía las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales a las uniones de hecho, añade que la inexistencia de regulación legal de éstas “no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre albedrío o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de *facto* a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad”.

No hay, pues, laguna de ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir cuando la convivencia hace crisis.

El Juzgado, cuya sentencia se confirma, ya advirtió que “los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio no son aplicables a una convivencia extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que esas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer”.

En esta importante Sentencia el Supremo deja claro que “tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues dicho artículo se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo Tercero, y el artículo 53.3 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes pú-

blicos», pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», lo que implica una reserva de ley que no cabe violentar mediante la analogía”.

9) Sentencia de 18 de marzo de 1995 (229/1995). Rechaza la aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y, siguiendo la doctrina jurisprudencial de acudir en cada caso a los pactos expresos o tácitos (*facta concludentia*) existentes entre los interesados, considera que la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como si de un matrimonio se tratara, y durante la cual ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente e individualmente pero para la sociedad que esa convivencia y trabajo en común había consolidado, se está declarando la existencia entre ellos de una sociedad civil irregular de carácter universal que, de acuerdo con el artículo 1.629, párrafo segundo, C.c., habrá de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y siguientes), por lo que, se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas –como hace la sentencia recurrida–, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo.

10) Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (1085/1996). Hechos probados: convivencia de la demandante con el ahora recurrente que se prolonga por espacio de unos tres años y en la que se integran los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Esta convivencia se mantuvo en el domicilio que el demandado estableció en la calle... y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo cual se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial. La actora convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración del matrimonio civil con el demandado y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. La aceptación de esta forma de convivencia llevó a la demandante a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando de otra vivienda, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos y en la que aceptaba un número reducido de huéspedes que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose al varón a abonar a la actora una cierta cantidad y conceder a ésta el uso de un automóvil –por un año– y el de la vivienda por dos años. En apelación esta sentencia fue revocada parcialmente en cuanto a la cantidad

a satisfacer en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, confirmando sus restantes pronunciamientos.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso interpuesto, proclama:

— Que nos hallamos ante una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera el motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia. En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento unitario, aunque no faltan referencias legales y más jurisprudenciales. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho romano o el matrimonio “a yuras” del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia hasta el Concilio de Trento. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio, para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros,

— que los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio, en la que interviene promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura, aunque nunca para el supuesto de no celebración del matrimonio que constituye, según el artículo 42 C.c., cláusula nula,

— que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal (se invocaba el art. 43 C.c.). Sí lo son los demás conforme al artículo 1.902 C.c. (culpa extra-contractual),

— que el enriquecimiento injusto tampoco es argumento que pueda servir de soporte al pronunciamiento relativo al uso de la vivienda, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. No cabe, tampoco en este

orden, apoyarse en el artículo 43 C.c., pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya “ratio” no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla implícitamente como un hecho futuro, y

— que admite una aplicación analógica de la disciplina matrimonial, en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la “ratio normativa”, a la convivencia *more uxorio*. Recuerda la doctrina de la Sala mantenida en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993 y con ella rechaza la aplicación analógica de los regímenes económico-matrimoniales, pero llega a solución contraria respecto del uso de la vivienda familiar, reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. La aplicación del artículo 96 C.c., párrafo tercero, integrado con el artículo 4.º1, justifica una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia.

11) Sentencia de 4 de marzo de 1997. Mantiene, una vez más, la doctrina jurisprudencial de la no aplicación analógica de las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales (Sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 febrero y 22 de julio de 1993; y 27 de mayo de 1994) y rechaza la infracción del principio general del Derecho *da mihi factum daba tibi ius*, o *iura novit curia*, invocado por el recurrente ya que, según su tesis, acreditada la unión libre no matrimonial, se debió proceder a su encaje dentro de una institución jurídica. El motivo se desestima. Aparte de que los aforismos que se citan son simplemente eso, meros aforismos o reglas que compendian en muy pocas palabras la totalidad de una regulación jurídica, o si se quiere, son resúmenes escuetos de la misma, pero no “un principio general del Derecho”, la recurrente olvida 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.

12) Sentencia de 4 de abril de 1997 (272/1997). En la síntesis jurisprudencial, mantenida en su fundamento jurídico cuarto, recoge la Sen-

tencia de 21 de octubre de 1992, según la cual la normativa reguladora de los regímenes económico-matrimoniales (título III del libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del surgimiento de la misma, sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias del caso, pueda predicarse la aplicabilidad (no por *analogía legis*, que aquí no se da, sino por *analogía iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado título del C.c., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por su *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos –a título oneroso– durante la duración de la unión de hecho.

En el caso concreto –adquisición de una vivienda escriturada a nombre de la mujer, cuando en el documento privado previo (no citado en la escritura) lo estaba a nombre del varón y aportación por éste de parte del precio–, el Tribunal Supremo, tras considerar aplicables analógicamente las normas del régimen de gananciales en los supuestos en que no existan elementos derivados de la propia conducta de los convivientes determinantes de su exclusión, reconoce la titularidad exclusiva derivada de la escritura, si bien con la obligación de reintegrar al actor la aportación económica efectuada para la adquisición, entendiendo que esta unión de hecho funcionaba con un sistema afín a la separación de bienes.

13) Sentencia de 29 de octubre de 1997 (905/1997). En las uniones de hecho, cuando cesa con carácter definitivo la convivencia familiar, surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a los que se debe aplicar, sin duda, el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código civil.

14) Sentencia de 10 de marzo de 1998 (212/1998). Novedosa sentencia que inicia un cambio jurisprudencial. La recurrente estimaba aplicable la norma que establece el artículo 96 C.c., respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar para la crisis matrimonial, a un supuesto de convivencia *more uxorio*.

Reconoce la Sala que este tipo de convivencias no están reguladas legalmente, ni tampoco prohibidas por el Derecho: son ajurídicas, pero no antijurídicas; carecen de normativa, pero producen o pueden producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en 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. Idea en la que ha incidido el TC en todas las sentencias en que ha reconocido al conviviente la subrogación *mortis causa* en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia *more uxorio* bajo el régimen de la derogada LAU (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1994, de 18 de enero y 47/1993, de 8 de febrero).

En este caso, tratábase de una convivencia *more uxorio* en la que una vivienda y una plaza de aparcamiento habían sido adquiridas por mitad y “pro indiviso” por los convivientes, y en la que la recurrente contrae una grave enfermedad, y continúa, por pacto entre ambos, en su uso tras la ruptura.

Se trata, pues, de una situación de trascendencia jurídica derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del Derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1. C.c. y matiza su apartado 4. Y el principio general no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, dignidad de la persona; art. 14, igualdad; art. 39, protección a la familia), de normas de Derecho privado (art. 96 C.c.) y la nueva LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre; art. 16.1.b), de las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas y de las mismas de esta Sala.

Se estiman los tres motivos del recurso por cuanto la Sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 C.c. y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado.

15) Sentencia de 27 de mayo de 1998 (504/1998). Del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más la voluntad de constituir un patrimonio común; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserve su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas, personales y patrimoniales, que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1.255 C.c.; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes.

16) Sentencia 4 de junio de 1998 (550/1998). Las uniones libres, aun careciendo de precisa normativa, no por esto son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total. Sobre esta cuestión la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que en materia de uniones *more uxorio* no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aun reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (Sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 de febrero de 1993 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1994). La aludida falta de equiparación no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco las rechaza explícitamente y así se desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que vivan juntas, como parejas no casadas, no puedan tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Habiéndose probado que en la unión *more uxorio* de este caso concreto —de la que incluso nacieron dos hijas—, ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos, con sus frutos y sus rentas, al régimen de la sociedad legal de gananciales, es fundamento suficiente para que el Tribunal *a quo*, en línea coincidente con el criterio del juez de instancia, concediera a Dña... la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que le supuso la cesación de la convivencia. Si bien, no en concepto de pensión compensatoria por la vía del artículo 97 C.c., al no existir matrimonio.

17) Sentencia de 23 de julio de 1998 (790/1998). No cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes. La comunidad sólo surgirá si quienes decidan unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes. De la existencia de una actividad económica conjunta con aportación del esfuerzo personal de ambos, deriva la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal con los bienes pertenecientes a ambos.

18) Sentencia de 1 de junio de 1999. A diferencia de todas las demás citadas, esta es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6.^a). Este recurso –que fue estimado– lo interpuso la interesada contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que se desestimaba el interpuesto contra la denegación a la recurrente por el Ministerio del Interior de la petición de indemnización a su favor por el fallecimiento en acto terrorista de un funcionario policial con el que convivía desde hace más de cinco años, sin que entre ellos existiera vínculo matrimonial.

La Sentencia recurrida se fundaba en el texto del artículo 2 del RD 336/1986, de 24 de enero, según el cual sólo puede tener acceso a la indemnización por razón del fallecimiento en acto terrorista de la víctima, el conviviente no cónyuge en el supuesto de que exista descendencia común, y en que el tratamiento diferenciado que contempla el RD entre convivientes con vínculo matrimonial y sin él no constituye discriminación contraria al artículo 14 CE de acuerdo con la doctrina sentada por el TC en su Sentencia de 15 de noviembre de 1990, según la cual el legislador dispone de un margen de configuración para la extensión o no de la pensión de viudedad a las uniones de hecho. La recurrente interpone casación en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del artículo 14 CE y de la jurisprudencia aplicable. Aduciendo que ha evolucionado la jurisprudencia constitucional y la conciencia social y, en suma, que se impone una interpretación analógica de conformidad con el artículo 4.1 C.c. para salvar el hecho de que el artículo 2 del RD transgrede el artículo 14 CE, pues la pareja estable, a la que se niega la equiparación al cónyuge, forma unidad familiar a efecto del artículo 39 CE.

Considera el Supremo que el supuesto de hecho contemplado en el presente proceso no puede considerarse idéntico al resuelto por el TC respecto al artículo 160 LGSS (hoy art. 174 de su Texto Refundido), en sus Sentencias 65 y 134/1987 y 97/1990: a) Porque no se trata propiamente de la fijación de una prestación o ayuda de carácter social, sino que el

propósito de la indemnización es resarcitorio de los daños morales y perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal originado por el acto terrorista (*vide* art. 1.º del RD 336/1986) y b) porque los principios que formula la LO 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, no contienen disposición que pueda entenderse como la autorización de una especial distinción entre cónyuges y convivientes de hecho; distinción que no tiene, por tanto, su origen en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario.

Basándose en la primera de las premisas, el Tribunal Supremo no considera justificada la distinción cuando se trata de atender al resarcimiento de los daños morales y perjuicios pecuniarios dimanantes del fallecimiento de una persona. Los daños morales originados por un acontecimiento de esta naturaleza no consisten sino en el dolor y el sufrimiento que causa la muerte de una persona próxima con la que se convive y a la que se permanece ligada por razones de afecto sólo valorables en el ámbito de la relación humana, y para determinar si aquéllas existen no puede utilizarse como criterio discriminador sin incurrir en iniquidad la existencia o no de un vínculo matrimonial formalizado con arreglo al Derecho, puesto que las situaciones consolidadas de convivencia en condiciones de afectividad análoga al matrimonio en nada desmerecen, frente a los supuestos caracterizados por la existencia de un vínculo conyugal, en lo que hace al dolor que origina la pérdida de la persona querida.

Desde la segunda de las perspectivas consideradas –que el origen de la distinción se encuentra no en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario– y en virtud del principio de subordinación de los reglamentos a la ley, es evidente que aquéllos no pueden introducir distinciones no autorizadas por la norma legal. Al carecer, por tanto, el Real Decreto de la pertinente habilitación legal, su artículo 2 debe ser interpretado analógicamente, entendiendo que en la referencia al cónyuge figura incluido por asimilación el conviviente de hecho (interpretación que encuentra su punto de apoyo en el art. 6 de la LOPJ, potestad de inaplicar los reglamentos ilegales). Este criterio de asimilación ya ha sido recogido en el artículo 7 del ya visto RD 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos del terrorismo.

Contra esta Sentencia se formuló voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhirieron los magistrados Excmos. Sres. D. Francisco José Hernando Santiago y D. Pedro Antonio Matcos García, por disentir del criterio de la mayoría, sobre la base de que arranca de una premisa equivocada: la de que las prestaciones es-

tablecidas por la LO 9/1984 constituyen, en lugar de ayudas públicas, indemnizaciones resarcitorias.

19) Sentencia de 6 de junio de 2000. También de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.^a). Se resuelve en esta sentencia la cuestión de si el matrimonio y la unión estable de hecho son equiparables para apreciar la existencia de una razón de reagrupación familiar a los efectos de determinar la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinen la procedencia de otorgar la exención de visado de residencia. Por razones temporales era de aplicación el artículo 12.4 de la LO 7/1985, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que establecía que “El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente”. Y el artículo 54 del RD 1119/1986, en desarrollo de este precepto, disponía que “Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa”. La Sala, de acuerdo con los principios establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre –que aceptó la subrogación en el arrendamiento durante la vigencia de la LAU anterior– y la dictada por ella misma el 1 de junio de 1999 –a la que acabamos de referirnos–, entendió que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias y ello aunque el citado Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 no asimile al cónyuge de un español o extranjero residente en España al conviviente de hecho a estos efectos.

En su fundamento de Derecho octavo la misma Sentencia reconoce que la nueva Ley de Extranjería –LO 4/2000, de 11 de enero– tampoco asimila en su artículo 17 la situación del conviviente de hecho estable con el cónyuge del residente, entre los parientes a los que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él y que su inclusión en el nuevo apartado e), relativo a “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”, aun apareciendo como razonable, exige, cuando menos, un esfuerzo interpretativo. Por lo demás, y por no poderse plantear la cuestión por ser aplicable el Derecho anterior, se limita a dejar la cuestión en el aire (“El rango legal de la disposición ahora considerada ofrece una nueva perspectiva para la consideración del problema”). Añadamos que este apartado e) ha

desaparecido tras la nueva redacción dada a la Ley de Extranjería por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y que el problema tampoco se resuelve en el artículo 41.1 del Reglamento, cuyo texto fue aprobado por el RD 864/2001, de 20 de julio.

20) Sentencia de 27 de marzo de 2001 (327/2001). De nuevo Sala de lo Civil. Reconoce la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto –como ya había mantenido el Supremo en las citadas Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 20 de octubre de 1994–, considerando que el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc. Doctrina jurisprudencial que ha encontrado eco en las legislaciones autonómicas (y cita las leyes catalana, aragonesa y navarra), por lo que los tribunales, en situaciones de laguna legislativa como la presente, no deben contribuir a hacer más vulnerable el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE.

Se reitera, asimismo, la aplicación de la *analogía iuris* para colmar lagunas legales de acuerdo con el principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado y conforme a la examinada Sentencia de 10 de marzo de 1998 en la que se reconoció el uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje. Uso que en este caso concreto, por haberse vendido el domicilio familiar –a pesar de haber sido requerido el conviviente masculino por el Juzgado de Primera Instancia para que no efectuara actos de disposición sobre el mismo–, se sustituye por una condena al demandado a pagar una determinada cantidad que prudentemente se calcula en concepto de alquiler por el uso de dos años de una vivienda adecuada a sus necesidades y a las de los hijos que conviven con la recurrente.

Y con lo expuesto, y por razones obvias de tiempo, hemos de poner punto final a esta charla. Me parece que ha quedado claro que en las Comunidades Autónomas donde no hay regulación específica sobre el tema, las uniones *more uxorio* son una realidad ajurídica no prohibida por el Derecho, pero tampoco regulada por éste, salvo algunos aspectos parciales que hemos enumerado. Esta situación de anomia se está resolviendo caso a caso por los tribunales, a los que paradójicamente acuden para defender sus pretensiones los que, en principio, prescindieron del Derecho. A todos aquellos que usando de su libertad, deciden asumir este modo de convivencia debe recordárseles que más vale prevenir que curar. O dicho de otro modo: que deben pactar, pactar y pactar. No pensar sólo en el hoy, sino también en el mañana. Lo que ahora es o puede ser amor, pue-

de convertirse en odio y en caso de ruptura, si no hay pactos previos relativos al destino de los bienes adquiridos durante, a pensiones, a indemnizaciones, al uso del domicilio familiar, cada uno tirará egoístamente para su lado y será el órgano jurisdiccional, quien guiado por la habilidad u obligado por la falta de ella del letrado de turno, deberá decidir según las pruebas aportadas, ya que nunca debemos olvidar que probar –así me lo enseñó el profesor GUASP en el viejo San Bernardo a finales de los 40– es convencer psicológicamente al juez de la verdad de lo que se afirma o se niega.

Gracias a todos por su presencia, asistencia y paciencia. Mil gracias y con ellas el más sincero y profundo reconocimiento de este que lo “es”, Eduardo/Martínez-Piñeiro... Caramés.

LA EFICACIA DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES DEL ADOPTANDO

BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO

*Profesora Titular de Universidad int. Derecho Civil
Universitat de les Illes Balears*

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO. **II.** DEFINICIÓN DE ASENTIMIENTO. **III.** FUNDAMENTO Y FORMALIZACIÓN DEL ASENTIMIENTO. **IV.** EXCEPCIONES AL ASENTIMIENTO. **V.** CONSECUENCIAS JURÍDICAS. **1.** Ante la falta del trámite legal. **2.** Ante el disentimiento. **A.** *Irrelevancia.* **B.** *Carácter vinculante.*

I. Planteamiento

A los efectos de constitución de la adopción, encontramos la necesidad de que distintos sujetos intervengan en el expediente y presten, ya sea su consentimiento, asentimiento o audiencia.

A la vista de la lectura del artículo 177 C.c., comprobamos que existen tres declaraciones de voluntad relevantes. En primer lugar, la de los sujetos que pretenden llevar a cabo la adopción y, el adoptando mayor

de doce años, quienes deberán prestar su consentimiento (177.1); en segundo lugar, la intervención del cónyuge del adoptante no separado y la de los padres del adoptando no privados de la patria potestad ni incurso en causa de privación de la misma, que deben prestar su asentimiento [177.2 y 1.829 LEC 1881(1)] y, en tercer lugar, los padres incurso en causas de privación de la patria potestad, pero no privados de ella, el tutor y guardador y, el adoptando, menor de doce años, si tuviere suficiente juicio, quienes serán oídos (177.3).

A continuación centramos estas líneas en el artículo 177.2.2.º (2) C.c., o sea, en el asentimiento de los padres del adoptando menor de edad no emancipado, por tanto, supeditado a la patria potestad. Excluyendo de este estudio el asentimiento del cónyuge del adoptante, que recoge este mis-

(1) A los efectos del asentimiento, se debe tener en cuenta el artículo 1.829 LEC 1881, que establece la posible revocación del mismo y el artículo 1.830 LEC 1881. La disposición derogatoria única de la actual LEC 2000, al derogar la anterior, establece la siguiente excepción: *"Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827..."* Dicha Ley, por la disposición final decimoctava, determina: *"En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria"*. Proyecto que a día de hoy no tenemos noticias de que haya sido presentado.

(2) Artículo que sufrió una nueva redacción con la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. De acuerdo con la redacción anterior a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, el artículo 173 establecía la necesidad de consentimiento por parte de los padres del adoptando. Asimismo, cabe apuntar que distintas leyes autonómicas regulan tal asentimiento, hecho factible y corroborado por la disposición final 21.ª de la referida Ley, es el caso de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de Murcia, sobre la infancia, que en su artículo 15.2 establece: *"En la adopción de cualquier medida deberá ser oído el menor, de acuerdo con el desarrollo evolutivo. Se garantizará, asimismo, el derecho de audiencia de los padres, tutores o guardadores de los menores"*. La Ley 1/1998, de 20 de abril, de Andalucía, sobre menores, artículo 31: *"Sin perjuicio de los requisitos exigidos legalmente, serán criterios para proponer la adopción los siguientes: ... e) Que exista constancia de que los padres prestarán su asentimiento a la adopción, salvo que estuvieran imposibilitados o no sea necesario el mismo en los supuestos establecidos legalmente"*. El Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, de Cantabria, sobre adopción, tutela, guarda y acogimiento de menores, al regular el reglamento de expedientes administrativos, establece en el artículo 46: *"En la propuesta de resolución emitida por la Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y enviada al Juez competente, para que resuelva en interés del menor sobre la constitución o no de la adopción, se expresarán especialmente: A) Las condiciones personales, familiares, sociales y económicas del adoptante o adoptantes seleccionados, así como sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. B) El domicilio de los padres del menor y, en su caso, el del cónyuge del adoptante, cuando hayan de prestar su consentimiento, según lo dispuesto en el art. 177 del Código Civil. C) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la Dirección Regional de Bienestar Social documento idéntico que el mismo no ha sido revocado fehacientemente..."*. El artículo 35 de la Ley de Extremadura 4/1994, de 24 de noviembre, de Protección y Atención a Menores y el artículo 14 de la Ley de Cataluña 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción.

mo precepto, debido a su falta de problemática, siendo muestra de ello el hecho de no encontrar pronunciamientos jurisprudenciales sobre tal extremo. Únicamente hallados en relación a las parejas de hecho.

A los sujetos legitimados a prestar dicho asentimiento se les concede la posibilidad de manifestar su opinión ante la adopción; se trata de sujetos que quedarán, en cierto modo, afectados por la misma sin ser los interesados principales. Cabe resaltar que, respecto a otras personas, a quienes les puede concernir aquella adopción, tan sólo se exige el trámite de audiencia, como es el caso del tutor o guardador. Quedando excluidos de cualquier intervención otros sujetos que se pueden ver inmersos en la situación, como son los descendientes del adoptante (3). Siendo, de acuerdo con la redacción de la LEC, los propios padres quienes se deben interesar en prestar tal asentimiento y solicitar dicho trámite.

El Código no limita que este asentimiento deban otorgarlo los progenitores, sino que se pueden servir de un representante (4). El *Codice Civile* italiano recoge expresamente la posibilidad de que el asentimiento sea prestado por terceras personas: artículo 311 (5).

(3) PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 188; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "Comentario al Proyecto de Ley de adopción", *Anuario Derecho Civil*, 1986, t. XXXIX, p. 1208; ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, Joaquín, "En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1970, p. 618 y "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, p. 772, determina que el asentimiento se debería exigir también a los hijos del adoptante y a los padres del adoptando mayor de edad.

(4) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario al artículo 173 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. III, vol. 2, Madrid, Edersa, 1978, p. 271, "siempre que éste disponga de un poder especial en el que todos los extremos relevantes se encuentren previamente determinados. Luego más que un representante, habría que hablar de un *nuntius*"; en igual sentido se pronuncia DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio, "Consentimiento, asentimiento y audiencia en la Ley de adopción", *RCDI*, enero-febrero 1989, p. 28 y p. 35; LLEDÓ YAGÜE, *op. cit.*, p. 1207, "cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o del mandatario, porque dichos consentimientos no son personalísimos, como, por el contrario, sí lo son los del adoptante o adoptantes y adoptado". MORA MATEO, José Enrique, "La adopción" en *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, III, p. 237, manifiesta que se puede prestar "por apoderado con poder especial, pero no por simple mandatario".

(5) Artículo 311: "*L'assenso delle persone indicate negli articoli 296 e 297 può essere dato da persona munita di procura speciale rilasciata per atto pubblico o per scrittura privata autenticata*".

II. Definición de asentimiento

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, asentir significa: “admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes”; por el contrario, consentir se refiere a: “permitir una cosa o condescender en que se haga”.

Desde el punto de vista jurídico, se trata de una acepción poco clara y así lo establece la propia Exposición de Motivos, párrafo décimo, de la Ley 7/1970, de 4 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia de adopción. Al determinar los distintos tipos de consentimientos requeridos en el entonces artículo 173, que equivale al actual 177, establecía: “... En segundo lugar, aparecen ciertas modalidades de consentimiento... que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el C.c. de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo”. Ahora bien, a renglón seguido, es el propio legislador el que utiliza tal término: “En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriere, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando”.

Gran parte de la doctrina diferencia los conceptos en relación a si el sujeto va a ser o no parte en la relación jurídica. ARCE Y FLÓREZ VALDÉS (6) manifiesta “... el consentimiento es emitido por un sujeto-parte, que reflexivamente se obliga; el asentimiento, sin embargo, es prestado por persona ajena a la relación obligacional propiamente dicha, es algo externo que se sobreañade a la manifestación de voluntad que causa el acto, complementando o dando fuerza operativa a aquélla”.

Al respecto, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (7) determina que “para surgir la figura del asentimiento, se requiere según la doctrina científica que concurren los siguientes requisitos: a) Existencia de un negocio jurí-

(6) ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, “En torno...”, cit., p. 618; FELIU REY, Manuel-Ignacio, *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 148, entiende que: “... es prestado por persona ajena a la relación obligacional, complementando o dando fuerza operativa a aquélla, pero en ningún caso constituyéndola... supondría la emisión de un juicio de valor positivo o negativo, de carácter necesario, y cuya ausencia puede influir en la eficacia de la relación que se constituyó...”. SEGURA SANCHE, Francisco, “La intervención judicial en la protección de menores”, en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, coordinan ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 229, entiende el asentimiento como la “declaración de voluntad autónoma expresada por quien no va a ser parte en la relación aunque le afecten sus consecuencias...”.

(7) FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, Mariano, “La adopción”, *Anuario Derecho Civil*, t. XXIV, p. 723, observa que “... el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional, complementando o dando fuerza operativa a aquélla, pero en ningún caso constituyéndola”.

dico. b) Declaración de voluntad unilateral, recepticia o no. c) Que dicha declaración sea emitida por persona interviniente en el negocio jurídico; esto es, que sea ajena a él”.

Toda una serie de sentencias establecen las diferencias entre el consentimiento y el asentimiento, haciendo hincapié en este extremo, siendo muestra de ello la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 390), que se centra en el concepto que abordamos, con independencia del consentimiento y audiencia, al considerar que son conceptos conocidos; en cambio, el “... *asentimiento por ser un concepto extraño a nuestro ordenamiento jurídico y que se inserta por primera vez a través de la Ley 4 de julio de 1970*”, determina que “... *es factible proporcionar al asentimiento un valor distinto al del consentimiento; en efecto, teniendo presente la elaboración realizada por la doctrina alemana respecto del consentimiento en los actos y negocios jurídicos no negociables, se puede afirmar que el asentimiento no es más que una declaración de voluntad realizada para un acto o negocio jurídico ajeno en cuanto que no interviene en él, razón por la cual dicho asentimiento sólo tiene la eficacia que le atribuye la Ley en cada caso concreto*”.

Al igual que el Auto de la AP de Badajoz de 4 de julio de 1996 (AC 1366): “... *asentir no es lo mismo que consentir, pues mientras que el consentimiento supone condescender en que se haga una cosa o permitir su realización, el asentimiento sólo implica admitir la conveniencia de lo que otro ha propuesto antes, de modo y manera que, si existiese discordancia entre lo consentido y asentido (o, por mejor decir, lo no asentido) ha de prevalecer lo consentido...*”.

También se define el asentimiento como una autorización, siguiendo de este modo a SANCHO REBULLIDA (8): “no entraña asunción de su contenido y efectos en el propio patrimonio jurídico de quien lo presta (siquiera, indirecta o reflejamente, le afecten), sino autorización, licencia, permiso”. Se deben unir las dos notas sobresalientes de tal declaración, lo que conduce a la idea de que se producirá por el sujeto que no es parte y su contenido supone una autorización o admisión de lo que otros, los sujetos que sí son parte en el negocio jurídico de adopción, han consentido.

La SAP de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1427): “... *el asentimiento no supone una mera audiencia de los padres... El asentimiento implica conformidad, autorización o permiso, es decir, una declaración*

(8) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989, p. 205; PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 191, quien manifiesta que “el asentimiento no es un consentimiento rebajado o atenuado; antes bien: el asentimiento es un consentimiento-autorización, cualificado por proceder de quien no es sujeto en la relación que se trata de constituir mediante la oportuna resolución judicial”.

autónoma de voluntad por parte de quien no es parte en la adopción, aunque le alcanzan sus efectos, e imprescindible para que se constituya...". El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2001 (AC 267): "... dicho asentimiento **se configura como autorización** otorgada por el progenitor, que implica una plena aceptación de las consecuencias de índole personal y patrimonial que la adopción ha de conllevar para quien asiente". Y la SAP de Teruel de 15 de abril de 1993 (AC 414).

Otras sentencias, como la SAP de Málaga de 10 de abril de 2000 (AC 2258), equiparan el asentimiento al consentimiento: "... en la vigente regulación de dicha institución sigue siendo requisito fundamental el que sea asumida como procedente, «asentida» según la concreta expresión del artículo 177 del citado cuerpo legal, **en definitiva consentida puesto que a ello equivale la indicada expresión legal...**". En igual sentido, la SAP de Granada de 18 de enero de 1994 (AC 99): "... *asentir, equivale a consentir o admitir, como cierta o conveniente una cosa; lo contrario, lógicamente, es el no consentir...*". En la doctrina también se produce tal asimilación; en este sentido, BERCOVITZ (9), al tratar el consentimiento de los padres que postulaba el artículo 173 C.c., con anterioridad a la modificación que originó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, establece: "Tanto el consentimiento en sentido estricto (asentimiento) de los padres como la mera audiencia («ser oídos»)...".

Aunque algunas Audiencias consideran que debe "*dejarse al margen la cuestión semántica entre el consentimiento y el asentimiento, porque es claro que el asentimiento es también preceptivo y requisito esencial de la adopción*", SAP de Vizcaya de 14 de septiembre de 1995 (AC 310). PILLADO MONTERO (10) manifiesta que: "No aparece justificada la diferencia entre consentimiento y asentimiento a efectos jurídicos. Aunque hay diferencias conceptuales, no se acierta a ver qué distintos efectos jurídicos se desean conseguir".

(9) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 265.

(10) PILLADO MONTERO, Antonio, "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción", *Revista Derecho Privado*, 1987, p. 446, "La utilización del término «asentimiento» parece obedecer a un interés más político que jurídico: poner de relieve que, en la nueva regulación de la adopción, los padres ocupan un lugar secundario frente al protagonismo de la entidad pública".

III. Fundamento y formalización del asentimiento

De acuerdo con las Leyes de 1958, 1970 y 1981, sobre adopción, se manifestaba (11) que estos asentimientos, que se recogían como consentimientos, obedecían a distintos fundamentos, siendo los sobresalientes el interés del adoptando y el interés familiar.

Hoy es indiscutible que el fundamento se encuentra en la patria potestad. De acuerdo con los artículos 169.3 y 178.1 C.c., la misma se extingue por la adopción, por lo que se debe establecer un mecanismo a través del cual dichas personas sean totalmente conscientes de su actuar y autoricen dicha privación. La SAP de Madrid de 16 de enero de 2001 (AC 267): "*Ello tiene su fundamento en la titularidad de la patria potestad, que corresponde a los padres naturales del adoptando, y que, a través del negocio jurídico que implica la adopción, van, en cierto modo y tras la aprobación judicial, a transmitir un complejo de derechos y deberes...*" (12).

En otro orden de consideraciones, vemos que el asentimiento se otorga de forma diversa al consentimiento, debido a que el Código civil no exige que se preste "*en presencia del Juez*", sino que remite a "*la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil*". La LEC, artículo 1.830, determina que se realizará "*antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público (13), bien por comparecencia ante*

(11) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, p. 206. Al respecto, es interesante ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: "En torno al consentimiento para la adopción...", *cit.*, p. 618, ahora bien, otros autores observaban que "la facultad de consentir es una emanación de la patria potestad", MANTECA ALONSO-CORTÉS, Julián, "La adopción", *Revista Derecho Notarial*, 1971, n.º 72, p. 237. SERRANO SERRANO, Ignacio, "Consentimiento para la adopción", *Revista de la obra de protección de menores*, 1968, vol. 120, p. 149.

(12) En igual sentido se expresa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 266, manifiesta que: "... la estrecha relación existente aquí entre consentimiento y patria potestad se debe a que a través de la adopción se establece una vía excepcional de pérdida voluntaria (renuncia) a la patria potestad (art. 167, núm. 3.º C.c.). De ahí que ésta no puede producirse sin contar con los titulares de dicha patria potestad. De ahí también que para aceptar semejante renuncia, es decir, la validez y eficacia del consentimiento en cuestión, deban exigirse las máximas garantías"; DÍAZ DE LEZCANO, *op. cit.*, p. 28; FELIU REY, *op. cit.*, p. 150, "... el fundamento de esta intervención de los padres por naturaleza del adoptando en la renuncia voluntaria que supone el negocio adoptivo..."; PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 180, "... no sólo en la titularidad de la patria potestad, sino también en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma". MORA MATEO, *op. cit.*, p. 235. MANTECA ALONSO-CORTÉS, *op. cit.*, p. 235, si bien, de acuerdo con la regulación de 1970: "... el que otorga, no lo hace sólo en consideración a los intereses del adoptando, siquiera ésta deba ser su mira principal. Al propio tiempo ejercita un acto de disposición, puesto que contribuye a la formación de una situación jurídica en la que, siendo el adoptando menor de edad, determinados derechos de carácter no patrimonial salen de su esfera jurídica para pasar a formar parte de la del adoptante".

(13) FELIU REY, *op. cit.*, p. 157, se plantea si se debe equiparar, a estos efectos, los documentos públicos a los documentos auténticos.

el Juez". El asentimiento se prestará ante la entidad pública o privada correspondiente, si se otorga con carácter previo a la propuesta de adopción, por documento público o por comparecencia ante el juez (14).

Asimismo, cabe puntualizar que este asentimiento caduca a los seis meses, "*será necesario que éste sea renovado ante el Juez*" (art. 1.830.2 LEC) (15). Nunca se podrá condicionar al hecho de que se refiera a un adoptante determinado, artículo 1.830.3 LEC. De ahí se deduce que lo que se prohíbe es la "determinación personalizada del adoptante, pero no las circunstancias que deben concurrir en el mismo" (16).

El asentimiento podrá ser revocado "*si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del Juzgado*" [art. 1.829 c) LEC] (17). La revocación sólo es admisible si se produce antes de la resolución judicial, si acontece con posterioridad es irrelevante, debido al

(14) En Derecho catalán, de acuerdo con el Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, el consentimiento se puede otorgar en escritura pública, testamento o codicilo, artículo 117.3. En este sentido, GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 441. Hay que tener en cuenta la normativa procesal, como es el artículo 781 LEC 2000, que establece el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. "1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trata", que hay que unir con el artículo 748.7.º: "Ámbito de aplicación del presente Título. Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 7.º Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción". Junto con el 753, sobre tramitación, y el artículo 779, sobre competencia.

(15) Siguiendo en este punto a FELIU REY, *op. cit.*, p. 157: "La ratio de esta norma reside en la previsión por parte del legislador de la posibilidad de circunstancias sobrevenidas en dicho plazo de seis meses que determinen la modificación de la primitiva declaración de voluntad de los llamados a asentir, y la consiguiente posibilidad de ratificarse o no en ella".

(16) PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 184, "nada excluye la posibilidad de que los padres condicionen el asentimiento al hecho de que los adoptantes reúnan determinadas circunstancias (moralidad, medios de vida, o concurrencia de determinados presupuestos familiares en el eventual adoptante, por ejemplo)... resultaría que lo que se excluye es el asentimiento subjetivamente condicionado, mas no el asentimiento que se hubiera condicionado de modo objetivo".

(17) Una sentencia que alude a la revocación, pero se basa en el interés de la menor para no admitirla, es la SAP de Madrid de 1 de junio de 1992 (AC 848), donde la madre, después de firmar la solicitud de adopción, la revoca; en este caso, quienes solicitaban la adopción eran los abuelos maternos "... *debiéndose, en consecuencia, rechazar, sin más, la misma como obstáculo de la adopción solicitada y puesto que ésta se entiende beneficiosa para la menor desde todas las perspectivas posibles, se ha de concluir estimando la solicitud efectuada al respecto sin necesidad de acudir a nuevos procedimientos...*".

carácter constitutivo de la resolución (18). A ello hay que puntualizar que sólo es irrevocable aquella declaración de voluntad emitida en tiempo oportuno; si nos situamos ante el asentimiento de la madre otorgado antes de los treinta días preceptivos (art. 177.2.º, último párrafo), éste lógicamente es revocable debido a que no produce efectos.

Por dicho inciso se recoge un asentimiento particular, como es el de la madre después del parto. Ese asentimiento será nulo si se presta con anterioridad a esos treinta días que determina el artículo 177.2, último párrafo (19). Sobre el tema, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJA 6944): “... *El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; y nunca con anterioridad al momento del parto...* El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 del Código civil)”. Se trataría de un consentimiento viciado. En igual sentido, la SAP de Jaén de 8 de mayo de 2000 (AC 2445). No siendo posible establecer consentimientos genéricos o anteriores al nacimiento (20).

El fundamento de tal norma lo encontramos en el hecho de que la madre se debe encontrar totalmente recuperada, física y psicológicamente, para expresar tal parecer. De acuerdo con la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJA 6944): “*Las razones de esta cautela legal, se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño*”.

Dicho precepto, como es el artículo 177.2 C.c., se debe poner en relación con toda una serie de normas del Código civil, como son el artículo

(18) DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, *op. cit.*, p. 37; FELIU REY, *op. cit.*, p. 157; MANTECA ALONSO-CORTÉS, *op. cit.*, p. 241; GAMBÓN ALIX, Germán, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 165.

(19) En igual sentido se expresa el artículo 122.2 *in fine* del Código de Familia Catalán y el artículo 5.4. del Convenio Europeo en materia de adopción de Estrasburgo, de 24 de abril de 1967: “*A mother's consent to the adoption of her child shall not be accepted unless it is given at such time after the birth of the child, not being less than six weeks, as may be prescribed by law or, if no such time has been prescribed, at such time as, in the opinion of the competent authority, will have enabled her to recover from the effects of giving birth to the child*”.

(20) Sobre este particular, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 267, “la validez de tales consentimientos genéricos es aceptada en algunos ordenamientos cuando el adoptando (un niño) ha sido entregado a organismos oficiales cuya función específica se relaciona directamente con la asistencia social a la infancia. Así, en Francia (art. 348 del C.c.) y en Alemania (parág. 1.750 del BGB)”.

lo 6.4, sobre fraude de ley; el artículo 6.2, sobre renuncia de los derechos; el artículo 7.1, sobre la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, y el artículo 7.2, sobre el abuso del derecho y el ejercicio antiso- cial. En este sentido se expresa la STS de 9 de julio de 2001 (RJA 4999).

IV. Excepciones al asentimiento

El artículo 177 C.c. establece unas excepciones de acuerdo a las cua- les no será necesario el asentimiento en los casos en que el o los proge- nitores *“estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apre- ciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (21). Hay que tener en cuenta que se refiere a *“privación”*, no a suspensión ni concentración del ejercicio (art. 156 C.c.) (22).

(21) Este último inciso fue introducido por la disposición adicional undécima de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, lo que conduce a una contradicción con la LEC de 1881. El artículo 1.817 C.c. determina que si se produce *“... oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente”*; en cambio, de acuerdo con el artícu- lo 1.827, se aplicaría lo determinado en el artículo 1.817 en el caso de que *“... los padres cita- dos sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento...”*. Ahora bien, esto provocó una descoordinación entre la LEC y el C.c. Al respecto, la SAP de Asturias de 24 de enero de 1994 (AC 4) resuelve sobre el particular: *“La conjunción de ambos precep- tos, sugiere como excepción a la regla general, que en los expedientes de adopción la norma con- tenida en el inciso 1.º del art. 1.827 impide la transformación del procedimiento por la oposición de cualquier interesado, pero a su vez deja claro un único supuesto en que puede producirse una paralización, que en el caso de que la oposición proceda del progenitor sosteniendo la necesi- dad de su asentimiento; ello conlleva así a preguntarnos si ciertamente tal inciso 2.º del art. 1.827 LECiv, debería integrarse con el art. 1.817 de dicho cuerpo legal antes referido, a su vez estima al mismo como una regulación especial... de acogerse el primer criterio, lo que produciría será una transformación del expediente en contencioso, con continuidad del mismo hasta sentencia definitiva resolviendo pues en ella la pretensión principal, esto es, la adopción, si bien por los trámites del juicio verbal en lugar del declarativo pertinente (por establecerlo así específicamen- te el art. 1.827.2.º), lo que conllevaría de acogerse la segunda de la tesis, que conllevaría el esti- mar que la oposición acarrearía el nacimiento de una cuestión de previo pronunciamiento, con suspensión del curso de las actuaciones principales, y en la que únicamente se resolvería acerca de la procedencia del asentimiento o simple audiencia en la tramitación del expediente princi- pal... esta Sala, aun reconociendo tal problemática, se inclina por el último de ellos”*.

(22) En la Proposición de Ley de 15 de enero de 1986, el artículo 176 establecía los suje- tos que debían consentir, entre los que ubicaba a los padres y tutores, si bien se determinaba que: *“Se prescindirá de este consentimiento en los siguientes supuestos: a) Cuando haya prece- dido privación de la patria potestad. b) Cuando en la tramitación del acogimiento familiar, el menor haya sido declarado abandonado, según lo dispuesto en el artículo 173. c) Cuando los padres no puedan ser localizados o no comparezcan en plazo”*. Véase: REBOLLEDO VARELA, Ángel, *“Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”*, *Revista Jurídica de Cas- tilla-La Mancha*, núm. 23, p. 11.

Todo ello hay que ponerlo en relación con los artículos 154 y 170 C.c., junto con el artículo 111 C.c., que establecen los supuestos de privación o exclusión en causas civiles y será el “mismo Juez instructor del expediente y en el mismo expediente de adopción” (23) quien determinará si acontecen estas circunstancias. Se trata de una situación que no es irreversible y ello de acuerdo con el artículo 170.2 C.c., STS de 30 de abril de 1991 (RJA 3108).

Dicha excepción ha sido criticada, particularmente el siguiente inciso: “*Los padres... que estuvieran... incursos en causa de privación de la patria potestad*”, porque: “¿Cómo va a decidir un Juez en un expediente de jurisdicción voluntaria, cual es el de adopción, que un padre se encuentra incurso en causa por su privación?” (24). Conduce a equívocos y a problemas interpretativos debido a que no se dispone de una resolución judicial que determine este punto, ni están concretadas y perfiladas dichas situaciones.

Si los progenitores se encuentran incursos en tales causas, hay quien entiende (25) que ni siquiera es necesario que sean oídos; sin embargo, a los efectos de salvaguardar la tutela judicial efectiva, es conveniente dicho trámite de audiencia. Si sólo uno de los progenitores se encuentra privado, o incurso en tal causa, será éste quien no deberá asentir sin que exista ningún impedimento para que el otro progenitor asienta tal adopción. A tales efectos, “El asentimiento del padre y la madre ha de entenderse copulativo y no subsidiario ni disyuntivo...” (26). En la Ley de 1970, en el Proyecto de Ley remitido por el Congreso al Senado, en el Informe de la Ponencia de 24 de marzo de 1981 y en el Dictamen de la Comisión

(23) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, p. 207. Al respecto cabe también hacer referencia al artículo 92.3. C.c. a los efectos de las causas matrimoniales, e incluso el artículo 46 del Código penal, donde se alude a la “*inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad*”, que se debe relacionar con los artículos 189.5, 192.2, 226.2, 233.1 CP.

(24) PILLADO MONTERO, *op. cit.*, p. 452. Los padres se podrán oponer convirtiendo en contencioso el expediente, pero tal trámite se resolverá por el mismo juez que había decretado aquella incursión en tal causa y se realizará por juicio verbal, cuando para la privación de la patria potestad es necesario juicio de menor cuantía; VALLADARES RASCÓN, Etelvina, “Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción”, *Revista Poder Judicial*, n.º 9, p. 49; CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “Derecho de los padres biológicos en los expedientes de adopción”, *Revista Jurídica de Asturias*, 1991, vol. 14, p. 95; VARGAS CABRERA, Bartolomé, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, *Anuario Derecho Civil*, 1991, abril-junio, p. 611, y *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994; HUAS FERNÁNDEZ, Eduardo, “Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción”, *Revista General del Derecho*, abril 1993, p. 2745.

(25) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, p. 207, considera que “no se precisa ni siquiera su citación en el expediente”.

(26) ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, *op. cit.*, p. 618; DÍAZ DE LEZCANO, *op. cit.*, p. 27, considera que “puede ser manifestado conjuntamente o por separado”.

de 27 de marzo de 1981, el artículo 174.2.c) expresamente se establecía: “El padre y la madre, **conjuntamente o por separado**, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad”.

Por tanto, con dicha exclusión se comprueba que prestarán el asentimiento todos aquellos “... padres que conservan y pueden conservar la potestad sobre sus hijos, porque la entidad pública asumió sólo la guarda de los mismos, en su caso. Y que los supuestos en los que no se exige propuesta previa y sí asentimiento de los padres se refieren a casos en los que existía una anterior relación entre adoptante y adoptado” (27).

El artículo 24.1 de la Ley 37/1991, de 30 diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción de Cataluña y, el artículo 122 del Código de Familia Catalán, también establecen la exclusión del asentimiento en caso de que los padres: “*estinguin privats legalment de la potestat o estiguin sotmesos a una causa de privació d'aquesta o en el supòsit que el menor hagi estat en situació d'acolliment preadoptiu sense oposició, durant mes d'un any, o amb oposició desestimada judicialment*”. Este último inciso no lo recoge el Código civil. Las situaciones que conducen al acogimiento preadoptivo (art. 173 bis 3.º C.c.) suponen, en términos generales, que los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad, aunque ambas figuras no sean equiparables. Por ende, no se puede generalizar, no hay que confundir instituciones ni prejuzgar situaciones, siendo muestra de ello la SAP de Valencia de 16 de julio de 1998 (AC 6726): “... el hecho de que el hijo se encuentre al pedirse la constitución de la adopción en situación de acogimiento preadoptivo no autoriza a considerar a los progenitores incurso en causa de privación de patria potestad ya que el acogimiento presupone que el menor se encuentra en desamparo, pero tal desamparo puede no ser culpable o revestir una culpabilidad menor...”, en el mismo sentido se expresa la SAP de Valencia de 2 de julio de 1998 (AC 6721).

Ahora bien, como hemos apuntado, el problema que más agudamente se plantea es si unos concretos progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad. A tales efectos, por ejemplo la SAP de Madrid de 16 de octubre de 1998 (AC 1814), establece que no es necesario que éstos actúen dolosamente: “No exige la Ley que dichos incumplimientos sean deliberados o dolosos, pues no se trata fundamentalmente de sancionar al progenitor indigno, sino de amparar los derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono, que inclusive puede dimanar de causas no imputables al titular de la potestad...”. Es opinión compartida el hecho de que esas causas de privación de la patria potestad han de ser objeto de una interpretación restrictiva. En este sentido

(27) VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 49.

encontramos las SSTs de 6 de julio de 1996 (RJA 6608/1997), 18 de octubre de 1996 (RJA 7507/1996) y 31 de diciembre de 1996 (RJA 9223/1996).

Con el objeto de determinar tal supuesto, se deben descartar todas aquellas sentencias que se apoyan en la situación anterior, debido a que el juez no puede juzgar la situación pretérita del sujeto, sino la actual, al momento en que se tramita el expediente y, en cierto modo, la futura (28).

Alguna Audiencia Provincial, como es el caso de Cantabria, otorga simplemente la audiencia a la madre debido a que durante años había desatendido al menor, a pesar de que en el momento de apreciarse los hechos la situación era favorable: SAP de Cantabria 30 de mayo de 2001 (AC 1458): “... *no es ya en rigor relevante si la madre recurrente ahora está mejor, ya no se droga, puede obtener el permiso de conducir, vive con su hermana en una casa suficiente o tiene ingresos bastantes por una pensión, porque esa realidad actual, aun acreditada, no puede prevalecer sobre que durante años hizo dejación de sus obligaciones, que hizo que la menor viviera en una institución...*”. El momento al que ha de referirse la valoración de si el o los progenitores están o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquel en que la entidad pública interviene retirando a los menores de su familia biológica, y no el actual, SSAP de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de febrero de 2002 (BDAct. Civil 384322); AP de Málaga de 30 de mayo de 2002 (BDAct. Civil 393535); AP de Sevilla de 15 de abril de 2002 (BDAct. Civil 401087); AP de Málaga de 18 de julio de 2002 (BDAct. Civil 401200) y de esta misma Audiencia, sentencia de 2 de octubre de 2002 (BD Act. Civil 394862).

En sentido similar, si bien fundamentando sus pronunciamientos en el interés de la menor, la SAP de Badajoz de 28 de abril de 2000 (AC 1892) establece: “*Es evidente... que en este caso existe por la apelante un abandono claro, grave y reiterado de sus deberes de protección para con su hija, precisamente en el momento de su vida en el que más protección precisaba, que la llegó a poner en peligro, a lo que debe añadirse que se ha producido la integración de la menor en otro círculo familiar... de no ser necesario su asentimiento para que la adopción pueda llevarse a cabo, ya que, desde que se produjo la ruptura de la convivencia con la madre de la menor... cuando ésta no contaba aún con un año de edad, se despreocupó por completo de la misma...*”. En igual sentido, la SAP de Jaén de 16 de mayo de 2001 (AC 1641) y SAP de Guipúzcoa de 10 de marzo de

(28) En este sentido se pronuncia GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 137: “Es decir, tendrán que asentir, no sólo ser oídos, los padres del adoptando que aunque en su día incurrieron en causa de privación de la patria potestad, con posterioridad han actuado de forma diligente y responsable en el cuidado y la atención de su hijo”. En igual sentido, FLUITERS CASADO, Rafael, “Acogimiento y adopción”, en *Jurisdicción...*, cit., p. 323.

1999 (AC 592) (29), referida a un supuesto de acogimiento. Determinadas Audiencias, tal es el caso de Córdoba, se basan en el previsible actuar de los progenitores a partir de la situación actual, SAP de Córdoba de 6 de julio de 2000 (AC 2510), SAP de Córdoba de 2 de marzo de 2001 (AC 1090) “... a lo que se ha de atender es si ese asentimiento que propugna el recurrente es conveniente a los intereses del menor, en la medida de que quien ha de otorgarlo actúe movido también con esa finalidad...”.

Otras sentencias, a partir de un criterio adecuado, se basan en la precaria situación actual para entender que están incurso en causa de privación de la patria potestad, como es el caso de la SAP de Madrid de 16 de octubre de 1998 (AC 1814): “... no ha podido cumplir en el pasado con la función que legalmente le venía atribuida, ni ofrece perspectivas seguras al efecto ni en la actualidad ni en el futuro próximo...”. Si bien, se debe sopesar cada supuesto; por ejemplo, en este sentido encontramos la SAP de Zamora de 10 de enero de 2001 (AC 605), en la que la madre se encontraba sometida a un tratamiento antidepresivo leve, por lo que no se estimó dicha causa de privación.

El artículo 177.2.2.º establece: “No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción”. Este apartado otorga una nota para entender que el asentimiento de dichos sujetos es prescindible, si bien, en supuestos muy contados. Ahora bien, no son equiparables los efectos de la falta de consentimiento a los de la falta de asentimiento. En el caso de falta de consentimiento, no se podrá acordar la adopción sin el mismo, pudiendo ser aprobada en caso de falta de asentimiento, por ejemplo, debido a una imposibilidad para prestarlo.

Esta imposibilidad se trata de un concepto jurídico indeterminado en el que pueden subsumirse imposibilidades absolutas, como sería el caso de una incapacidad o ausencia declarada o imposibilidades simplemente presuntas, como un simple viaje, una enfermedad, o el supuesto contemplado en el artículo 1.831.3 LEC: “Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida...” (30). Por ello se afirma que “cualquier circunstancia que dificulte grave-

(29) Ahora bien, como manifiesta con muy buen criterio la SAP de Sevilla de 20 de enero de 1999 (AC 3893): “... si el padre ha superado su drogadicción inicial y no es ni siquiera alcohólico, si el padre tiene ya una ocupación laboral que le permite obtener ingresos para subvenir a las necesidades familiares, dándose en este caso todas las circunstancias necesarias para acordar la «reinserción» a que se refiere el párrafo 4.º del art. 172 del Código Civil...”.

(30) La redacción del artículo 173, de acuerdo con la Ley de 1970, establecía: “Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no

mente la prestación del asentimiento o que pueda demorarlo también gravemente podrá ser considerada imposibilidad a los efectos de dicho precepto” (31). Tal como determina la norma *“imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción”* (32). En dicha *“imposibilidad”* se vienen incluyendo supuestos que conducen a situaciones de incursión en causas de privación de la patria potestad, si bien el Tribunal califica como imposibilidad, es el caso recogido por la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 3 de febrero de 1999 (AC 307): *“... la condición de consumidora habitual de estupefacientes de la madre biológica, acreditada hasta el punto de que el hijo nació con síndrome de abstinencia, constituye motivo suficiente para considerar que se hallaba imposibilitada para prestar el asentimiento de la adopción de su hijo, del que nunca se ocupó...”*. Al igual que el Auto de la AP de Zaragoza de 4 de noviembre de 1999 (AC 6483), que alude a *“la imposibilidad de hacerse cargo de la niña teniendo en cuenta la problemática de la madre (drogadicción)... alegando su imposibilidad para poder proporcionar los elementales cuidados de la menor...”*. SAP de Málaga de 10 de abril de 2000 (AC 2258): *“... el Juez hace previsiones de futuro, pero en ningún modo ha constatado de presente hecho alguno que, derivado de negligencia, despreocupación o imposibilidad de la madre, implique la concurrencia de causa de privación de la patria potestad”* (33).

Por tanto, se llega a la conclusión de que se trata de un concepto muy amplio, pudiendo subsumir en el mismo cualquier tipo de imposibilidad o impedimento, como puede ser el vivir en una ciudad distante a la del menor, el estar recluso en un centro penitenciario... Muestra de ello es la SAP de Zaragoza de 4 de noviembre de 1999 (AC 6483): *“... procedería la privación de la patria potestad por imposibilidad física y moral de su ejercicio... el dato fáctico incurso de que desde el internamiento en*

pudiere ser citado o si citado concurriese, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando”. A raíz de tal redacción, MANTECA ALONSO-CORTÉS, *op. cit.*, p. 238, manifestaba que *“se puede prescindir, en estos casos, del consentimiento de los padres o del tutor, pero nunca pronunciarse en contra de ellos”*.

(31) En este sentido se expresa: FLUITERS CASADO, *op. cit.*, p. 324; VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 48, *“... cuando, citados conforme a lo establecido en el artículo 1.831 LEC, no compareciesen en el procedimiento, se produce esta imposibilidad”*.

(32) Este último inciso del precepto se introdujo por la disposición final undécima de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. El Código de Familia Catalán no recoge dicha puntualización, si bien, en el artículo 122, alude a tal imposibilidad: *“Han de donar el seu assentiment a l'adopció, si no estan impossibilitats per a fer-ho...”*. A dicha imposibilidad hace referencia el Código Civil italiano en el artículo 297.2 *in fine*: *“Parimenti il tribunale può pronunciare l'adozione quando è impossibile ottenere l'assenso per incapacità o irreperibilità delle persone chiamate ad esprimerlo”*.

(33) Sobre tal imposibilidad se pronuncian las SSAP de Zaragoza de 20 de febrero de 2001 (AC 177) y 20 de mayo de 1996 (AC 944).

un establecimiento penitenciario no se puede dar cumplimiento al conjunto integral de las facultades de que está investida la patria potestad...". Se comprueba que dicho término es utilizado por el legislador en repetidas ocasiones, por ejemplo, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores y desamparados y de la adopción (34) de Cataluña, en el artículo 13, referido al acogimiento preadoptivo, en particular en el punto b), determina: "*Se puede adoptar la medida de acogimiento preadoptivo, como paso previo para la adopción: b) Si los padres o tutores están imposibilitados para ejercer su potestad*". El Código de Familia Catalán utiliza tal concepto en distintos preceptos, como son: artículos 141.3, 159.3, 186.1 h), 244.

Ahora bien, la LEC remite al artículo 180 C.c., por lo que en aquellos casos que se produzca dicha "*imposibilidad*", pero ésta sea debida a causa ajena a los padres biológicos, o sea, cuando "*sin culpa suya, no hubieran intervenido en el expediente...*", se acordará la extinción de la adopción (35). También se hace referencia a la "*imposibilidad*" en los artículos 156.4 y 157 C.c. Ahora bien, como establece la SAP de 3 de febrero de 1999 (AC 307), no hay que llevar a tal extremo la exigencia del asentimiento que suponga un perjuicio para el adoptando: "*... si exige el asentimiento de los padres biológicos, ello tiene como fundamento el evitar «manipulaciones» con dicho menor, pero de ninguna manera poner obstáculos formalistas, carentes de contenido e incluso ajenos a la finalidad de la norma*".

En otro orden de ideas, vemos que la redacción del artículo 177 conduce a una falta de congruencia entre sus apartados, artículo 177.2.2.º y el artículo 177.3.1.º, ya que una vez que el primer inciso deja claro quiénes deben prestar asentimiento, excluyendo a los progenitores privados de la patria potestad o incursos en causa de privación, el tercer apartado de dicho precepto, al establecer los sujetos que simplemente deben ser oídos, alude a los padres "*que no hayan sido privados de la patria potestad*", pero no a los que no estuvieren incursos en causa de privación. Por ende, hubiese sido más adecuado concretar dicho extremo, por lo que,

(34) Modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes.

(35) PILLADO MONTERO, *op. cit.*, p. 454, manifiesta que para aquellos casos en que no había tal imposibilidad y se prescindió del trámite, dispondrán de la acción de nulidad. Sobre la culpa contemplada en este precepto: CARRASCO PERERA, Ángel, "Comentario al artículo 180 Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordina BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 1993, p. 222; MANTECA ALONSO-CORTÉS, *op. cit.*, p. 335, lo califica como rescisión: "se concede a una persona que no es «parte» en el negocio, pero que tiene un directo interés en él, la facultad de conseguir que quede sin efecto como consecuencia de la lesión sufrida en sus derechos (patria potestad, derechos sucesorios, alimentos...)".

realizando una interpretación correctora, debemos subsumir en dicho supuesto de hecho tales situaciones.

Así, si los progenitores están incurso en una causa de privación de la patria potestad, serán simplemente oídos (36); sobre tal extremo son interesantes la SAP de 19 de enero de 2001 (AC 745), SAP de Córdoba de 2 de marzo de 2001 (AC 1090), SAP de Zaragoza de 16 de enero de 2001 (AC 744).

Interpretando el artículo 177 *a sensu contrario*, se comprueba que no es preciso el asentimiento en el caso de que el adoptando sea mayor de edad o menor emancipado. Con independencia de estos supuestos, recogidos, específicamente, en el precepto que abordamos, en otros a lo largo de la Sección referida a la adopción, también se excluye la necesidad del asentimiento de los padres. Es el caso del artículo 176.2.1.^a C.c., que establece que no será precisa propuesta previa en el supuesto de que el adoptando sea huérfano, lógicamente al ser imposible el mismo. Tampoco en el caso de encontrarse el menor en una previa situación de desamparo, o ser el adoptante tutor del menor, artículo 176.3.3.^a C.c.

V. Consecuencias jurídicas

1. Ante la falta del trámite legal.

VAQUER ALOY (37) diferencia el consentimiento del asentimiento al manifestar que: “El consentimiento es una declaración de voluntad imprescindible para la constitución de la adopción, pero no suficiente, puesto que a pesar de la expresión del consentimiento al Juez, éste puede de-

(36) Sobre este tema, la LEC 1881 establecía en el artículo 1.831.2: “En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia”.

(37) VAQUER ALOY, Antoni, “La constitución de la adopción”, en *Protección de menores...*, cit., p. 175, en el mismo trabajo SEGURA SANCHO, *op. cit.*, p. 229: “... el asentimiento no es imprescindible para la constitución de la adopción; si no es prestado por quien debe hacerlo, impide su constitución”; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 273, establece que son “... imprescindibles las de adoptantes y adoptando, imprescindibles también las de los padres, tutores y cónyuges, no imprescindibles las de quienes tengan que ser oídos simplemente”. Se basa en el rechazo de la enmienda número 7 de D. Miguel Vaquer Salart, que se justificaba del siguiente modo: “Si el matrimonio emancipa (art. 314 del C.c., con limitaciones del art. 317), no se ve claro por qué una negativa de los padres, a lo mejor injustificada, debe vincular al Juez, quien, en la tónica del proyecto, que consideramos acertada, tiene amplias facultades para decidir, en definitiva, lo más conveniente al adoptado”; GUTIÉRREZ SANTIAGO, *op. cit.*, p. 115; MANTECA ALONSO-CORTÉS, *op. cit.*, p. 319, de acuerdo con la redacción de 1970, al tratar la falta de tal asentimiento, manifiesta que: “... son presupuestos normales, pero no esencialmente necesarios para la aprobación judicial..., y su falta no da lugar a la inexistencia directamente, sino que originarán defectos del expediente judicial”.

cidir no constituir la adopción si cree que ello es lo más beneficioso para el menor... El asentimiento es una declaración de voluntad necesaria, pero prescindible... es una declaración de voluntad que aprueba o autoriza la constitución de la adopción entre los sujetos que la consienten”.

En relación a la prescindibilidad, hay que decir, junto a ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS (38), que “La preceptividad, pues, se reduce al trámite o intento correspondiente de asentimiento o audiencia, aunque en sí mismos no resultan «imprescindibles»”. La SAP de Alicante de 7 de octubre de 1998 (AC 7376): “... *si no se le priva de la patria potestad, o no existe causa para ello, su asentimiento debe ser requisito imprescindible para la aprobación de aquel expediente...*”.

FELIU REY (39) se basa en el tenor del precepto que establece “*deberán asentir*”, ahora bien, “esta «necesidad» o este «deber» no han de entenderse en un sentido absoluto, es decir, no se debe interpretar el precepto en el sentido de que sin el asentimiento de tales personas no sea posible constituir la adopción, pues, por un lado, no es comprensible la impugnación de un negocio que no se pudo llevar a cabo por la ausencia de los asentimientos...”.

De acuerdo con la redacción del precepto, es preciso dicho trámite; ahora bien, en determinados casos, es posible prescindir del mismo, tal como hemos expresado en el apartado anterior.

Hay que concretar qué consecuencia jurídica comporta tal falta de asentimiento. Se deben tener en cuenta todos aquellos supuestos en que no se otorga audiencia a la madre o al padre, sin ser ellos culpables de tal hecho. De acuerdo con el artículo 180 C.c., se procederá a la extinción de la adopción. En tal sentido, la STC de 26 de septiembre de 1990 (RTC 1990/143): “... *la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución*”.

Se producirá la nulidad de dicha adopción, por lo que a tales efectos la cuestión estriba en determinar cómo despliega sus efectos tal nulidad. Como establece la STS de 9 de julio de 2001 (RJA 4999): “... *no cabe que tal situación objetiva se pueda reparar mediante entrega de la niña adoptada como orden que emane del presente proceso. Se opone a ello la necesidad de respetar, a su vez, el derecho de defensa de los padres adoptivos, que han de ser oídos contradictoriamente con la madre biológica y la pro-*

(38) ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, “El acogimiento...”, cit., 775; LLEDÓ YAGÜE, *op. cit.*, p. 1207, manifiesta que “... no es un requisito sustancial del negocio jurídico, sino complementario y prescindible...”.

(39) FELIU REY, *op. cit.*, p. 150.

pia naturaleza jurídica del negocio jurídico familiar de adopción que, al crear con fuerza constitutiva un nuevo estado jurídico, exige para conseguir su ineficacia la declaración de extinción, dado el carácter irrevocable de la adopción, en los supuestos permitidos (art. 180 del Código civil)...".

BERCOVITZ (40) postula dicha nulidad incluso para aquellas declaraciones que suponen una mera audiencia. Entiende que la "discrecionalidad del Juez radica en el mayor o menor caso que haga de tales declaraciones, pero no en que pueda omitirlas". Tal asentimiento es fundamental para la constitución de la adopción (41), siendo un requisito esencial del expediente de adopción, suponiendo la falta de tal trámite la nulidad. Acudiendo a los apartados segundo y tercero del artículo 1.831 LEC, sobre los que tratamos en el apartado anterior, vemos que se establece la validez de la adopción si ha sido imposible recabar el asentimiento, por lo que *a sensu contrario* tal falta de trámite nos conduce a la nulidad.

Por contra, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (42) entiende que tal omisión carece de consecuencias y se trata de un requisito formal y no sustancial. Se configura como una simple facultad, en este sentido la SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996 (AC 2568): "*... el consentimiento de los adoptantes y del adoptado mayor de 12 años es obligatorio para el Juzgador obtenerlo de ellos y vinculante para dicho Juzgador, mientras que el "asentimiento" es una facultad de los padres biológicos que pueden o no prestarlo y que por supuesto, no vincula al Juez...*".

El artículo 180 C.c. establece el carácter irrevocable de la adopción (43), a los efectos de dotar a la adopción de la máxima estabilidad, a semejanza de la paternidad, y la posibilidad de interposición de demanda por los sujetos que "*no hubieren intervenido en el expediente...*", disponiendo de un plazo de dos años para tal interposición. Sobre el particular se pronuncia la SAP de Zamora de 8 de junio de 1998 (AC 6984),

(40) BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 274.

(41) En tal sentido se pronuncia PÉREZ MARTÍN, Antonio J., *Derecho de familia (Adopción, acogimiento y otras instituciones de protección de menores)*, Valladolid, Lex Nova, 1995, p. 517; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, *op. cit.*, p. 37; SERRANO GARCÍA, Ignacio, "Comentario al artículo 177 del Código Civil" en *Comentario del Código Civil*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 590; PILLADO MONTERO, *op. cit.*, p. 452.

(42) FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *op. cit.*, p. 734, "un requisito sin interés ni eficacia alguna, fruto acaso de un no muy profundo estudio del problema...".

(43) Tal carácter también lo establece el Código de Familia catalán, artículo 130.1. Sobre tal irrevocabilidad se pronuncia la SAP de Madrid de 23 de septiembre de 1999 (AC 1891). En relación al tema de la revocación habría que realizar muchas puntualizaciones; al exceder de nuestros propósitos, se remite al estudio que al respecto realiza CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 214.

donde se discute si dicho plazo es de caducidad o de prescripción, determinándose acertadamente la caducidad del plazo a los efectos de otorgar una mayor estabilidad a dicha situación. Asimismo, en la referida sentencia se discute sobre el *dies a quo* de tal cómputo: “... ***La acción de impugnación de la adopción está sometida a un plazo de caducidad de dos años a contar desde la constitución de la adopción, con independencia del momento en que los padres adquieran conocimiento de la misma y su prosperabilidad queda condicionada, además de a que se acredite la falta de culpa en la no intervención, a que la extinción no perjudique gravemente al menor***” (44).

Ahora bien, a pesar de recogerse en el artículo 180.2 C.c., ese plazo de caducidad, si nos situamos ante un proceso con “vicios jurídicos insalvables” (STS de 9 de julio de 2001, RJA 4999), se podrá ejercitar la acción de nulidad en cualquier momento sin que esté sometida al referido plazo de caducidad.

2. Ante el disentimiento.

A. Irrelevancia.

Hay que partir de la propia redacción del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre: “*La Ley permite prescindir si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro*”.

La cuestión es plantearnos la eficacia de unas y otras declaraciones de voluntad y determinar si constituyen una *conditio iuris* que nos podría conducir a que el disentimiento conlleve la imposibilidad de establecer la adopción. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (45) la considera como tal *conditio iuris* debido a que: “1.º Reúne los requisitos de futuridad e incertidumbre respecto del acto de la adopción. 2.º Se encuentra establecida por la Ley”. Asimismo, observa que, a pesar de producirse el disentimiento, “el Juez seguirá conservando su arbitrio”; para realizar dicha afirmación se basa en la legislación anterior, que sancionaba con la nulidad la ausencia del mismo.

Así, se ha defendido su carácter no vinculante para el juez, lo que puede producir una “ineficacia condicionada” (46) del negocio jurídico familiar que supone la adopción. La STS de 19 de febrero de 1988 (RJA 1117)

(44) Al respecto, es loable dicha limitación de plazo, ya que, de acuerdo con la Ley de 1970, se establecía: “... *durante la minoría o incapacidad del adoptado...*”, artículo 175.

(45) FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *op. cit.*, p. 724; en igual sentido, MORA MATEO, *op. cit.*, p. 236.

(46) En este sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *op. cit.*, p. 726.

configura dicho asentimiento “*como una «conditio iuris», cuya ausencia puede producir una ineficacia condicionada del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia...*”. Al igual que la STS de 20 de abril de 1987 (RJA 1987/2717); STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2000 (RJA 8163), y SAP de Almería de 18 de diciembre de 2001 (BDAct. Civil 315150). En relación a esta doctrina de la “ineficacia condicionada”, se ha manifestado que se trata de una “monstruosidad jurídica que, aunque se quisiera excusar bajo especie de interpretación legal, sería sin más manifestamente inconstitucional” (47). Incluso se ha afirmado, a pesar de no ser este nuestro parecer, que el consentimiento del adoptante o adoptando mayor de doce años (art. 177.1) no vincula al juez (48).

Se llega a la conclusión de que se debe prestar el asentimiento por parte de los padres; ahora bien, si éste es negativo no es vinculante para el juez, debido a que puede resolver en sentido contrario, atendiendo a un interés protegido superior, como es el *favor minoris*. Dicha vertiente tiene su reflejo en el Código civil italiano, donde el artículo 297.2 (49) expresamente lo determina. En cualquier caso, debe prevalecer el interés del menor, en este sentido se pronuncia la STS de 19 de febrero de 1988 (RJA 1117): “... *en esta clase de procesos existe la necesidad de que, prioritariamente, prevalezcan los intereses y preferencias del menor, como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales...*”. El *favor minoris* aparece como una constante a lo largo de las relaciones del Derecho de familia. Como principio jurídico general lo encontramos plasmado en las distintas reformas en materia de familia, así la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la que se perfiló con mayor énfasis al haber sido reconocido constitucionalmente por el artículo 39 CE; en la regulación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de me-

(47) CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 220.

(48) HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordina Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1993, p. 187. Por el contrario, DÍAZ DE LEZCANO, *op. cit.*, p. 37: “Resulta indudable... que el consentimiento negativo de cualquiera de las personas que habrán de prestarlo vincula la decisión del Juez, de tal manera que carece de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas”.

(49) Artículo 297.2: “*Quando è negato l'assenso previsto dal primo comma, il tribunale, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, può, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che si tratti dell'assenso dei genitori esercenti la potestà o del coniuge, se convivente, dell'adottante o dell'adottando*”.

nores; en Convenios internacionales, como el de Nueva York; en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución de 20 de noviembre de 1989 (arts. 3.1, 9 y 18.1) y, como tal, recogido explícitamente en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor (arts. 2 y 11.2.a.) y en la nueva redacción que concedió esta ley al artículo 172.4 C.c.

De acuerdo con todo ello, no se debe perder de vista que la adopción es un acto de autoridad del juez, quien vendrá a constituirla después de la tramitación del correspondiente expediente, artículo 176.1 C.c.: *“La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”*. Así, la discrecionalidad concedida al juez es congruente debido a que los progenitores no tienen obligación de manifestar ningún tipo de justificación ante su negativa (50). El Auto de la AP de Badajoz de 4 de julio de 1996 (AC 1366), SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 4227): *“... el padre niega su asentimiento, el Juez debe seguir conservando su arbitrio para aprobar o no la adopción... si estimase que la adopción es beneficiosa para el adoptando”*; SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996 (AC 2568), citada anteriormente, establece que *“... no vincula al Juez”* y, distintas sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de noviembre de 1998 (BD El Derecho 34188), 29 de marzo de 1999 (BD El Derecho 12174) y 29 de noviembre de 1999 (BD El Derecho 49436), donde el juzgador, con una magnífica fundamentación, se basa para defender tal postura, fundamentalmente, en cuatro hitos, a saber: la configuración otorgada a la patria potestad a partir de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *“como una función que la ley encomienda a los progenitores en beneficio del hijo, de manera que los derechos concedidos a aquéllos son un medio para cumplir los deberes que les imponen”*, el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que se basa en dos principios fundamentales: *“la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución”*, en la Exposición de Motivos Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *“se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos”*, y los artículos 1.825 y 1.826 LEC, por medio de los que *“se garantiza la defensa de los diferentes intereses que puedan entrar en colisión, no se supedita a la aquiescencia de los padres biológicos del*

(50) Sobre este extremo, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 274.

menor la posibilidad de acceder a la adopción, y se prevé la práctica de diligencias que permitan adoptar la decisión más beneficiosa para el adoptando”.

Dicha discrecionalidad, de acuerdo con la redacción del artículo 173.4 (otorgada por la Ley 7/1970, de 4 de julio), aparecía plasmada expresamente debido a que el párrafo cuarto de dicho precepto determinaba: “... el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo se observará cuando a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción”. Por lo que a partir del tenor del precepto y *a sensu contrario*, si se trata de supuestos de asentimiento, por ejemplo de los padres, y éstos disienten, el juez se encontrará vinculado por tal declaración. Ahora bien, el párrafo quinto de tal precepto venía a subsanar la cuestión: “El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos”.

Sobre tal facultad del juzgador encontramos la SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 4227): “... el padre niega su asentimiento, el Juez debe seguir conservando su arbitrio para aprobar o no la adopción, máxime cuando el artículo 177 del Código Civil **no sanciona con nulidad la ausencia de asentimiento**, si estimase que la adopción es beneficiosa para el adoptando”.

Por contra, la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 390), después de establecer las diferencias entre el consentimiento y el asentimiento, manifiesta que: “... se puede afirmar que el asentimiento (o disentimiento) que determinadas personas manifiestan en el expediente de adopción **no es una conditio iuris** de la misma por las siguientes razones: a) porque se fundamenta en la patria potestad y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma (o en el matrimonio) y ésta tiene actualmente un carácter de función, esto es, ha perdido todo carácter patrimonialista sobre el hijo biológico; b) porque la única eficacia que le reconoce la Ley es la posibilidad temporal y limitada por el interés del menor, que tiene el progenitor biológico de solicitar la extinción de la adopción cuando sin culpa suya no hubiera intervenido en el expediente, es decir, en el caso de que no hubieran podido mostrar su asentimiento o disentimiento (art. 180). En conclusión... **el asentimiento o disentimiento de los padres naturales del adoptado... no determina la corrección o incorrección de la adopción constituida**”. Por lo que, a los efectos de determinar la eficacia de tal asentimiento, ya se realice en forma positiva o negativa (disentimiento) no vincula al juez.

B. Carácter vinculante.

Se ha manifestado (51) que, de llevarse a cabo tal trámite y expresarse el disentimiento, no podrá acordarse la adopción. Otros diferencian si el adoptando es mayor o menor de doce años: “si el mayor de doce años ha consentido, el asentimiento de los padres es secundario y prescindible; pero si es menor de doce años y los padres se oponen, el Juez no puede aprobarla, privando a los padres, sin ninguna garantía, de la patria potestad” (52). DÍAZ DE LEZCANO (53) entiende que si los sujetos “... disienten de la adopción en tramitación, el Juez no podrá aprobarla; pero si la postura de estas personas es reticente y ambigua, sin concretarse en un sí o un no, en tales supuestos entiendo que sí podrá el Juez salvar este obstáculo...”. Aunque, a la vista de la actual redacción del artículo 177.2 C.c. “deberán asentir”, se desprende el carácter preceptivo de tal declaración, debiéndose archivar el expediente (54). Si bien, siempre sopesando la situación de acuerdo con el fin último, como es, el interés del menor. Y considerando el hecho de que si la ley distingue entre consentimiento y asentimiento las consecuencias ante la oposición (desautorización y disentimiento) deberían ser dispares.

Sobre el carácter esencial de dicho asentimiento se expresa el Auto de la AP de Zaragoza de 12 de enero de 1993 (AC 2), basándose en la idea de que supone una renuncia a la patria potestad, por lo que es preceptivo dicho asentimiento: “... la expresión «deberán asentir» debe con-

(51) ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, “El acogimiento...”, cit., p. 775, basándose en el artículo 1.827 LEC, manifiesta que “... si el interesado que se opone es persona a quien corresponde prestar su consentimiento o asentimiento (que niegan), no hay razón para dilucidar este extremo contenciosamente; la adopción no puede ser aprobada”. En igual sentido, SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 206: “... los asentimientos condicionan también *sine qua non* la adopción; que si, siendo exigibles, se prescinde de ellos, o son denegatorios, la adopción no puede ser legalmente constituida; y que su constitución sería, por tanto, nula. En cambio, concurriendo los asentimientos necesarios, el Juez podrá denegar la adopción en beneficio del menor”; SERRANO GARCÍA, Ignacio, “La adopción según las leyes 21/1987, de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero”, en *La protección jurídica del menor*, coordina Ignacio Serrano García, Gráficas Varona, Salamanca, 1997, p. 80, y en “Comentario al artículo 180 Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 597; MÉNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 142; FELIU REY, *op. cit.*, p. 149; PILLADO MONTERO, *op. cit.*, p. 455; FLUITERS CASADO, *op. cit.*, p. 324, “el expediente deberá archiversse, ya que es requisito *sine qua non* para la constitución de la adopción”; PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 191; MORA MATEO, *op. cit.*, p. 236.

(52) HUALDE SÁNCHEZ, *Comentarios...*, p. 187; sobre este extremo, GUTIÉRREZ SANTIAIGO, *op. cit.*, p. 152.

(53) DÍAZ DE LEZCANO, *op. cit.*, pp. 21 y 37, quien también podríamos ubicar en el primer sector, ya que manifiesta que, “... si no están incursos en estos supuestos y disienten de la adopción en tramitación, el Juez no podrá aprobarla”.

(54) REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 28, quien sostiene tal postura a pesar de que el mayor de 12 años haya consentido.

cluirse... que el asentimiento es una conditio iuris (así lo califica SANCHO REBULLIDA y la STS 19-2-1988 (RJ 1988/1117), de manera que se elimina el carácter potestativo de la intervención de los que deben asentir, pues es un deber, una necesidad, su intervención, ya que en definitiva supone una vía excepcional de renuncia voluntaria a la patria potestad, de ahí que no pueda producirse la adopción sin contar con los titulares de aquélla, pues la adquisición por parte del adoptante de la patria potestad sobre el adoptando debe ir precedida de la pérdida, en este caso por renuncia, de los padres por naturaleza... si no asienten no cabe acceder a la adopción instada". Como establece GUTIÉRREZ SANTIAGO (55), si se acuerda la adopción de un niño en contra de la voluntad de los padres, "tal modo de proceder implicaría arrebatarlo sin las más mínimas garantías, y dejar a los padres en la más absoluta indefensión, equiparando además su situación, a efectos prácticos, con la de aquellos que, incurso en causa de privación de la patria potestad por haber incumplido gravemente sus obligaciones como padres, basta que sean oídos".

En relación a la necesidad de tal asentimiento, encontramos el Auto de la AP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 (AC 874), que diferencia aquellos supuestos que, de acuerdo con el artículo 177.2 C.c., los padres deben asentir de aquellos otros que los padres deben ser oídos (56): "... los padres únicamente han de «ser oídos», lo que, evidentemente, determina que su manifestación no sea de ningún modo vinculante, y aquellos otros en los que dichos padres «deberán» prestar su asentimiento, lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que **resulta preciso que admitan la adopción...**", en igual sentido se expresan las SSAP de Navarra de 9 de marzo de 1992 (AC 482), Zaragoza de 30 de mayo de 1992 (AC 790), Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1427).

Así, si ninguno de los progenitores se encuentra privado de la patria potestad o incurso en causa de privación, como establece la SAP de Teruel de 15 de abril de 1993 (AC 414) "... es evidente que el Juzgado no podría, **so pena de nulidad de la adopción**, decretarla una vez negado su asentimiento por quienes tenían la facultad de otorgarlo -supuesto muy distinto del de la presidencia de tal permiso, consentida por la Ley (C.c., 177-2,

(55) GUTIÉRREZ SANTIAGO, *op. cit.*, p. 162, no pudiéndose deducir tal asentimiento de conductas tácitas de dichos progenitores, o de una situación previa de acogimiento debido a que ambas instituciones son diversas.

(56) Se debe tener en cuenta que nuestro Código civil no recoge un precepto similar al Code, en el cual, por el artículo 348-6, se posibilita la adopción a pesar de dicha oposición: "*Le tribunal peut pronocer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents légitimes et naturels ou par l'un s'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille*".

penúltimo párrafo, en relación con el 180), cuando los padres no concurran al expediente-". O la SAP de Sevilla de 27 de enero de 1995 (AC 171).

Por tanto, encontramos distintos pronunciamientos jurisprudenciales y una gran confusión en relación al tema. Recomponiendo los fundamentos de las sentencias, vemos que prevalece el interés del menor y, a su vez, subyace la idea de salvaguardar la patria potestad, que no podrá ser arrebatada sin previa manifestación de sus titulares.

LIBRO BLANCO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA NOTARIAL (1)

FERNANDO GOMÁ LANZÓN

CARLOS GARCÍA VIADA

Notarios

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. *PRIMERA PARTE: PANORAMA GENERAL.* 2. INTRODUCCIÓN A LA FIRMA ELECTRÓNICA. 2.1. Internet, Red de Redes. 2.2. La criptografía y la llamada infraestructura de clave pública (PKI). 2.3. ¿Qué es y cómo funciona la firma electrónica? 2.4. La obtención de confidencialidad en los mensajes. 2.5. El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. 3. LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA NOTARIAL. 3.1. Características de la Firma Electrónica Avanzada Notarial (FEAN). 3.2. Ámbito de aplicación según la Ley 24/2001. 3.3. Vigencia temporal de la FEAN. 4. ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN Y CERTIFICADOS. 4.1. Entidades de certificación. 4.2. Funciones del Consejo General del Notariado como entidad de certificación. 4.3. El convenio con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. 4.4. Proyecto CERES y estándares oficiales europeos de seguridad electrónica. 5. LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA NOTARIAL Y LA PLATAFORMA E-NOT@RIO. 5.1.

(1) El presente trabajo es una adaptación hecha para la *Revista Jurídica del Notariado* del volumen publicado con el mismo título por el Consejo General del Notariado en enero de 2003.

Características y funcionalidades actuales de e-not@rio. **5.2.** Uso de la FEAN a través de la plataforma e-not@rio. *SEGUNDA PARTE: ESTUDIO GLOBAL DE LA FEAN.* **6.** OBTENCIÓN DE LA FEAN: ESTRUCTURA LEGAL. **6.1.** Esquema legislativo. **6.2.** Declaración de Prácticas de Certificación del Consejo General del Notariado (DPC o CPS –Certificate Practise Statement–). **6.3.** Clases de certificados (certificados de administrador y certificados de firma). **6.4.** Estructura piramidal de los certificados. **6.5.** Certificado raíz del CGN. **6.6.** Certificados de firma de los notarios. **7.** OBTENCIÓN DE LA TARJETA “FEAN”. PROCEDIMIENTO TÉCNICO. **7.1.** Obtención de la tarjeta FEAN para cada notario. **7.2.** Procedimiento para obtener las tarjetas FEAN. **7.3.** Archivo de Actas de Entrega de Certificados Digitales Notariales. **8.** PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LA FEAN. **8.1.** Idea general. **8.2.** Suspensión de sus efectos. **8.3.** Revocación de la FEAN (pérdida o robo de la tarjeta y cambio de destino notarial). **8.4.** Modo de actuar en estos casos. **8.5.** Listas de Revocación de Certificados (LRC o CRL –Certificate Revocation Lists). **9.** OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO EN EL USO Y CUSTODIA DE LA FEAN. **9.1.** Obligaciones en general. **9.2.** Obligaciones específicas en el uso y custodia de la FEAN. **9.3.** Responsabilidad civil y disciplinaria del notario. **10.** ÁMBITO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA NOTARIAL. **10.1.** Marco legal. **10.2.** Supuestos de empleo de la FEAN, en general. **10.3.** Relaciones notario-Colegio. **10.4.** Relaciones con otros notarios. **10.5.** Relaciones con las Administraciones Públicas y especialmente con Hacienda. **10.6.** Relaciones con los órganos jurisdiccionales. **10.7.** Relaciones con Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. **10.8.** Relaciones con particulares.

1. Presentación

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y en especial su sección 8.^a, dedicada a la “Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva”, ha supuesto un salto cualitativo enorme en lo que se refiere a la actuación notarial en el ámbito de las nuevas tecnologías. En efecto, en ella se define y regula la Firma Electrónica Notarial, entendida ésta como un instrumento en manos de los notarios para seguir ejerciendo su profesión en el marco de las comunicaciones telemáticas y el comercio electrónico.

Sin duda, se abren nuevas puertas, pero también es cierto que se trata de un reto importante y de una complejidad tecnológica muy superior a cualquiera con la que el notariado se haya enfrentado con anterioridad. Por todo ello, es necesario un esfuerzo conjunto tanto de las instituciones como de la totalidad de los notarios, para lograr superar con éxito este desafío.

El presente trabajo tiene como finalidad precisamente la de cooperar en esa misión, ofreciendo una visión global de todos los aspectos de la Firma Electrónica Notarial, y siempre con el empeño de que el lenguaje empleado sea lo más sencillo posible. Se compone de dos partes. La primera parte contiene un panorama general introductorio, una mirada desde lo alto, indispensable para comprender mejor las características concretas de la firma. La segunda parte es precisamente el estudio en profundidad de la firma notarial.

PRIMERA PARTE: PANORAMA GENERAL

2. Introducción a la firma electrónica

*“¿De qué sirve recitar todo eso
-interrumpió la Falsa Tortuga-
si no lo vas explicando al mismo tiempo?
Es lo más confuso que he oído en mi vida.”
(Alicia en el País de las Maravillas. Lewis Carroll)*

2.1. Internet, Red de Redes.

Cuando los historiadores tengan que describir cuáles fueron los hechos caracterizadores de la década de los 90 del pasado siglo xx, es indudable que uno de ellos, y de los más destacados, será la creación y expansión de la gran Red mundial de comunicaciones, la Red de Redes, es decir, Internet, partiendo de otras anteriormente existentes, de carácter militar y universitario.

El crecimiento de Internet en recursos, en posibilidades y en número de usuarios ha sido y sigue siendo verdaderamente espectacular, y no se prevé que en el futuro cercano vaya a modificarse esta tendencia. De cualquier modo, y aparte de las novedades que nos depare la evolución, todos conocemos las posibilidades que ahora mismo nos ofrece, especialmente por medio de un instrumento muy sencillo, pero de extraordinaria utilidad, como es el correo electrónico, y naturalmente como consecuen-

cia de esa gigantesca biblioteca mundial, en constante cambio, que conforman los millones de páginas web a las que podemos tener libre acceso sin más requerimientos que estar conectados a la Red.

El hecho de poder intercambiar todo tipo de informaciones en tiempo real con personas que no conocemos, que pueden estar situadas en cualquier parte del globo, detrás de su terminal de ordenador, es la característica más sobresaliente de Internet... y también su talón de Aquiles. Efectivamente, uno de los asuntos más importantes dentro de la Red es el de la seguridad sobre la identidad de los interlocutores, así como el de la confidencialidad y no manipulación de los documentos que viajan a través de ella.

Por ejemplo, recibimos un correo electrónico cuyo contenido es una oferta de trabajo, o una solicitud de cualquier tipo, o la aceptación de un contrato, etc., proveniente de una persona o empresa cuya existencia real nos puede o no constar personalmente, eso es indiferente para el caso. Pues bien, desde un punto de vista técnico, no existe ninguna certeza de que dicha oferta la haya enviado efectivamente dicha empresa o persona: puede haberlo hecho otra en su lugar. Y aun en el caso de que sea de verdad el emisor del mensaje, es posible que éste haya sido capturado, modificado o incluso suplantado completamente en su viaje a nuestro terminal de ordenador, con las desastrosas consecuencias que son de prever. Internet no es capaz de proteger con carácter general a los que usan de sus servicios frente a estos ataques.

Fácilmente se puede comprender que, sin una adecuada seguridad, tanto en lo que se refiere a la identidad de quienes intervienen como a la integridad y confidencialidad de la información, no es posible el desarrollo de las comunicaciones y el comercio electrónico. Por ello, se han creado diversos mecanismos de control y seguridad que pretenden ofrecer garantías de que cada uno es quien dice ser, y de que el mensaje que llega al receptor es el mismo que envió su autor.

Estos mecanismos variarán sin duda a lo largo del tiempo, se perfeccionarán y se harán más sofisticados (de hecho, se especula con la posibilidad de utilizar la retina del ojo, la huella digital o la frecuencia de la voz humana como identificadores personales), pero, ciñéndonos al presente, los sistemas de seguridad en Internet se basan en la *criptografía y en las llamadas claves de codificación*.

A partir de este momento entramos en un mundo tan nuevo como la propia Red, en el que vamos a tener que conocer y asimilar conceptos y técnicas que nada tienen que ver con los que conforman el habitual ejercicio de la profesión notarial. Es una pendiente en ascenso, que exige un esfuerzo del lector, pero para subirla no va a necesitar conocimientos técnicos de ninguna clase.

2.2. La criptografía y la llamada infraestructura de clave pública (PKI).

La criptografía es la técnica que se ocupa de la protección de datos, mediante la transformación matemática de los mismos a un formato ilegible. Es decir, se ocupa de la codificación de datos de manera que solamente puedan ser conocidos por el emisor y por el receptor, como una forma de proteger la información y de identificar a su emisor.

Históricamente es una constante la necesidad de enmascarar el contenido de los documentos y mensajes –a fin de cuentas, la información es poder (2)– y, en la actualidad, el mecanismo que se utiliza para la protección de los datos en Internet es el de la llamada *criptografía asimétrica o de claves asimétricas*. Esta técnica fue desarrollada a mediados de los años setenta, y consiste en un par de claves, basadas en algoritmos matemáticos. Aplicando una de las claves al mensaje o al conjunto de datos, se puede encriptar (codificar) (3), hasta hacerlo incomprensible, y aplicando después la otra clave al mensaje codificado puede retrocederse hasta el mensaje inicial en claro.

Estas claves tienen las siguientes características:

- Ambas claves son aptas tanto para codificar como para descodificar, pero, y esto es importante, si se codifica con la clave 1, solamente se puede descodificar con la clave 2, y viceversa. En definitiva, un mensaje no se puede codificar y descodificar con la misma clave, sino que para lo segundo precisa de la clave complementaria.
- El conocimiento de una de las dos claves no permite desvelar cuál es la otra. Es decir, si una persona conoce cuál es la clave A, por esa sola información no puede llegar a descifrar cuál es la clave B.

Para que este par de claves pueda utilizarse adecuadamente a fin de proporcionar seguridad, es preciso que una de las dos sea secreta, es decir, que el titular de la misma la tenga guardada, oculta, de manera que nadie más que él pueda tener acceso a la misma. Es la llamada *clave privada* (4).

Por el contrario, la clave complementaria debe ser de general conocimiento, a disposición de cualquiera y, por tanto, cuanto más publicitada, mejor. Precisamente por ello se le llama *clave pública*.

(2) Así, por ejemplo, el llamado “algoritmo de César”, que consistía en sumar 3 al número de orden de cada letra; así, la A pasaba a ser la D, la B era la E, etc.

(3) Por ejemplo, la letra A podría ser, una vez codificada, “12sAgH20”, es decir, algo completamente incomprensible.

(4) La clave privada puede radicar en diversos soportes, según el grado de seguridad pretendido: en el disco duro de un ordenador, en un disquete que esté adecuadamente custodiado, o en el chip de una tarjeta criptográfica, que ofrece un muy alto grado de seguridad. Como veremos, la clave privada que se utiliza para la firma electrónica notarial está situada, precisamente, en una tarjeta criptográfica.

Ya solamente con estos dos instrumentos podemos concebir un sistema de identificación personal en la Red: yo soy titular de un par de claves criptográficas, una de las cuales la he guardado de forma secreta (la privada) y otra la he repartido a todo el mundo. Así las cosas, si yo codifico con mi clave privada un mensaje cualquiera, y lo envío a otra persona, el destinatario del mismo, que conoce mi clave pública, la aplicará al mensaje, y si puede descodificarla con esa clave, es que ha sido codificada con la clave privada complementaria. Como esa clave privada solamente la tengo yo, y bien guardada, es que el mensaje lo he enviado yo.

Ahora bien, si yo recibo un mensaje de alguien a quien no conozco, y por tanto no ha tenido la oportunidad de comunicarme personalmente su clave pública, ¿cómo puedo saber cuál es la clave pública de emisor? Esto es fundamental, puesto que de la certeza de ese conocimiento depende el adecuado funcionamiento de todo el sistema. Es cierto que el emisor del mensaje puede haberme informado de dicha clave por el correo postal, o incluso publicarlo en los medios de comunicación, pero de todos modos no hay ninguna certeza de que él que me ha enviado la clave pública sea verdaderamente quien dice ser, o incluso, aunque lo sea, que en el envío de la misma no se haya manipulado o cambiado por otra, con las fatales consecuencias que cabe imaginar. Por tanto, la pregunta sigue siendo: ¿cómo puede el destinatario de un mensaje tener la seguridad de que la clave pública pertenece de verdad al emisor, y no a otra persona que se ha hecho pasar por él? Desde luego, no por la simple declaración o manifestación del emisor del mensaje, por muy extendida que esté esa declaración, dado que puede ser falsa o simplemente manipulada. Es necesaria la intervención de un tercero imparcial que lo confirme: son los llamados *Prestadores de Servicios de Certificación* (5) o *PSC*.

Los PSC son entidades que, previa identificación del solicitante, le expiden un par de claves criptográficas y, una vez hecho eso, emiten un *certificado electrónico* en el que se enlaza y se identifica una determinada clave pública con una persona concreta, cuyos datos aparecen asimismo en el certificado. Por eso se le suele denominar también certificado de claves públicas (6).

De este modo, en el ejemplo anterior, el receptor del mensaje podrá tener la seguridad de que la clave pública pertenece de verdad al emisor, no porque éste se lo diga, sino porque puede consultar el certificado electrónico que así lo acredita, expedido por un PSC, en el que no solamente podrá comprobar la titularidad del par de claves, sino también la vigencia de las mismas y que no han sido revocadas. Ahora bien, ¿cuál es

(5) La falta de precisión y de consenso sobre las denominaciones hace que esas entidades también sean llamadas Entidades de Certificación o Autoridades de Certificación.

(6) Para los notarios, como se explicará más adelante, el Prestador de Servicios de Certificación será el Consejo General del Notariado.

el criterio para fiarse de que lo que certifica un determinado PSC es correcto y verdadero? Pues, en última instancia, se trata de una cuestión de confianza, de confiar o no en un concreto PSC (7).

El sistema conjunto de clave privada + clave pública + certificado electrónico emitido por un Prestador de Servicio de Certificación es lo que se denomina “infraestructura de clave pública o PKI” (por sus iniciales en inglés) (8).

Como antes se ha dicho, en Internet existe un serio problema de identificación de las personas que se comunican por este medio, así como de seguridad en cuanto al contenido y la confidencialidad de los mensajes que se circulan a través de él. Se entiende que una infraestructura es verdaderamente segura cuando permite cumplir los cuatro “conceptos de seguridad”, es decir:

- * **Autenticación:** garantía de que yo soy quien digo ser.
- * **Confidencialidad o privacidad:** garantía de que solamente los que están autorizados han tenido acceso a la información.
- * **Integridad:** garantía de que la información no ha sido manipulada en su viaje por la red.
- * **No repudio:** garantía de que ninguna de las partes que han intervenido en una transacción puedan negar haberlo hecho.

Pues bien, la infraestructura de clave pública cumple efectivamente con estos cuatro conceptos de seguridad, todo ello a través de su peculiar mecanismo de funcionamiento, que es importante conocer.

¿Y la firma electrónica? Como veremos inmediatamente, se trata de un mecanismo basado en la infraestructura de clave pública, que tiende a conseguir tres de esos cuatro efectos: *autenticación, integridad y no repudio*. En definitiva, lo que pretende es ofrecer seguridad en el sentido de identificar al emisor del mensaje, a que no pueda rechazar haberlo emitido y a que el mensaje no ha sido manipulado en el trayecto entre el emisor y el receptor.

El cuarto efecto, *confidencialidad*, también puede conseguirse por medio de la utilización de la infraestructura de clave pública o PKI (como veremos en la pregunta siguiente y en la segunda parte de este trabajo). No obstante, es posible enviar un mensaje firmado electrónicamente que no sea confidencial, y a la inversa, mandar un mensaje confidencial (codificado o cifrado), pero que no esté firmado electrónicamente. En definitiva, la confidencialidad o cifrado de los mensajes no es un efecto inherente o necesario al concepto de firma electrónica.

(7) Y por eso cuando se trata con certificados electrónicos, en muchas ocasiones el sistema pregunta si queremos confiar o confiamos en un determinado certificado o PSC.

(8) Public Key Infrastructure.

Como vemos, la PKI es un sistema complejo con el que se pueden obtener muchas utilidades: por supuesto, *la firma electrónica*, que pasamos a estudiar a continuación, pero también *confidencialidad* del mensaje a través de su codificación, o *acceso a bases de datos o plataformas privadas*, puesto que con la PKI se identifica perfectamente al usuario (así, por ejemplo, con la tarjeta FEAN, será posible sin más acceder a la plataforma *e-not@rio*).

2.3. ¿Qué es y cómo funciona la firma electrónica?

Prescindiendo de sutilezas doctrinales, podríamos definir la firma electrónica como un *mecanismo de identificación de quienes participan en la Red, que se basa en la utilización, en una determinada manera, de las claves pública y privada y del certificado electrónico, los cuales conforman la llamada infraestructura de clave pública o PKI*.

El hecho de que su misión sea precisamente identificar a quienes actúan a través de la Red ha determinado que se le adjudique esta denominación de “firma”, pero ya hemos comentado antes que, en este nuevo mundo, la precisión terminológica, en especial en lo que se refiere a los aspectos jurídicos, no es un valor que esté muy considerado. Lo importante es comprender adecuadamente su esencia y funcionamiento (9).

La primera idea que hay que tener es que la firma electrónica no tiene nada que ver con la firma manual, salvo el nombre, y que su misión es también identificar a las personas. Pero no se trata de *digitalizar* la firma manual para que aparezca en los documentos electrónicos, ni tampoco es un sistema para poder firmar en la pantalla táctil del ordenador con un punzón especial, ni en general nada que signifique una traslación directa de nuestra firma a un documento del ordenador. *La firma electrónica es el resultado de aplicar la clave privada a un resumen o hash previamente obtenido del documento que se quiere enviar*, en la forma que a continuación se explica.

Su *funcionamiento*, explicado paso a paso, es el que se expone a continuación. Tomaremos como supuesto de hecho el siguiente: yo soy el emisor de un mensaje, que envío por correo electrónico a otra persona, receptor del mismo, y a fin de que éste me identifique adecuadamente, voy a proceder a firmar electrónicamente dicho mensaje. Existen dos fases: la generación de la firma por el emisor y la verificación de la misma por el receptor.

(9) En el volumen titulado *Notariado y contratación electrónica*, publicado por el Consejo General del Notariado en el año 2000, puede encontrarse una panorámica general de este tema, desde la perspectiva jurídica del notariado.

1.^a FASE: GENERACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

1.º Obtención de la “huella digital” del mensaje: antes de enviar el mensaje, se aplica al mismo una función algorítmica, denominada *hash*, que ya tendré instalada en mi software. La función *hash* extrae de cada mensaje específico un resumen de longitud fija, sea cual sea la extensión del mensaje inicial. Este resumen o extracto, que normalmente se conoce como “huella digital”, se compone, desde luego, de un listado de letras y números completamente incomprensible, resultado de aplicar el algoritmo al mensaje que se quiere enviar, y tiene las siguientes características:

- Es irreversible, es decir, de la huella digital (o *hash*) no es posible ascender al mensaje en claro y descifrarlo.
- Es único para cada mensaje, de modo que si cambiáramos en el mismo una sola letra, una coma o simplemente un acento, la huella digital resultante sería completamente diferente a la del primer mensaje. Es, a todos los efectos, un *destilado puro* del mensaje inicial.

Por tanto, el primer paso consiste en obtener la huella digital, resumen o *hash* del mensaje que se quiere enviar, aplicando el algoritmo de *hash* al propio mensaje. *Este es el resumen del mensaje o huella digital número 1.*

2.º Aplicación de la clave privada a la huella digital: a la huella digital o resumen le aplico mi clave privada, por lo que queda encriptado, y solamente puede desencriptarse por medio de la clave pública. Tenemos, en este momento, un mensaje, y una huella digital del mismo, esta última encriptada con la clave privada. Pues bien, a esta huella digital encriptada es a la que se le suele llamar “*firma electrónica del mensaje*”. Como vemos, la firma electrónica será diferente para cada mensaje, puesto que depende esencialmente de éste.

3.º Envío de mensaje + firma electrónica del mensaje y el certificado electrónico: efectuado todo lo anterior, ya puedo enviar el mensaje, más su firma electrónica, a su destino.

Junto a ellos, envío también mi certificado electrónico, que es el que me habrá expedido el Prestador de Servicios de Certificación (PSC), y que dice que soy titular de una determinada clave pública (por tanto, complementaria de la clave privada con la que he cifrado la huella o resumen).

2.º FASE: VERIFICACIÓN POR EL RECEPTOR DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

4.º Aplicación de la clave pública a la huella digital: el receptor del mensaje, lo primero que tiene que hacer es descodificar la huella digital que yo le he mandado (la n.º 1). Como la encripté con mi clave privada, ha de desencriptarse con mi clave pública.

El receptor consultará el certificado electrónico, y podrá ver cuál es mi clave pública, el plazo de vigencia de las claves y otros datos. Si confía en el PSC que lo ha expedido, y por tanto acepta que yo soy el titular del par de claves, y comprueba además que no han sido revocadas, entonces aplicará mi clave pública a la huella digital.

5.º Aplicación de la función *hash* al mensaje recibido: el destinatario del mensaje aplica de nuevo la función *hash* al mensaje recibido, y por tanto obtiene otra huella digital del mismo (la n.º 2). Sabemos que si al mensaje le cambiamos cualquier cosa, una letra, un signo, la huella resultante será completamente diferente; por tanto, el receptor ya solamente tiene que comparar las dos huellas digitales: la n.º 1, recibida con el mensaje y descodificada según el paso 4.º anterior, y la n.º 2, que acaba de obtener. Si son iguales, es que el mensaje que remití es el mismo que el que ha llegado, pero si son diferentes –sea cual sea esa diferencia–, es que ha habido cambios y probablemente manipulaciones en el c, y por tanto no hay que confiar en el mensaje. Este sistema no dice cuáles han sido los cambios, sino que advierte que el mensaje que llegó no es el mismo que el que salió.

Todo depende, por tanto, de que la huellas digitales coincidan o sean diferentes. Si ambas son coincidentes, cabe decir que el mensaje no ha sido manipulado en su camino desde el emisor al receptor del mismo, y por tanto queda identificado el titular de las claves privada y pública utilizadas para la firma electrónica.

Es decir, si coinciden ambas huellas digitales quedan cumplidos los tres conceptos de seguridad mencionados en el punto 2.2 como característicos de la firma electrónica: autenticación, integridad y no repudio.

Todo este proceso, largo y aparentemente complejo, está completamente *automatizado* y se produce en pocos segundos, y no se necesita más que dar las órdenes correspondientes por medio de una tecla o click del ratón.

Se ha ofrecido esta explicación extensa porque es importante comprender adecuadamente su funcionamiento, y será muy conveniente te-

nerla en cuenta a la hora de entrar en la segunda parte de este trabajo, dedicada al estudio concreto de la Firma Electrónica Avanzada Notarial.

2.4. La obtención de confidencialidad en los mensajes.

Como hemos indicado en el punto 2.2, existen cuatro conceptos de seguridad en materia de comunicación telemática: autenticación, integridad, no repudio y confidencialidad.

También hemos comentado que el mecanismo de la firma electrónica, basado en la infraestructura PKI, cumple los tres primeros, es decir, ofrece seguridad en relación con la identidad del emisor del mensaje, también en relación con la integridad de éste (es decir, que el mensaje recibido es el mismo que el que se envió, o que si ha sido modificado, esta modificación va a ser detectada), y también impide que el que envió un determinado mensaje pueda negar haberlo hecho (no repudio).

No obstante, falta el cuarto concepto de seguridad, el de la *confidencialidad*. Quiere decir que los mensajes que viajen a través de la Red no puedan ser conocidos más que por el destinatario natural del mismo. Como antes explicamos, la firma electrónica no produce por sí misma esta confidencialidad (es perfectamente posible enviar un mensaje con su firma electrónica, y que, sin embargo, no sea confidencial). Este último efecto se obtiene utilizando de otra manera la ya familiar infraestructura de clave pública o PKI.

Para conseguir que un documento sea secreto o confidencial, salvo para su receptor natural, hay que codificar (encriptar o cifrar) el mensaje que se envía. Y nuevamente hay que utilizar el sistema de claves asimétricas, como en el caso de la firma electrónica, pero con una diferencia: mientras que en ésta el par de claves que entran en acción son las del emisor del mensaje, *para cifrar o codificar un mensaje se usa el par de claves del receptor del mismo*.

En efecto, si sabemos ya que una de las principales características de un sistema PKI es que, si se codifica el mensaje con una de las claves, solamente se puede descodificar con la otra, para obtener la confidencialidad haremos lo siguiente: codificaremos el envío global *con la clave pública del receptor del mismo*. De este modo, el mensaje solamente podrá ser descodificado y entendido con la clave complementaria, *pero esa clave es la privada del receptor, luego solamente el receptor, y nadie más, podrá llegar a conocer el contenido del mensaje. Esto significa que es confidencial y secreto salvo para él*.

El sencillo proceso se explica a través del siguientes esquema: “A” pretende enviar un mensaje confidencial a “B”, y para ello codifica el mensaje con la clave pública de B (del destinatario). Posteriormente, B

descodifica el mensaje con su propia clave privada. Es decir, en el proceso se usan las claves pública y privada del destinatario. A veces se denomina este sistema como de “sobre seguro”.

De todo lo explicado en este punto y el anterior resulta que es posible enviar un mensaje firmado electrónicamente, pero no confidencial, o viceversa, que sea confidencial, pero no esté firmado electrónicamente y, por supuesto, **es posible enviar un mensaje que esté firmado electrónicamente, y que, además, sea confidencial.**

Para obtener este doble efecto (firma y confidencialidad) habrá que proceder al *firmado del mensaje*, conforme a los pasos 1 y 2 del punto 2.3 anterior, y, antes de proceder al envío del mensaje más su firma electrónica, señalado en el paso 3, *codificará ambos (mensaje y firma electrónica) con la clave pública del receptor*. Cuando el mensaje le llegue a éste, lo primero que hace es descodificar ese conjunto aplicando su propia clave privada (como acabamos de ver), y después continúa con los pasos 4 y 5 del citado esquema, para proceder a la verificación de la firma.

2.5. El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

No podemos finalizar este capítulo sin hacer una breve referencia a la norma que en la actualidad regula la firma electrónica en España. El Real Decreto-Ley quiere observar una “neutralidad tecnológica”, es decir, su intención es regular la materia sin anclarse a una tecnología determinada de generación de firma. No obstante, lo cierto es que en la actualidad la única tecnología capaz de generar con garantías la firma electrónica es precisamente la infraestructura de clave pública o PKI, por lo que no puede evitar referirse, aunque sea tangencialmente, a ella.

En su artículo 2 contiene una serie de definiciones que es interesante conocer, porque son conceptos que después se van a manejar cuando se estudie la Firma Electrónica Avanzada Notarial:

Así, en primer lugar, define precisamente qué se entiende por **firma electrónica**, la cual es sencillamente aquel conjunto de datos electrónicos que están asociados a un documento y tiene por misión identificar al autor del mismo. Es una definición muy general, puesto que abarca cualquier tipo de datos que tengan esa finalidad, aunque en realidad no ofrezcan ninguna seguridad práctica de que la identificación es fiable. En este sentido tan amplio, sería firma electrónica, por ejemplo, el hecho de teclear nuestro nombre al final de un carta enviada por correo electrónico. Como vemos, eso no proporciona ninguna certeza del autor del documento, pero sí es cierto que son datos identificatorios en ese sentido genérico.

La norma define después una categoría especial de firma, la **firma electrónica avanzada**. Es aquella en la que se establecen unos requisitos rigurosos en cuanto a su creación y su seguridad, en concreto (art. 2.b), ha de permitir la identificación del signatario y haber sido creada por medios que éste mantenga bajo su exclusivo control. Este subtipo de la categoría general, sí tiene, a juicio del legislador, garantías suficientes para producir unos efectos jurídicos concretos, como veremos más adelante.

Al enviar un mensaje firmado electrónicamente, de manera automática se envía con él un **certificado**, que es un documento electrónico en el que constan una serie de datos referentes al titular de la firma. Cuando se generan inicialmente las claves privada y pública por parte del PSC, simultáneamente se confecciona este certificado con todos los datos precisos, alguno de los cuales los tiene que proporcionar el propio titular de la firma (10). Al enviar un mensaje firmado, se remite también el certificado electrónico. El receptor del mensaje lo recibirá junto con el documento enviado y podrá comprobar los datos del emisor, como ya hemos explicado con anterioridad.

Al igual que en el caso de la firma, en la que se diferencian dos niveles, existen los certificados en general, y aquellos que la normativa entiende que reúnen unos requisitos superiores, y los denomina **certificados reconocidos**. Para serlo, han de reunir dos requisitos:

— *Incorporar todos los datos que establece el artículo 8*, entre los cuales están, por ejemplo, la identificación de la persona, el plazo de vigencia del certificado (es decir, de la firma), los límites de uso del certificado, la identificación del prestador de servicios de certificación, etc. Todo esto lo podrá consultar el receptor del mensaje, ya que en definitiva no es más que el documento que contiene toda la información sobre el titular de la firma electrónica.

— *Haber sido expedido por un prestador de servicios de certificación que cumpla unos mínimos* (los del art. 12). El certificado electrónico no lo puede emitir cualquiera. Ha de ser una entidad reconocida para hacerlo, un tercero que naturalmente no puede ser ni el emisor ni el receptor del documento que se firma. Para que una persona pueda obtener su certificado electrónico acudirá a ese prestador de servicios de certificación o entidad de certificación, la cual primero le identificará adecuadamente; después, por medio de la tecnología, le proporcionará las claves que le permita firmar electrónicamente, y finalmente, como hemos visto, le expedirá un certificado electrónico con todos sus datos de interés, certificado

(10) Más adelante veremos cómo la generación de las claves que posibilitan la firma electrónica y sus correspondientes certificados electrónicos, y su inserción en la tarjeta que se entrega a cada notario, se produce en el Colegio Notarial respectivo, en presencia del propio notario y de la autoridad corporativa colegial.

que acompañará al documento cada vez que se firme electrónicamente, y que permitirá al destinatario del mismo comprobar que la firma electrónica y el certificado, por ejemplo, no han sido revocados o anulados, así como quién es el titular de la firma, quién es la entidad que ha expedido el certificado, etc., a través del cotejo de los datos que aparecen en el certificado recibido, con los que tiene la obligación de publicar la entidad de certificación.

Nos queda finalmente comentar qué se entiende por **Prestador de Servicios de Certificación**. Como ya hemos apuntado, es aquella persona o entidad, que a petición de un interesado, le genera sus claves privada y pública y le expide su correspondiente certificado, todo lo cual le permitirá firmar los documentos y mensajes. Al igual que ocurre con las firmas y los certificados, hay una categoría general de prestadores y una subcategoría, que es la de aquellos prestadores que pueden emitir certificados reconocidos. Para ello, aparte de cumplir los requisitos genéricos de los artículos 7 y 11, han de satisfacer también las exigencias del artículo 12. En el caso del notariado, el prestador de servicios de certificación es el Consejo General del Notariado, como se explica en un apartado posterior, al que nos remitimos.

¿Qué valor jurídico tiene la firma electrónica? El Real Decreto-Ley establece que la firma electrónica en su “grado máximo”, es decir, siempre y cuando tenga el carácter de avanzada, y esté basada en un certificado reconocido, tendrá *el mismo valor que la firma manuscrita en papel* (art. 3.1).

Eso no significa que la firma electrónica no avanzada carezca de valor jurídico. El párrafo 2 del mismo artículo 3 indica que no se le negarán efectos jurídicos, ni, por el hecho de ser electrónica, será excluida como prueba en juicio.

A continuación examinaremos qué características concretas tiene la Firma Electrónica Avanzada Notarial.

3. La Firma Electrónica Avanzada Notarial

3.1. Características de la Firma Electrónica Avanzada Notarial (FEAN).

El notariado cuenta desde hace algunos meses con una legislación específica en materia de firma electrónica, concretamente la contenida en la *sección 8.ª de la Ley 24/2001, de 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, artículos 106 a 115, además de la disposición adicional vigésima sexta y las disposiciones transitorias vigésima y vigésima primera.*

En el articulado, especialmente el artículo 109, se establecen las características que ha de tener la firma electrónica notarial (así como la de los registradores):

1. Ha de tener el carácter de *firma avanzada*, basada en un *certificado reconocido*. Es decir, de acuerdo con la escala que se ha tratado en el capítulo anterior, ha de ser una firma con las máximas garantías.

2. El certificado habrá de estar expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado, en este caso el *Consejo General del Notariado*.

3. Como especialidad, en el certificado ha de constar específicamente la *condición de notario y la plaza de destino*, y que solamente se puede utilizar *para la suscripción de documentos públicos u oficiales propio del oficio*. Por tanto, esta firma electrónica avanzada notarial (en adelante, FEAN), únicamente se podrá utilizar, parafraseando a GONZÁLEZ PALOMINO, “como notario y para actuar como notario eficiente”, de modo que no podrá usarse para fines particulares o alejados del estricto ejercicio de la profesión.

4. Cuando el notario *cambie de plaza de destino* habrá de cambiarse *igualmente su certificado electrónico* (en definitiva, su tarjeta criptográfica), puesto que uno de los datos del certificado es precisamente la plaza profesional.

5. El notario asume unas estrictas *obligaciones de custodia de su certificado electrónico*, es decir, de la tarjeta con chip que se le va a entregar, y ha de denunciar inmediatamente al Colegio su pérdida, extravío o deterioro.

6. Caso de jubilación, decae la posibilidad de tener y usar la FEAN, porque uno de los requisitos a que está condicionada su titularidad es el de ser notario en servicio activo (11).

3.2. Ámbito de aplicación según la Ley 24/2001.

Como se ha dicho, *su uso es estrictamente profesional, es decir, está limitado a la actividad notarial, y en los términos y con los límites establecidos por la Ley*. El artículo 110 de la Ley 24/2001 desarrolla cuál ha de ser su utilización, complementándolo el 111, sobre formalización de negocios a distancia, y 112, sobre presentación telemática de títulos en los registros.

Por ejemplo, prevé su utilización para enviar documentos públicos por parte de un notario a otro notario, un registrador o las Administraciones Públicas. O remitir copias simples electrónicas a quienes tengan

(11) Cfr. artículo 108 de la Ley 24/2001.

interés legítimo. Presentar en el registro las escrituras para inscribir, e incluso formalizar negocios a distancia entre dos notarios (12).

En todo caso, en estos momentos, parte de la Ley está pendiente del *desarrollo normativo* que el Ministerio de Justicia ha de realizar en esta materia, y que está previsto en la propia Ley 24/2001.

A ello hay que añadir la reforma que el artículo 115 hace de la añeja Ley del Notariado, a la que añade un artículo 17 bis (13), en el cual se regula la posibilidad de expedir copias autorizadas de escrituras matrices en soporte electrónico, e incluso la de que en el futuro se autoricen escrituras directamente en este soporte electrónico.

En cualquier caso, es importante tener presente que, en el actual estado de la tecnología, *la firma electrónica se va a utilizar para el intercambio electrónico de documentos, incluidas las copias autorizadas o simples de las escrituras, pero que por el momento no va a existir una prestación de consentimiento manifestado directamente por vía electrónica*. El compareciente en un escritura o acta notarial prestará su consentimiento a través de su firma manuscrita en el papel notarial, como hasta ahora, pero las copias de ese documento sí podrán tener formato electrónico.

Y ello es así porque, aunque en el futuro sea posible la autorización de matrices y su conservación por vía electrónica, en la actualidad la regulación del instrumento público electrónico se refiere exclusivamente a las copias del mismo, como específicamente aclara la nueva disposición transitoria undécima de la Ley del Notariado, añadida también por el artículo 115 de la Ley 24/2001: *"Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz y original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público contenida en este artículo [se refiere al art. 117 bis de la Ley del Notariado] se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas"*.

Se recomienda especialmente la lectura de los artículos 108 a 115 de la Ley, puesto que, conociendo los conceptos básicos, que son los que se han explicado con anterioridad, son ciertamente comprensibles y muy iluminadores.

(12) El Proyecto de Sociedad Limitada Nueva Empresa, que permitirá constituir las en cuarenta y ocho horas, se basa precisamente, entre otras, en la Firma Electrónica Avanzada Notarial como medio seguro de envío y recepción de información.

(13) El primer párrafo, muy significativo, dice: *"Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, la de los otorgantes o intervinientes, obtenida ya de aquel de conformidad con la Ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte del notario y demás normas complementarias"*.

3.3. Vigencia temporal de la FEAN.

La tan mencionada Ley 24/2001 estableció en su disposición adicional vigésima sexta que el Consejo General del Notariado disponía de un plazo de *seis meses* desde la entrada en vigor de la norma para constituirse como prestador de servicios de certificación.

El Consejo, apoyado por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre a través de un Convenio con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, que se comenta en el capítulo siguiente, se constituyó en Entidad de Certificación en el año 2002, cumpliendo el plazo previsto.

Los certificados de firma electrónica avanzada notarial (certificados de FEAN) tienen un plazo máximo de vigencia de **dos años**, a contar desde el momento de su emisión, de acuerdo con lo que se establece en la Declaración de Prácticas de Certificación o CPS del Consejo. Si no se ha renovado con anterioridad por otras causas (por ejemplo, traslado de plaza notarial), a los dos años habrá que obtener una nueva. Las características de la CPS se comentan más adelante en el capítulo 6, y el texto completo se encuentra en la página web pública del Consejo (14).

Fuera de ese período de validez, los certificados se consideran inoperantes para cualquier tipo de operación, dado que cesan los servicios que el Consejo General del Notariado realiza como Prestador de Servicios de Certificación. Es decir, los certificados de FEAN caducan de manera absoluta pasado su plazo de vigencia.

Es importante considerar que el hecho de que la FEAN tenga un período prefijado de vigencia no significa que los documentos que se hayan firmado durante el mismo pierdan eficacia o validez transcurrido el plazo. Los documentos firmados electrónicamente tienen una duración indefinida; lo que está sujeto al período de vigencia son las claves privada y pública y el certificado, de manera que, transcurrido ese período, no se deberán firmar nuevos documentos o mensajes basándose en ellos, por estar caducados. En definitiva, la PKI tiene una duración fijada de antemano, no la validez de los documentos firmados con ella.

Este plazo es *improrrogable* y obedece a razones de seguridad: el mecanismo de la firma electrónica está basado en una PKI o infraestructura de clave pública, ciertamente muy difícil de quebrar pero tecnológicamente no imposible, sobre todo con mucho tiempo por delante. Para complicar aún más un eventual ataque a las claves, éstas se renuevan cada dos años.

En este tema, como en todo lo que se refiere a los aspectos técnicos

(14) www.notariado.org, en el apartado dedicado a la firma electrónica avanzada notarial.

de la FEAN, el documento básico es la *Declaración de Prácticas de Certificación o DPC*, también conocida por sus siglas en inglés: *CPS*, que los desarrolla, y que es conveniente tener siempre presente.

4. Entidades de certificación y certificados

4.1. Entidades de certificación.

Como ya se ha expuesto anteriormente, la FEAN se basa tecnológicamente en un sistema de claves asimétricas y certificados electrónicos, en el cual uno de los pilares son las llamadas *Entidades de certificación*, o, como les denomina el Real Decreto-Ley 14/1999, *Prestadores de Servicios de Certificación*. **Los artículos 12 a 15 de esa norma** son los que establecen su regulación básica.

Estas entidades son las que emiten los certificados electrónicos que acompañan a la firma electrónica, en los cuales se han de incluir todos los datos precisos de su titular y otros más de interés para la firma, como el plazo de vigencia, los límites en su utilización, si existen, o la identificación de quién ha sido el prestador que ha emitido ese certificado.

Han de mantener un *registro de los certificados emitidos y de los revocados*, para que pueda conocerse en cualquier momento cuáles de ellos están vigentes, y cuáles han sido suspendidos en sus efectos, o revocados.

La mecánica básica para obtener la firma electrónica, en cuanto a la actuación del prestador de servicios de certificación, es la siguiente:

1) El interesado en obtener un certificado de clave pública para poder firmar electrónicamente *ha de acudir precisamente a una Entidad de Certificación o Prestador de Servicios de Certificación, la cual, en primer lugar, habrá de identificar adecuadamente al solicitante de la misma*, tarea importantísima, puesto que un error en la identificación del solicitante podría determinar que se entregara un certificado de firma electrónica, con la identidad de una persona, a otra diferente y que por lo tanto esta persona pudiera firmar electrónicamente documentos como si fuera aquélla, con las perturbadoras consecuencias que son de imaginar. Esta tarea de comprobación de la identidad del solicitante la puede realizar la Entidad de Certificación por sí misma o por medio de otras personas o entidades, que se suelen denominar *Entidades de Registro*.

2) Tras la identificación, *la Entidad de Certificación genera las claves criptográficas* que posibilitarán la firma de los documentos y mensajes, y, con los datos que correspondan, *genera también el certificado electrónico* (que como sabemos contiene la clave pública y otros datos), entregándole la clave privada y el certificado al titular en el soporte que proceda

(en nuestro caso, el notario recibirá una tarjeta criptográfica, la tarjeta FEAN).

3) La Entidad de Certificación *hará constar en su registro de certificados la existencia del que se ha generado*, con todos sus datos, para que pueda ser consultado por el receptor de cualquier mensaje enviado con la firma electrónica que se acaba de crear, a fin de comprobar, por ejemplo, que sigue vigente, y que no ha sido por cualquier causa suspendido o revocado.

4.2. Funciones del Consejo General del Notariado como entidad de certificación.

La Ley 24/2001, en su **disposición adicional vigésima sexta**, ordena que el Consejo General del Notariado se constituya en Prestador de Servicios de Certificación, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma.

Por su parte, el **artículo 109.1.a)** indica que la firma electrónica avanzada notarial deberá estar amparada por un certificado reconocido, “emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado”. El mismo artículo, en su **apartado 2**, establece que los notarios, en el momento de tomar posesión de una plaza, deberán obtener una firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido, añadiendo el **apartado 3** que todo ello deberá hacerse en presencia de “la autoridad corporativa competente”.

Por tanto, en el caso concreto de la FEAN, el *Consejo General del Notariado* será la entidad que expida los certificados electrónicos y las claves. La clave privada (aquella que es secreta y no de general conocimiento) se incorporará al chip de la tarjeta. La Entidad de Registro –es decir, la autoridad corporativa competente a que se refiere la Ley– será *los componentes de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales*, que son los que tienen la misión de identificar adecuadamente al solicitante, en este caso un notario en activo y la de pedir y obtener por vía telemática de la Entidad de Certificación –el Consejo– el certificado y las claves, para entregarlas al notario, previa firma del acta correspondiente.

El Consejo tiene unas obligaciones y responsabilidades específicas como Entidad de Certificación de los notarios, las cuales, como todos los aspectos relativos a la FEAN, se recogen de nuevo en la *Declaración de Prácticas de Certificación*.

Entre ellas está la de mantener un *Directorio Informático*, en el que se pueda consultar el *Registro de Certificados emitidos*, y la *Lista de Certificados Revocados o CRL*, en una dirección web que se facilitará oportu-

tunamente y que, como todo lo relativo a la FEAN, habrá de constar expresamente en la frecuentemente citada Declaración de Prácticas de Certificación.

4.3. El Convenio con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda.

La *disposición adicional vigésima sexta* de la Ley 24/2001 permite al Consejo General del Notariado celebrar los oportunos convenios a fin de poder constituirse en Prestador de Servicios de Certificación.

La Junta de Decanos consideró que la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre era la institución más adecuada para apoyarse en esta materia, puesto que es la encargada legalmente de proporcionar seguridad jurídica en las comunicaciones y documentos que se envíen por medios telemáticos y electrónicos entre las Administraciones. Los certificados de la FNMT integran el estándar legal y oficial de firma electrónica en las relaciones con el Estado y las Administraciones Autonómicas y Locales. Aparte de que es la institución que mejor casa con el carácter de funcionario público que tiene el notario.

Por estas razones, el Consejo y la FNMT firmaron un *Convenio de Colaboración el día 17 de mayo de 2002*, por el cual la Fábrica se obliga a proporcionar la tecnología adecuada para que el Consejo pueda constituirse en Prestador de Servicios de Certificación, a fin de que a su vez pueda dispensar a los notarios su firma electrónica avanzada. Asimismo facilitará a los Colegios los dispositivos adecuados para poder generar la firma a los notarios y les prestará los servicios de asistencia técnica que sean necesarios.

4.4. Proyecto CERES y estándares oficiales europeos de seguridad electrónica.

El Convenio de colaboración entre el Consejo General del Notariado y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre ha permitido la incorporación del Notariado español al denominado proyecto CERES (**CERT**ificación **ES**pañola), posiblemente la iniciativa más ambiciosa de la Administración española en este campo.

CERES se apoya especialmente en el desarrollo de un sistema completamente transparente de seguridad en las telecomunicaciones, sobre la base de certificados de firma electrónica, claves criptográficas asimétricas y tarjetas *inteligentes*, todo ello impulsado por la potente plataforma técnica de la FNMT. No en vano, CERES fue el único proyecto español nominado en 1998 al prestigioso premio que concede la *Smithsonian Ins-*

tution, de Estados Unidos, por su labor en el uso de las Nuevas Tecnologías al Servicio de la sociedad; nuevamente nominado en 1999, en los premios SESAME –París– como el proyecto más innovador dentro del área de Identificación y seguridad en materia de tarjetas inteligentes.

De este modo, el Consejo General del Notariado, en calidad de entidad prestadora de servicios de certificación (Autoridad de Certificación), dispone ya de la mejor tecnología europea en materia de firma electrónica avanzada. En efecto, una de las prioridades de CERES es el cumplimiento de los estándares oficiales europeos de seguridad electrónica, con arreglo a las Directivas de la Unión. Hoy por hoy, no sólo es importante la seguridad, sino la estandarización de la seguridad, pues de nada valdría un sistema teóricamente muy seguro si resulta que, para verificar la firma electrónica, precisa un software especial o unas líneas de transmisión de difícil acceso, de forma que la firma no pueda ser verificada desde un navegador convencional.

Del mismo modo, también el proyecto de Firma Notarial Electrónica Avanzada se ha planteado desde su inicio, no de forma aislada, sino como un *proyecto conjunto de cooperación tecnológica entre diversas entidades y plataformas*, de reconocida experiencia, con la finalidad de cumplir los más elevados estándares oficiales de seguridad electrónica, tanto nacionales como europeos.

5. La Firma Electrónica Avanzada Notarial y la plataforma e-not@rio

5.1. Características y funcionalidades actuales de e-not@rio.

La plataforma e-not@rio fue presentada públicamente en octubre de 2000 en el Colegio de Notarios de Cataluña, en las Jornadas que se desarrollaron en el marco del llamado Simposio Notariado 2000.

Su finalidad era y es muy amplia: conseguir que, desde el punto de vista de las comunicaciones telemáticas por parte de los notarios, exista una única voz corporativa, lo que facilita indudablemente la negociación con las Administraciones, las empresas y la sociedad en general.

La primera aplicación de la plataforma que se puso en marcha ya en el mismo Simposio, y que obtuvo gran publicidad, es la de la posibilidad de gestionar préstamos personales a través de Internet, pero esto no debe llevar a confusión: e-not@rio no es un mero sistema *para firmar préstamos personales por Internet*, sino que ésta es solamente una de las aplicaciones que se han instalado en él, y de las que en el futuro se seguirán colocando.

En definitiva, e-not@rio es como una gran plataforma telemática a la

que se irán incorporando aplicaciones y posibilidades. Para facilitar su comprensión y manejo, la pantalla que se le ofrece al usuario, una vez que entra en el sistema, siempre es la misma, salvo, naturalmente, los iconos que correspondan a las nuevas aplicaciones que se vayan introduciendo.

Se puede caracterizar con las siguientes notas fundamentales:

- * Es de *acceso restringido a los notarios y oficinas notariales*, a través de unos controles de entrada.

- * Esos controles son del *nivel más exigente*, puesto que para entrar en la plataforma es preciso introducir una tarjeta “inteligente” en un lector y teclear una contraseña.

- * Las tarjetas, hasta el momento presente, *son de dos clases y están basadas en tecnología de FESTE*. Está la de color dorado, correspondiente al notario, y que permite la entrada y utilización de todas las funciones, y la de color azul, que es de uso del personal de la oficina, y que solamente permite acceder a algunas posibilidades.

- * Una vez dentro se puede entrar a una serie de funcionalidades diversas, que se irán ampliando con el tiempo.

a) Correo electrónico tipo webmail.

Todos los notarios de España tienen activado un buzón de correo en e-not@rio, bajo el dominio @correonotarial.org. Esta cuenta de correo es independiente de las que cada uno pueda tener y manejar en otros dominios diferentes (15).

La Ley de 24/2001, de acompañamiento a los Presupuestos del año 2002, estableció la obligación de que todos los notarios dispusieran de una cuenta de correo electrónico (16). En cumplimiento de esa obligación, el Consejo General del Notariado acordó que sería el webmail de e-not@rio el correo electrónico oficial.

Las cuentas de correo electrónico corporativo figuran en la guía notarial que aparece en la página web pública del Consejo (www.notariado.org).

b) Formalización de préstamos personales.

Esta aplicación permite el otorgamiento de préstamos personales con la sola presencia del receptor del préstamo en el despacho. Para ello, el notario accede a la plataforma, obtiene el expediente personal del com-

(15) Incluso aunque esas otras cuentas de correo sean proporcionadas por el Consejo General del Notariado, no son cuentas oficiales de correo, sino particulares.

(16) Es la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, que en su párrafo 2 establece que su asignación corresponde al Consejo General del Notariado.

pareciente, efectúa las comprobaciones que le solicite en cada caso la entidad financiera y traslada a soporte papel el texto del préstamo en cuestión.

El documento final resulta ser una *escritura pública* a la que se incorpora ese documento obtenido a través del sistema. Posteriormente, el notario comunica a la entidad financiera, por la plataforma e-not@rio, que el préstamo se ha firmado, y ésta de manera automática lo abona en la cuenta del cliente. En realidad, lo que se hace es aplicar la función notarial a las nuevas tecnologías, recogiendo, bajo la fe notarial, la oferta electrónica que la entidad financiera emite, y la aceptación del prestatario, así como la comunicación de la aceptación a la entidad financiera (17).

Existen formularios de escritura para esta operación de préstamo, que pueden encontrar dentro de e-not@rio, y que pueden ser ligeramente diferentes según las entidades, por lo que es conveniente tener en cuenta esta circunstancia. El resultado final es una escritura incorporada al protocolo como cualquier otra.

c) *Liquidación de plusvalías.*

Se trata de una aplicación que permite colaborar en la gestión y el abono del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. En estos momentos se encuentra en funcionamiento en más de doscientos municipios en toda España.

d) *Consulta de deudas tributarias.*

Este aplicativo permite saber si una finca, o un contribuyente, tiene deudas pendientes con la Administración Pública, a base de introducir, respectivamente, el NIF o la referencia catastral correspondiente. Tiene especial importancia tras la reciente modificación del artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales, por Ley 51/2002, de 27 de diciembre, en relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (18).

(17) La posibilidad de formalizar préstamos utilizando la plataforma e-not@rio puede en un futuro extenderse a los préstamos hipotecarios, en lo que ya se está trabajando actualmente.

(18) El párrafo primero dice: “1. En los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria en los términos previstos en el artículo 41 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria. A estos efectos, los notarios solicitarán información y advertirán a los comparecientes sobre las deudas pendientes por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles asociadas al inmueble que se transmite”.

e) Liquidación de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados.

Esta aplicación permite la liquidación on-line de estos impuestos y supone un paso decisivo hacia la gestión integral del documento notarial, efectuada desde la propia oficina.

En cualquier caso, la plataforma e-not@rio, que desde luego no ha llegado aún a su máximo aprovechamiento, está siendo un factor importante y beneficioso tanto en cuanto a la imagen del notariado como en lo que se refiere a las relaciones con Administraciones Públicas. Hay negociaciones y convenios que se han llevado a cabo con muchas instancias que, sencillamente, no hubieran podido tener lugar sin la plataforma.

A todas estas funcionalidades se añade ahora la de la FEAN.

5.2. Uso de la FEAN a través de la plataforma e-not@rio.

La Firma Electrónica Avanzada Notarial, FEAN, va a utilizarse esencialmente por medio de e-not@rio. Eso quiere decir que, para que un notario pueda enviar y recibir mensajes y documentos firmados electrónicamente, deberá necesariamente entrar en la plataforma.

Existen una serie de aspectos que es preciso comentar en relación con esta nueva utilidad de e-not@rio:

1) Las tarjetas. La FEAN materialmente se concreta en una tarjeta con un chip, el cual incorpora el certificado electrónico, y las claves para firmar. Su aspecto externo es similar al de las tarjetas de acceso a e-not@rio, que como hemos dicho son dos, la de color dorado para el notario y la azul para la oficina.

Solamente con esta tarjeta, que será la que el notario reciba del Colegio Notarial cuando se genere la firma electrónica, será posible cumplir los requerimientos de la Ley 24/2001. Ello quiere decir que el notario tendrá tres tarjetas, las dos anteriores de e-not@rio y esta nueva.

Cada una de ellas tendrá usos y usuarios diferentes:

— *La tarjeta FEAN* será para el notario, es absolutamente personal e intransferible, puesto que con ella se van a poder expedir, incluso, copias autorizadas electrónicas de documentos notariales (cfr. el nuevo art. 17 bis de la Ley del Notariado). En la práctica, por tanto, el hecho de aplicar la firma electrónica notarial contenida en esta tarjeta va a ser equivalente jurídicamente a estampar el signo y firma notarial, de ahí la extraordinaria importancia que tiene su adecuada conserva-

ción y las responsabilidades que asume el notario en su diligente custodia (19).

Con esta tarjeta no solamente va a poder firmar electrónicamente, sino que con ella podrá también entrar en la plataforma e-not@rio y hacer uso de todas sus aplicaciones (20). En definitiva, la tarjeta FEAN es la única que va a necesitar el notario. Las otras dos son tarjetas para la oficina notarial.

— *La tarjeta dorada*, hasta ahora asignada al notario, será la del oficial mayor o de más confianza de la notaría, para realizar en e-not@rio las funciones delicadas, pero que no requieran la intervención notarial, entre ellas la posibilidad de acceder al contenido del webmail.

— *La tarjeta azul* será la del personal de oficina, para realizar los trámites de menor responsabilidad (solicitud de documentación para los presuntos personales, por ejemplo).

2) El lector de tarjetas. El lector de tarjetas instalado para acceder a la plataforma sirve igualmente para el uso de la FEAN. Así se previó, para aprovechar los recursos ya existentes.

3) El webmail de e-not@rio. El correo electrónico corporativo que se encuentra en la plataforma (@correonotarial.org) será el medio más habitual de uso de la FEAN, enviando o recibiendo mensajes y archivos firmados electrónicamente.

No obstante, hay que hacer constar que otras aplicaciones que también radican o van a radicar en el futuro en la plataforma van a aprovecharse del uso de la FEAN, sin que necesariamente se utilice el correo electrónico. Por ejemplo, en la aplicación de liquidación electrónica de los impuestos de TPO y AJD que antes se ha mencionado está previsto que la autoliquidación del impuesto acompañe a la copia electrónica de la escritura, firmada asimismo electrónicamente.

(19) Las obligaciones y responsabilidades se exponen en el capítulo 9.

(20) Como dijimos en el capítulo 2, la infraestructura de clave pública o PKI puede utilizarse para diversas funcionalidades, entre las que está la de control de acceso.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIO GLOBAL DE LA FEAN

6. Obtención de la FEAN. Estructura legal

6.1. Esquema legislativo.

Existe un concreto mecanismo legal para que cada notario obtenga su tarjeta *inteligente* criptográfica (*en lo sucesivo también* tarjeta FEAN o tarjeta digital), donde queda grabado el correspondiente dispositivo seguro de creación de firma electrónica (claves y certificado).

Este mecanismo legal viene establecido, directa o indirectamente, entre otras, en las siguientes normas:

— Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas administrativas, fiscales y del orden social (especialmente arts. 108, 109 y concordantes).

— Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

— Orden del Ministerio de Fomento, de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica.

— Y, de forma muy especial, en la denominada **Declaración de Prácticas de Certificación**, del Consejo General del Notariado, en calidad de autoridad de certificación (DPC, o CPS –*Certificate Practise Statement*–). Éste es el texto clave, a efectos prácticos.

6.2. Declaración de Prácticas de Certificación del Consejo General del Notariado (DPC o CPS –*Certificate Practise Statement*–).

La Declaración de Prácticas de Certificación, del Consejo General del Notariado (*en lo sucesivo*, DPC), contiene las normas y condiciones generales de los servicios de certificación de la Firma Electrónica Avanzada Notarial (*en lo sucesivo*, FEAN), que presta el Consejo General del Notariado, en calidad de Autoridad de Certificación. Estas normas están especialmente dirigidas a los notarios y a los Colegios Notariales.

La DPC constituye lo que en la práctica anglosajona se denomina “política de certificación” (*Certificate Policy*) de la Autoridad de Certificación, esto es, los verdaderos “estatutos de la FEAN”.

La DPC está sujeta a modificaciones y actualizaciones constantes. La última versión de la DPC, permanentemente actualizada, puede consultarse en todo momento en la correspondiente dirección de Internet (“<http://www.notariado.org/firmadigital>”).

De su contenido hay que destacar, entre otros aspectos, las condiciones y efectos legales relativos al uso de la FEAN; definición de las clases de certificados digitales que emite el CGN, así como el procedimiento para su obtención y entrega, suspensión, revocación y renovación; el contenido y funciones de los certificados, su plazo de caducidad; la redacción y custodia de las actas de entrega de FEAN y todo el régimen de obligaciones y responsabilidades del CGN, de los Colegios y de los Notarios.

En resumen, a nuestros efectos, la regulación de la FEAN viene contenida en la última versión de la DPC, que es el documento de consulta por excelencia en esta materia, y de *conocimiento obligado* tanto por los notarios como por los oficiales mayores y encargados de informática de los Colegios Notariales.

6.3. Clases de certificados (certificados de administrador y certificados de firma).

Desde un punto de vista legal, sólo hay propiamente dos clases de certificados:

1. *Certificados de administrador*, denominados “certificados digitales de administrador de firma, del Consejo General del Notariado”.
2. *Certificados de firma* (FEAN), denominados “certificados digitales para la generación de Firma Electrónica Avanzada Notarial, del Consejo General del Notariado”.

Los certificados de administrador no sirven para firmar documentos públicos electrónicos. Son puramente instrumentales, se entregan al presidente del Consejo General del Notariado y a los miembros de las Juntas Directivas de los Colegios, que a estos efectos tienen la consideración de administradores de firma electrónica, y su única finalidad consiste en generar los certificados de firma de los notarios. Los Colegios, por su parte, ostentan la condición de Autoridad de Registro, por delegación del CGN, que es la máxima Autoridad de Certificación.

Por tanto, sólo los certificados de firma de los notarios, como su nombre indica, sirven para firmar documentos electrónicos, o sea, para generar una firma electrónica avanzada notarial (FEAN).

6.4. Estructura piramidal de los certificados.

Desde un punto de vista legal, todos los certificados FEAN se emiten por una única institución, que es el Consejo General del Notariado, en calidad de autoridad de certificación. Por tanto, los certificados tienen una estructura horizontal: todos los certificados de administrador tienen res-

pectivamente el mismo valor legal; e igualmente lo tienen entre sí, todos los certificados FEAN. Sin embargo, el proceso presenta en la práctica una serie de pasos intermedios, con estructura funcional de pirámide, si bien es técnicamente susceptible de variación en cualquier momento.

De este modo, el propio CGN, como autoridad de certificación, genera los certificados para el presidente del CGN; éste para los decanos; los decanos, para los demás miembros de las Juntas directivas, y estos dos últimos generan los certificados de firma para los notarios de sus respectivos Colegios, todo ello conforme al procedimiento previsto en la DPC, fundamentalmente por razones de seguridad.

También es interesante destacar, en relación con la estructura funcional de la FEAN, que en todos los procesos de emisión y revocación de certificados, así como, en general, en todo lo relativo a firma electrónica, hay que tener en cuenta la intervención concatenada de diversas entidades y organismos, que básicamente son:

- *Instituto Notarial para las Tecnologías de la Información (INTI)*: Es una sociedad mercantil unipersonal, de reciente creación y participada íntegramente por el CGN, que tiene encomendada la superior dirección y coordinación del proyecto FEAN a todos los niveles.

- *Consejo General del Notariado (CGN)*: Autoridad de Certificación, o entidad prestadora de servicios de certificación.

- *Colegios Notariales*: Autoridades de Registro, que operan como entidades delegadas de la Autoridad de Certificación (CGN) en aspectos fundamentales del procedimiento de emisión, revocación y control de los certificados.

- *Departamento de Informática del Consejo General del Notariado*: Es el Centro de Atención al Usuario de FEAN (CAU-FEAN): Opera bajo la coordinación del Instituto Notarial para las Tecnologías de la Información, como organismo de consulta y enlace entre los Colegios y el CGN, aparte de sus funciones específicas de atención e información a los notarios.

- *Real Casa de la Moneda – Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (RCM-FNMT)*: Entidad que administra en la actualidad el sistema informático que genera el certificado raíz, y los certificados del presidente del CGN. Es responsable de la tecnología de firma empleada y gestora del parte del proceso técnico.

6.5. Certificado raíz del CGN.

El Certificado raíz donde tienen su origen todos los demás corresponde al CGN, en calidad de autoridad de certificación, y se publica en Internet ("<http://www.notariado.org/firmadigital>") para que cualquier persona pueda conocerlo y descargarlo en su ordenador.

Es importante que todo usuario de FEAN se descargue en su ordenador el Certificado raíz, porque es la única manera de automatizar parte de las operaciones de verificación de firma, consistentes en la comparación que realiza nuestro ordenador cada vez que recibe un fichero o mensaje firmado, entre el certificado del remitente o firmante y el Certificado raíz.

A partir de este Certificado raíz se generan todos los demás certificados notariales.

6.6. Certificados de firma de los notarios.

Los certificados FEAN de cada notario *son los únicos que permiten firmar documentos públicos electrónicos u otros documentos con los efectos de la Ley 24/2001, los anteriores son certificados instrumentales para la obtención de éstos.*

Se obtienen en la toma de posesión de cada notario, mediante el procedimiento legalmente previsto. Deben renovarse en cada cambio de destino y, en todo caso, cada dos años desde su obtención, que es su plazo improrrogable de caducidad. La renovación no siempre implicará la sustitución material de la tarjeta *inteligente* criptográfica del notario, siempre que el *microchip* de la tarjeta admita la grabación del nuevo certificado y claves.

7. Obtención de la tarjeta “FEAN”. Procedimiento técnico

7.1. Obtención de la tarjeta FEAN para cada notario.

La Ley 24/2001 establece que todo notario en ejercicio, por el mero hecho de serlo, debe disponer obligatoriamente de su correspondiente dispositivo seguro de generación de Firma Electrónica Avanzada Notarial (FEAN), así como de la tarjeta *inteligente* criptográfica que lo incorpora. Ya hemos visto que este dispositivo consiste en la pareja de claves y el certificado, que quedan grabados en el microprocesador de la tarjeta criptográfica. Además, la FEAN debe renovarse cada vez que el notario cambia de notaría y, en todo caso, cada *dos años* desde su obtención, sin posibilidad de prórroga.

La obtención de la tarjeta criptográfica FEAN, debidamente personalizada, está sujeta a un procedimiento técnico específico, elaborado por el recientemente creado Instituto Notarial para las Tecnologías de la Información (INTI).

Por nuestra parte, nos limitaremos a bosquejar un breve esbozo de algunos de los aspectos más importantes de este proceso de obtención de tarjeta FEAN.

7.2. Procedimiento para obtener las tarjetas FEAN.

El procedimiento para emitir las tarjetas individuales de firma de cada notario es diferente. A grandes rasgos, pueden distinguirse varios grupos de trámites:

- Solicitud de tarjetas criptográficas al CAU-FEAN, debidamente personalizadas con el nombre y apellidos del notario.

- Comprobación de la identidad y datos personales del notario solicitante.

- Solicitud de certificado de firma.

- Generación de claves, descarga de las mismas en la tarjeta FEAN (la clave pública también se guarda por la Autoridad de certificación) y obtención del código de solicitud del certificado de firma.

- Acreditación de los datos de cada notario solicitante, vía Internet.

- Impresión de los datos personales del notario solicitante.

- Preparación del acta de entrega de la tarjeta FEAN de cada notario y de su dispositivo de generación de firma electrónica.

- Descarga del certificado de firma, que se graba en el microchip de la tarjeta *inteligente* criptográfica.

- Entrega de la tarjeta FEAN al notario.

- Firma del acta de entrega de la tarjeta FEAN y de su dispositivo seguro de generación de firma electrónica (clave pública, clave privada y certificado, que quedan grabados en el *chip* de la tarjeta), por parte del notario y del miembro de la Junta directiva del Colegio respectivo, que actúe como administrador de firma.

7.3. Archivo de Actas de Entrega de Certificados Digitales Notariales.

En cada Colegio Notarial se creará un archivo, denominado Archivo de Actas de Entrega de Certificados Digitales Notariales, donde se conservarán las actas que acrediten la entrega de los certificados y, en su caso, de las correspondientes tarjetas FEAN.

Hay que tener en cuenta que los certificados caducan a los dos años. Pero la renovación del certificado no implica forzosamente la renovación de la tarjeta, siempre que al microprocesador de ésta le quede suficiente memoria para grabar el nuevo certificado. En caso contrario, se entregará también una nueva tarjeta donde se grabarán las claves y el nuevo certificado.

El Colegio está obligado a conservar la copia del acta acreditativa de la entrega durante el plazo de *cinco años*, a contar desde el momento en que el notario haya cesado en la plaza para la que se expidió el certificado.

En dicho archivo, y a continuación de cada copia de acta de entrega de certificado se archivará, en su caso, el oficio que acredite haber sido revocado cada certificado en cuestión, en la forma que se prevé en el apartado 6.5 de la DPC.

8. Pérdida de vigencia de la FEAN

8.1. Idea general.

La vigencia de la firma electrónica avanzada notarial teóricamente puede suspenderse durante un tiempo, o decaer definitivamente, en virtud de diversas causas, que, como todo lo relativo a la FEAN, y tal y como repetidamente se ha venido señalando, se encuentran recogidas en ese documento-base que es la *Declaración de Prácticas de Certificación o DPC*, del Consejo General del Notariado.

La primera causa de pérdida de validez de la FEAN es, sencillamente, *el transcurso del tiempo máximo previsto de vigencia*, que, como se explica en el punto 5 de este mismo documento, es de DOS AÑOS, sin posibilidad alguna de prórroga. Nos remitimos a ese punto para mayores detalles sobre esta causa.

8.2. Suspensión de sus efectos.

En la DPC se prevé la posibilidad de que el certificado notarial de firma pueda suspenderse temporalmente, durante un plazo máximo de SEIS MESES. Si transcurre en exceso ese tiempo sin que se haya producido el levantamiento de la suspensión, el certificado quedará automáticamente revocado.

Dicha suspensión se produce en el caso de que el titular del certificado de firma (notario) se constituya en presencia de la autoridad corporativa, se identifique y alegue una causa que implique que durante el tiempo para el que solicita la suspensión no se va a hacer uso del certificado, de modo que, para evitar cualquier tipo de uso indebido y por razones de seguridad, se solicita que quede inhabilitado durante ese período temporal.

La Lista de Certificados Revocados o LCR del Consejo General del Notariado (de la que se habla más adelante) publicará adecuadamente el hecho de que el certificado tiene suspendidos sus efectos.

8.3. Revocación de la FEAN (pérdida o robo de la tarjeta y cambio de destino notarial).

Existe una serie de causas que determinan la pérdida de vigencia definitiva de la FEAN, las cuales se encuentran enumeradas en el punto 6.1 de la Declaración de Prácticas de Certificación o DPC. Resumidamente, son las de pérdida o robo, revelación de la contraseña, fallecimiento o incapacidad del titular, también a petición voluntaria del suscriptor, o del Consejo o los Colegios en ciertos casos. Asimismo, el cambio de destino o plaza notarial determina la revocación del certificado de firma electrónica.

Es importante a estos efectos lo que establece con carácter general la Ley 24/2001 en su artículo 109, párrafo 5: *“Los notarios (...) estarán obligados a custodiar personalmente, adoptando las medidas de seguridad adecuadas, los datos de creación de firma electrónica que les corresponda, no podrán ceder su uso a ninguna otra persona en ningún supuesto, y deberán denunciar inmediatamente al Colegio respectivo su pérdida, extravío o deterioro, así como cualquier situación o acaecimiento que pueda poner en peligro el secreto o la unicidad del mecanismo, para que lo comunique al prestador de servicios de certificación que hubiera expedido el certificado, o a quien le hubiera sido transferido, para que proceda inmediatamente a su revocación o suspensión”*.

A) Pérdida o robo de la tarjeta. Es muy importante que en caso de pérdida por cualquier causa de la tarjeta se actúe con rapidez. No hay que olvidar que por medio de ella es como se pueden firmar notarialmente los documentos.

Existe una obligación expresa por parte del suscriptor (titular) de la firma electrónica, consignada en el punto 3.2 de la DPC, y *es notificar inmediatamente que esa pérdida se produzca a la Autoridad de Certificación (CAU-FEAN) y al Colegio Notarial este hecho, a fin de proceder a su inmediata revocación*. Esta obligación, como hemos visto, está específicamente regulada en el párrafo 5 del artículo 109.

B) Cambio de destino notarial. Uno de los datos que obligatoriamente ha de contener el certificado electrónico de cada notario es el de la población y provincia donde ejerce su ministerio (cfr. punto 2.2 de la DPC). La firma electrónica, de acuerdo con el artículo 109.1.b) de la Ley 24/2001 debe cumplir, entre otros, el requisito de *“vincular unos datos de verificación de firma a la identidad de su titular, su condición de notario (...) en servicio activo y la plaza de destino”*. Complementado con el párrafo 6 del mismo artículo 109, que establece la revocación del certificado, además de por las causas que enumera en el anteriormente citado párrafo 5, la de *“cese en la plaza de destino”*.

Ello significa que el cambio de plaza notarial por concurso lleva consigo la revocación del certificado y la sustitución por otro nuevo que refleje la nueva plaza de destino, que habrá de obtenerse, como siempre, acudiendo al Colegio Notarial respectivo y ante la Autoridad Corporativa competente, es decir, el miembro correspondiente de la Junta directiva.

El mismo día del cese, y después de extender en el Protocolo la nota prevista en el artículo 277 RN, el notario cesante deberá remitir al Colegio Notarial un oficio solicitando la revocación inmediata de su certificado de FEAN.

8.4. Modo de actuar en estos casos.

El modo de actuar cuando se produce un hecho que obliga legalmente a solicitar la revocación es bastante sencillo, y se explica pormenorizadamente en el documento *FEAN –Firma Electrónica Avanzada Notarial–* (v. Anexo I.B).

Bastará que el notario solicite la revocación a su decano o persona autorizada de su Colegio, o directamente al CAU-FEAN. Para identificarse a efectos de revocación, el notario deberá proporcionar una serie de datos. A partir de ese momento, el proceso de revocación queda en manos del Colegio o del CAU-FEAN, que seguirán el procedimiento técnico previsto.

En el caso de revocación de tarjetas de administrador, el procedimiento es relativamente similar. Será el propio administrador o su decano quienes se pongan en contacto con el CAU-FEAN, el cual, tras verificar la identidad del solicitante, se encargará del procedimiento técnico de revocación.

8.5. Listas de Revocación de Certificados (LRC o CRL –*Certificate Revocation Lists*).

Las Listas de Revocación de Certificados, como su nombre indica, son bases de datos que contienen, permanentemente actualizados, todos los certificados de firma emitidos por una determinada Autoridad de Certificación (en nuestro caso, CGN), que han sido objeto de revocación, a fin de que cualquier persona pueda consultarlas en caso de duda acerca de la vigencia o validez de una determinada firma.

Precisamente con la finalidad de su conocimiento general, las LRC se publican en Internet, dentro de la página web pública de la Autoridad de Certificación. La nuestra se encuentra, como todas las utilidades públicas de la FEAN, en “<http://www.notariado.org/firmadigital>”, a la que también se puede acceder desde la portada principal de la página web del Notariado español, “<http://www.notariado.org>”.

Esta misma web también nos proporciona la utilidad opuesta, esto es, la lista de todos los certificados emitidos por el CGN, con sus correspondientes claves públicas, a efectos de que cualquier persona pueda utilizarlas para verificar la firma electrónica de cualquier notario, o intercambiar con él correos cifrados. Esta lista está incorporada a lo que se denomina un directorio LDAP, que permite a nuestro programa de correo electrónico realizar una búsqueda y verificación rápida de los certificados de firma de los notarios que nos remiten un correo electrónico firmado con su FEAN. Se trata, en definitiva, de procedimientos para comprobar la autenticidad de las firmas electrónicas notariales.

9. Obligaciones y responsabilidad del notario en el uso y custodia de la FEAN

9.1. Obligaciones en general.

La FEAN tiene una especial trascendencia en el tráfico jurídico, ya que sirve, entre otros fines, para suscribir documentos públicos notariales. Por ello, es lógico que se impongan al notario especiales deberes en lo relativo a su empleo y a su conservación o custodia.

En materia de firma electrónica avanzada, vale distinguir entre aquellas obligaciones del notario que tienen carácter general y las que se refieren específicamente a los aspectos de uso y custodia de la tarjeta *inteligente* criptográfica. Una vez más, el texto esencial en esta cuestión es la DPC, sin olvidar las rigurosas disposiciones legales en esta materia.

Artículo 109.5 Ley 24/2001: «Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles o de bienes muebles estarán obligados a custodiar personalmente, adoptando las medidas de seguridad adecuadas, los datos de creación de firma electrónica que les corresponda, no podrán ceder su uso a ninguna otra persona en ningún supuesto, y deberán denunciar inmediatamente al Colegio respectivo su pérdida, extravío o deterioro, así como cualquier situación o acaecimiento que pueda poner en peligro el secreto o la unicidad del mecanismo, para que lo comunique al prestador de servicios de certificación que hubiera expedido el certificado o a quien le hubiera sido transferido, para que proceda inmediatamente a su suspensión o revocación».

Desde un *punto de vista general*, el artículo 3.2.1 a 3, y 8 de la DPC impone al notario una serie de obligaciones de tipo administrativo o corporativo, tales como:

- Solicitar el certificado de Firma Electrónica Avanzada Notarial.

- Recibir el certificado y los demás dispositivos de creación de firma mediante la intervención de las autoridades corporativas competentes.
- Otorgar la correspondiente acta de entrega del certificado.
- Abonar las tarifas establecidas en cada caso.
- Y, en general, cumplir todas las obligaciones impuestas en la DPC vigente en cada momento.

Mayor importancia tienen las obligaciones específicas en materia de uso y custodia, previstas en el resto del artículo 3.2 DPC.

9.2. Obligaciones específicas en el uso y custodia de la FEAN.

— *Obligaciones en el uso de la FEAN:*

- Que toda la información contenida en el certificado sea cierta.
- Notificar cualquier modificación o inexactitud de la información contenida en el certificado.
- Utilizar el certificado exclusivamente para los usos especificados en la DPC.
- No utilizar el certificado desde que se produzca su caducidad o se solicite su revocación (con independencia de que ésta se haya producido o no).
- Los datos de creación de firma son personalísimos e intransferibles (tarjeta, contraseña de acceso o *pin*, certificado y claves).

— *Obligaciones en la custodia de la FEAN:*

- Proteger y custodiar *personalmente* (art. 109.5 Ley 24/2001), de forma diligente, todos los datos necesarios de creación de firma (el certificado, las claves, la tarjeta u otro soporte de las mismas, las contraseñas), tomando las precauciones razonables para evitar su pérdida, revelación, modificación o uso no autorizado. En la práctica, esta obligación se resume en proteger personalmente la tarjeta criptográfica, su contenido (clave privada y certificado de firma), y su contraseña de acceso (*pin*), y solicitar su revocación inmediata en el momento en que se sospeche que puedan ser conocidas o utilizadas por un tercero.
- Notificar indistintamente al CAU-FEAN, o a su respectivo Colegio Notarial, la pérdida o divulgación de la clave privada, o cualquier situación que pueda afectar a la validez del certificado, solicitando su revocación en forma inmediata (p. ej., pérdida de tarjeta, conocimiento por tercero de la contraseña de acceso, etc.).

9.3. Responsabilidad civil y disciplinaria del notario.

Corolario lógico de todo lo anterior es la exigencia de responsabilidad al notario, para el caso de incumplimiento de las anteriores obligaciones. Podemos distinguir:

— *Responsabilidad civil* (art. 4.3 DPC):

- Por los daños y perjuicios causados en virtud del incumplimiento de las obligaciones previstas en la DPC.
- Por falta de cumplimiento de todas aquellas obligaciones impuestas por la DPC vigente en cada momento, el Real Decreto Ley 14/1999 y la normativa vigente en cada momento sobre firma electrónica y prestación de servicios de certificación.

— *Responsabilidad disciplinaria* [art. 43.dos.2.A. h).d) Ley 14/2000]:

- Incumplimiento de las obligaciones de custodia y uso de la firma electrónica avanzada.
- Incumplimiento de la obligación de denunciar la pérdida, extravío o deterioro o situación que ponga en riesgo el secreto o la unicidad del dispositivo seguro de creación de firma:

Artículo 43.dos de la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (redacción dada por la disp. adicional 29.ª de la Ley 24/2001). (*Régimen disciplinario de los notarios.*)

2.A.h): «Asimismo son infracciones muy graves las siguientes: (...) d) El incumplimiento de las obligaciones de custodia y uso de la firma electrónica avanzada del notario, así como la obligación de denunciar la pérdida, extravío o deterioro o situación que ponga en riesgo el secreto o la unicidad del dispositivo seguro de creación de firma de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el uso de firma electrónica de notarios (...).

4. Las infracciones muy graves se sancionarán con multa en el último tramo [12.000 a 30.000, aumentable hasta un 100% en caso de reiteración], traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio».

Todo ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera proceder, en su caso, conforme a la aplicación de la normativa general en dicha materia.

10. **Ámbito de la Firma Electrónica Avanzada Notarial (21)**

10.1. Marco legal.

El marco legal específico del ámbito de la FEAN está constituido básicamente por:

- La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE 31-12-2001), Sección 8.^a, *Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva* (arts. 106 a 114).

- El nuevo artículo 17 bis y disposición transitoria 11.^a, de la *Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado* (en la redacción dada por el art. 115 de la misma Ley 24/2001).

En relación con la aplicabilidad de esta normativa, hay que distinguir entre las modalidades de actuación notarial que precisan inexcusablemente una regulación legal o desarrollo reglamentario para su inmediata puesta en práctica y las que no necesitan forzosamente dicho desarrollo. Veamos un breve esquema de las distintas actuaciones previstas por conducto electrónico:

A. *Pendientes de regulación o de desarrollo reglamentario (Ley 24/2001).*

1. Autorización o intervención de matrices u originales de documentos notariales, en soporte electrónico, y su conservación (art. 115.2 Ley 24/2001; disposición transitoria 11.^a LN).

2. *Formalización de negocios jurídicos a distancia* (art. 111).

3. Presentación de títulos a inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles (art. 112.4).

4. Remisión a particulares de documentos e informaciones con valor legal, distintos de las copias simples (art. 110.3).

5. Almacenamiento en soporte informático de las notificaciones electrónicas recibidas o efectuadas (111.1).

6. Constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos. Admisión de requerimientos electrónicos, a estos efectos (art. 114).

(21) Todo lo que se expone en este capítulo está sujeto a las instrucciones concretas y plazos que establezcan en cada momento el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales, en el marco de sus respectivas competencias.

B. No pendientes de desarrollo reglamentario (arts. 110 y 115 Ley 24/2001; 17.bis.3 y disposición transitoria 11.^a LN).

1. Copias autorizadas.
2. Copias simples.
3. Testimonios.
4. Comunicaciones.
5. Partes.
6. Declaraciones y autoliquidaciones tributarias.
7. Solicitudes.
8. Emisión de acuses de recibo, comunicaciones y notificaciones electrónicas (110.2).
9. Traslado a papel de comunicaciones y notificaciones electrónicas, recibidas o efectuadas (art. 113.1).
10. Traslado a papel de documentos notariales electrónicos (art. 115.1; art. 17.bis.3 a 8 LN).

C. LIMITACIONES. La creación de documentos electrónicos notariales está sujeta, en cualquier caso, a severas limitaciones:

1. Deben autorizarse con FEAN.
2. Su transmisión por medios electrónicos o telemáticos debe producirse por conducto seguro (circular del Consejo General del Notariado, de 19 de enero de 2001).
 - i. Sólo pueden remitirse a través del correo corporativo de *e-noti@rio* (@correonorarial.org).
 - ii. En ningún caso se remitirán por correo electrónico ordinario.
 - iii. Por excepción, los Colegios Notariales que disponen en la actualidad de plataformas de transmisiones con estándares de seguridad y cifrado VPN (*Virtual Private Network*) podrán acordar el empleo obligatorio de dicha plataforma para la remisión de todo tipo de documentación oficial al Colegio respectivo.
3. Su destinatario ha de ser forzosamente:
 - i. Otro notario
 - ii. Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles.
 - iii. Administraciones públicas.
 - iv. Órganos jurisdiccionales.
4. El notario remitente y el notario o funcionario destinatario han de actuar siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.

10.2. Supuestos de empleo de la FEAN, en general.

De forma muy resumida, podría decirse que, en este primer momento, la FEAN servirá para la confección de copias y comunicaciones electrónicas, destinadas fundamentalmente a producir efectos ante los Colegios Notariales (índices, partes...), o ante otros notarios (poderes, títulos, requerimientos, oficios, solicitudes de copias, etc.), liquidar impuestos (ITP, AJD, OS, ISD, IIVTNU), cumplir la amplia batería de obligaciones de información corporativas y administrativas y relacionarse con los Tribunales.

En una fase posterior, se implantará y normalizará la relación electrónica notaría-registros, a efectos de inscripción de documentos públicos notariales.

En resumen, la FEAN está pensada, a fecha de hoy, para las relaciones intracorporativas, para facilitar los trámites de la denominada gestión de documentos y, en general, para la remisión de copias de documentos notariales a otros notarios, funcionarios y organismos del Estado.

La FEAN permitirá la circulación electrónica segura de copias de documentos notariales de toda clase, así como de comunicaciones y oficios en el ámbito de las relaciones con los Colegios Notariales y con otros notarios.

10.3. Relaciones notario-Colegio.

Veamos un resumen de los documentos y comunicaciones que se remiten a los Colegios, y que deberán enviarse firmados electrónicamente mediante FEAN:

1. *Archivo de poderes revocados.* Los partes y comunicaciones de revocación de poderes, enviadas a los Colegios o al Consejo General del Notariado, a efectos de su asiento en el Archivo de Poderes Revocados; sin perjuicio de que el notario autorizante pueda asentar él mismo la revocación en el Archivo, a través del correspondiente enlace en el SIC.

2. *Toma de posesión, excedencia y cese.* Comunicaciones al Colegio, relativas a las notificaciones de toma de posesión, excedencia, renuncia y cese, incluidas las referentes a la extensión en el Protocolo de la nota prevista en el artículo 39 del vigente Reglamento Notarial (*en lo sucesivo, RN*).

3. *Ausencias y licencias.* Comunicaciones al Colegio, relativas a las solicitudes y utilización de los derechos reglamentarios de ausencia y licencia (arts. 44, 45 y 48 RN).

4. *Sustituciones.* Comunicaciones al Colegio relativas a la aceptación y renuncia de sustituciones y designación de sustituto (art. 52).

5. *Protocolos.* Comunicaciones al Colegio relativas al cierre, entrega, estado de conservación, deterioro y reconstitución de Protocolos notariales, sin perjuicio de la remisión por correo ordinario de las correspondientes actas de entrega e inventario (arts. 39, 40, 277 y 279 RN).

6. *Índices.* Remisión al Colegio de los índices reglamentarios, incluidos los índices mensuales de instrumentos públicos, pólizas, estadísticas anuales, índices mensuales de plusvalías municipales (IIVTNU) en aquellos Colegios que centralizan su envío para distribuirlos posteriormente a los Ayuntamientos, y cualesquiera otros análogos que pudieran existir en el futuro, así como las comunicaciones y oficios relativos a los mismos.****

7. *Partes.* Remisión al Colegio de los partes reglamentarios, incluidos los de testamentos, actas de herederos abintestato, actas de notoriedad para inmatriculación de fincas, partes de reagrupación de extranjeros, partes de presuntas operaciones de blanqueo de dinero y cualesquiera otros análogos que pudieran existir en el futuro, así como las comunicaciones y oficios relativos a los mismos. *No obstante, para la remisión de partes electrónicos de testamentos y abintestatos, es imprescindible la previa aprobación, por el Colegio Notarial respectivo, de los formatos necesarios para que tales partes puedan ser objeto de tratamiento informático.*

10.4. Relaciones con otros notarios.

La batería de posibles comunicaciones electrónicas entre notarios es muy amplia:

8. *Copias autorizadas electrónicas, en general.* Mediante el empleo del correo corporativo, y debidamente firmadas con la tarjeta FEAN, podrá expedirse y remitirse por conducto electrónico toda clase de copias autorizadas de escrituras o actas, así como testimonios electrónicos en los supuestos reglamentariamente previstos, previa acreditación del preceptivo interés legítimo del solicitante. El notario titular del Protocolo deberá juzgar si se cumplen o no todos los requisitos para la expedición del documento electrónico solicitado. Además, hay que tener en cuenta:

- *Clases de copias.* En materia de copias, es esencial hacer constar que los notarios sólo podrán remitirse entre ellos, por medios electrónicos, documentos notariales que tengan la consideración de “documentos

públicos” (art. 110.1 Ley 24/2001), es decir, *copias autorizadas, así como testimonios notariales*, en los supuestos legal y reglamentariamente previstos. *Se excluyen las copias simples* electrónicas, sin garantía (arts. 250 RN y 110.2 *contrario sensu* Ley 24/2001).

- *Documentos unidos.* Por último, es posible expedir copias autorizadas parciales, sin documentos unidos, en todos aquellos casos en los que no sean imprescindibles para que el documento produzca los efectos para los que ha sido expedido. En los demás casos, la copia deberá incorporar necesariamente los documentos unidos que sean precisos a tales fines, debidamente digitalizados o escaneados, o incluso transcritos total o parcialmente, a criterio del notario autorizante.

La utilidad de este procedimiento es tan evidente, que precisa de pocas explicaciones. Pensemos, a mero título de ejemplo, en poderes, ratificaciones, títulos previos o complementarios de cualquier clase, hipotecas unilaterales, actas de notoriedad, testamentos, etc. Su campo de actuación ni siquiera se circunscribirá en la práctica a operaciones urgentes, ya que el ahorro de costes y de tiempo ha de posibilitar su paulatina implantación en los procedimientos ordinarios de trabajo del Notariado español.

9. *Actas de notificación o requerimiento a través de otro notario.* En particular, será posible la remisión a otro notario de copias autorizadas electrónicas de actas de notificación y requerimiento, a practicar por el notario receptor de la copia. Toda la documentación a remitir entre ambos notarios podrá enviarse por correo electrónico corporativo (e-not@rio), firmada con su tarjeta FEAN. El notario destinatario hará constar, en el acta que autorice, los particulares correspondientes a la forma en que ha sido requerido. No será necesario enviar la documentación en papel.

10. *Solicitud de copias autorizadas y testimonios.* Las copias no sólo podrán expedirse por medios electrónicos, sino también solicitarse del mismo modo. El notario podrá, en nombre del interesado, a través del correo corporativo (e-not@rio) y bajo su firma con la tarjeta FEAN, solicitar a otro notario una determinada copia autorizada de un documento que figure en el protocolo de este último, siempre que el solicitante acredite su interés legítimo, a juicio del notario titular del Protocolo, en la forma reglamentariamente prevista. El notario titular del Protocolo deberá juzgar si se cumplen o no todos los requisitos reglamentarios para la expedición del documento electrónico solicitado, que podrá remitir por el mismo medio. En estos casos, tampoco será necesario remitir la solicitud en papel, que quedará archivada en poder del notario solicitante.

El notario que tramita la petición del interesado podrá enviar un tes-

timonio por retención al notario al que se solicita la copia, dando fe de que tiene a la vista la solicitud firmada (en papel) por el interesado, con su firma debidamente legitimada, así como los correspondientes certificados de defunción y del RGAUV, reseñando también los datos de identificación del solicitante, el interés alegado y la finalidad de la copia, ya que éstos han de ser objeto de apreciación por el notario al que se solicita la copia. También podrá enviarse, en lugar del testimonio electrónico por retención, un testimonio electrónico por exhibición de la solicitud legitimada y de los certificados.

11. *Adhesiones, ratificaciones y revocaciones.* Oficios y comunicaciones individuales a otro notario, relativas a la aceptación de la oferta, aceptación de estipulaciones a favor de tercero, ratificación y, en general, la adhesión a todo negocio jurídico. También las comunicaciones individuales de cancelación, rescisión, modificación, revocación, anulación o ineficacia, así como las de cesión de derechos o subrogación de obligaciones, a las que se refieren los artículos 176 y 178 RN. Para ello bastará con enviar un mensaje con el oficio reglamentario a través del correo corporativo (e-not@rio) y firmarlo con la tarjeta FEAN. Una vez remitido este oficio electrónico, el notario receptor procederá directamente a extender la nota reglamentaria en la matriz correspondiente. En estos casos ya no será necesario enviar el antiguo oficio en papel, con firma manuscrita.

12. *Comunicaciones oficiales, en general, dirigidas a otro notario.* Mediante el empleo de la plataforma y debidamente firmados con la tarjeta FEAN, podrán expedirse y remitirse en general, por medios electrónicos, oficios y comunicaciones oficiales de toda clase, dirigidas a otro notario (art. 109.c) Ley 24/2001), p. ej., las que se remiten a los demás notarios del mismo distrito, relativas al signo, firma y rúbrica adoptadas al tomar posesión, debidamente escaneados (art. 39.II RN); la solicitud o prestación del consentimiento para realizar una sustitución legal, en los casos de ausencia o licencia reglamentaria; los oficios que habitualmente acompañan a las actas de requerimiento o notificación, etc.

10.5. Relaciones con las Administraciones públicas y especialmente con Hacienda.

Aquí entran básicamente los siguientes supuestos:

12. *Solicitud de copias* de instrumentos públicos, por parte de la Administración, siempre que pida o admita expresamente que se le remita

en formato electrónico, y sin perjuicio de que la solicitud cumpla los requisitos legalmente previstos.

13. *Índices fiscales.* Deberán firmarse con FEAN siempre que se remitan por medios telemáticos. Y podrán remitirse por medios telemáticos siempre que lo admitan en cada caso los organismos correspondientes de Hacienda, sin perjuicio de la obligatoriedad del formato electrónico a medida que se vayan aprobando los correspondientes Convenios con las CCAA.

14. *Autoliquidación de impuestos y remisión de copias a estos efectos.* Depende también de los correspondientes convenios con las CCAA, Ayuntamientos y Diputaciones.

15. *Catastro.* Debe remitirse por medios telemáticos, conforme a los procedimientos previstos con la Administración (a fecha de hoy, no requieren FEAN).

10.6. Relaciones con los órganos jurisdiccionales.

16. Vale decir lo mismo que para las Administraciones públicas.

10.7 Relaciones con Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

La presentación a inscripción de documentos electrónicos notariales está sujeta a desarrollo reglamentario.

Sin embargo, hay un par de supuestos que, salvo opinión mejor fundada, parecen no necesitar dicho desarrollo, cuales son los relativos a comunicaciones notario-registro, que no impliquen presentación de documentos a libro diario o a inscripción.

17. *Comunicaciones oficiales, en general, con registros y oficinas públicas.* Desde un punto de vista legal, parece que es obligatorio el empleo de FEAN (o de firma electrónica registral) cuando se remitan comunicaciones electrónicas oficiales de todo tipo entre notarios y registros. Así, el artículo 110.1 Ley 24/2001 dispone que “*Mediante el uso de la firma electrónica (...) podrán remitirse (...) comunicaciones... solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un notario o registrador... dirigidas a otro notario o registrador*”. Por tanto, diríase que, en materia de comunicaciones y solicitudes oficiales, se subordinan las transmisiones electrónicas al requisito de que estén debidamente firmadas con FEAN.

18. *Notificaciones de calificación registral negativa.* Respecto de éstas, a partir de la entrada en vigor de la FEAN, parece netamente aplicable el citado artículo 110.1 de la Ley 24/2001, de modo que, cuando se emplean comunicaciones electrónicas, sería preceptivo que la notificación esté firmada con firma electrónica avanzada, para que surta los efectos legalmente previstos. Ello debe entenderse sin perjuicio del carácter opcional de dicha vía telemática de comunicación, conforme al artículo 322.II de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por el artículo 102 de la Ley 24/2001, en el sentido de que “*será válida la notificación practicada por vía telemática, si el interesado lo hubiera manifestado así al tiempo de la presentación del título, y queda constancia fehaciente*”.

10.8. Relaciones con particulares.

19. *Copias simples.* Respecto de los particulares, en principio sólo se prevé la posibilidad de remisión telemática de copias simples con FEAN (art. 110.2 Ley 24/2001). Esto plantea una serie de dudas:

a. *¿Por qué sólo “copias simples”?* Por una sencilla razón de seguridad. El sistema español de transmisiones telemáticas de documentos públicos notariales firmados con FEAN se asienta en una cuádruple cautela: 1) Las garantías derivadas de todo el entramado técnico de la FEAN, que hemos bosquejado a lo largo de este trabajo. 2) El empleo de una plataforma segura de transmisiones. 3) Que el traslado a papel del documento electrónico sólo pueda ser realizado por su destinatario, que además debe ser otro notario o un funcionario público, que actúe en el ámbito de su respectiva competencia. 4) Que la FEAN puede perder su eficacia respecto de cualquier destinatario ulterior al que, por ejemplo, se le reenvíe el mismo fichero electrónico firmado. Por tanto, para que la copia mantenga su valor legal respecto de terceros, parece que necesariamente habrá de ser trasladada a papel por el notario o funcionario destinatario del documento (arts. 110 Ley 24/2001; 2.2 y 2.3 DPC). En conclusión, las copias que se remiten a particulares no cumplen la garantía 3); por eso sólo pueden tener efectos informativos, y no se les puede dotar del valor de documentos públicos. Lo contrario abriría una importante grieta en las medidas de seguridad contra falsificaciones y manipulaciones.

b. *¿Qué valor legal tienen estas copias simples?* Las copias simples electrónicas son exactamente lo que parecen: meras copias simples, con puro valor informativo, y sin ninguno de los efectos propios de la fe pública. Sólo sirven para información del particular que las ha solicitado.

c. *¿Qué diferencia hay entre copia electrónica simple y autorizada, si ambas están firmadas con FEAN?* El empleo de FEAN no altera las

solemnidades y requisitos propios de cada modalidad de documento notarial, ni su respectivo valor legal, que es una consecuencia directa de tales requisitos. La ausencia de un soporte físico visible (papel) elimina las formalidades materiales externas del documento (tipo de papel, timbre, sellos rúbricas, adhesivos de seguridad...), pero, por supuesto, en ningún caso elimina las formalidades procedimentales internas a las que responden los distintos tipos de documentos notariales. Por eso habrá de prestarse especial atención a la denominación del documento y al carácter con el que expresamente se expide. La existencia de un único tipo de FEAN obedece a razones técnicas, pero eso no transforma un oficio en escritura, ni un testimonio o una copia simple en copia autorizada. La copia simple es una reproducción de un instrumento público que no ha sido objeto de cotejo por el notario, no se ha dado fe en la matriz ni en la copia de dicho cotejo ni de su expedición, y respecto de la cual el notario no asume fehacientemente su contenido. Por eso, más allá de debates puramente dogmáticos, la firma electrónica de una copia simple no la convierte en copia autorizada, limitando sus efectos a que el notario se identifica como remitente de la misma, y nada más. Por el contrario, el empleo de FEAN en una copia que se libra expresamente con el carácter de copia autorizada implica el cumplimiento de los requisitos reglamentariamente previstos para las mismas y, en consecuencia, supone la dación de fe establecida en las leyes.

20. *Préstamos personales e-not@rio.* También la FEAN tendrá presencia en el procedimiento de préstamos personales a través de e-not@rio y, en general, en todo lo relativo a esta plataforma. En un futuro inmediato, el acceso del notario a e-not@rio se realizará mediante el empleo de la tarjeta FEAN, que sustituirá a la actual tarjeta dorada de FESTE (aunque ésta no desaparece, sino que podrá utilizarse por los oficiales que estén facultados por el notario para hacer pagos y transferencias bancarias a través del sistema).

REVERSIÓN DE GANANCIALES

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. FUNDAMENTO. 3. NATURALEZA JURÍDICA. **A)** Es acto de donación, no es sucesión. **B)** Principio familiar o principio individual. **C)** Origen legal. **D)** Condición resolutoria o readquisición. 4. REQUISITOS. 5. EFECTOS. 6. READQUISICIÓN DEL BIEN. 7. CONCLUSIÓN.

1. Planteamiento

La cuestión planteada sería la siguiente: un matrimonio hace donación a un hijo de una vivienda que les pertenece con carácter ganancial por haberla adquirido constante matrimonio. Al tiempo fallece el padre donante y posteriormente fallece el hijo donatario sin dejar posteridad. La madre donante sobrevive a ambos.

El hijo donatario ha fallecido bajo testamento abierto en el que nombra heredera a una tercera persona sin perjuicio de la legítima correspondiente a los ascendientes.

Se plantea si tiene lugar la reversión al sobrevivir solamente uno de los donantes, la madre. En segundo lugar, de existir la reversión si ésta alcanza a la totalidad de la vivienda donada a favor de la madre donante o solamente alcanzaría a una mitad indivisa de la vivienda donada, quedando la restante mitad indivisa integrada en la herencia del donatario fallecido a favor de su heredero.

2. Fundamento

La reversión de donaciones o retorno de donaciones se regula en el artículo 812 del C.c. y en la Ley 279 del Fuero Nuevo de Navarra, entre otros textos legales. Indica VALLET (1) que *el fundamento razonable y justo del artículo consiste en que si alguien hace donación a un descendiente, ayudándole en el sostenimiento de sus necesidades para que viva más desahogadamente, es natural que, si el agraciado fallece sin posteridad y a su fallecimiento el donatario conserva lo donado, esto vuelva al donante con preferencia a cualquier otra persona.*

Este fundamento, por todos reconocido, hace que para unos signifique que el retorno legal participa de la naturaleza troncal y del principio de familia en lo relativo a los bienes. Sin embargo, el fundamento, como comenta MAS BADÍA (2), *¿por qué opera sólo en favor de ascendientes?(...) se puede suponer que es posible que cualquier donante prefiera la reversión si el donatario le premuere sin descendencia. (...) Ello demuestra una vez más que el 812 se basa en la voluntad del donante que es un principio normal y esencial en el negocio jurídico de la donación.*

Sin embargo, para ALONSO MARTÍNEZ, citado por MAS BADÍA, la *ratio legis* de la reversión de donaciones es la misma que la de las reservas: lo que llama el principio de familia, que consiste en que los bienes donados por un ascendiente por causa de matrimonio u otro motivo cualquiera vuelvan al mismo donante si el descendiente donatario muriese sin sucesión, relacionando este principio muy estrechamente con la reserva lineal del artículo 811 C.c.

(1) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1982, 2.ª edición, tomo XI, p. 133.

(2) MAS BADÍA, María-Dolores, "La reversión legal de donaciones: el artículo 812 C.c.," en *RCDI*, núm. 630, septiembre 1995, p. 1673.

3. Naturaleza jurídica

Se ha discutido entre los autores si el fenómeno de la reversión de las donaciones es una sucesión especial o legal del donatario respecto del donante o, más bien, se trata de un retorno de lo donado como una adquisición gratuita del donante respecto del donatario, configurándose entonces como una *mortis causa capio*.

El Derecho romano concibió la reversión legal como un instituto de Derecho convencional, presuntivo de la voluntad, y no como una institución de Derecho sucesorio. Parece que tampoco se enlaza la reversión de donaciones o de la dote con los principios de la troncalidad de los bienes. Es decir, la voluntad relevante no es la del donatario difunto, sino la del donante sobreviviente a su donatario.

A) Es acto de donación, no es sucesión.

La reversión legal no procede de la sucesión del donatario fallecido sin posteridad. No forma parte de la herencia del donatario y, por tanto, no es susceptible de aceptación o renuncia en cuanto llamamiento sucesorio porque no lo es.

La adquisición del bien donado que se recobra tiene lugar con ocasión del fallecimiento del donatario sin posteridad, pero no a través o por medio de él como sucesor del mismo, sino con motivo de su muerte. No es propiamente una resolución de la donación original que volviera las cosas a su estado inicial —porque esto no ocurre—, sino una decadencia del derecho del donatario a la propiedad de lo donado que retorna al donante por medio de una readquisición a título gratuito de la propiedad del bien donado. En este sentido, el donante no sucede al donatario en el bien revertido, sino que readquiere el bien donado por haberse cumplido la *conditio iuris*, que es el fallecimiento sin posteridad del donatario sobreviviéndole el donante.

En consecuencia, la adquisición del bien recobrado no es una adquisición hereditaria que debe ser entregada por el heredero del donatario, sino que se trata de una readquisición del donante que se rige por las normas de adquisición de los actos gratuitos *inter vivos*: para los muebles, la toma de posesión, y para los inmuebles, la escritura pública de aceptación otorgada por el donante-reversionario.

Por tanto, como reconoce la sentencia de la AP de Cáceres de 16 de junio de 2000, la reversión opera automáticamente, sin tener que ser invocada. Es independiente de la cuota legitimaria del ascendiente. Y el reversionario puede por sí solo formalizar la escritura pública de reversión y readquirir en propiedad los bienes donados.

B) Principio familiar o principio individual.

Se podría pensar que el retorno de donaciones participa de la naturaleza de los principios de troncalidad en cuanto que de alguna forma trata de conservar los bienes dentro de la familia de procedencia de los mismos. Sin embargo, no puede sostenerse esta idea. La reversión no participa de la troncalidad porque no vuelven o retornan los bienes a los parientes del tronco de procedencia (3), a la familia, que serían todos los posibles parientes colaterales. Más bien, la reversión tiende al beneficio del propio donante, no de su familia, ni de su tronco familiar, a quien vuelven los bienes es a su origen, al donante, como un acto de *recobro* de bien, no de permanencia en el tronco familiar. Esto explica que no tenga lugar la reversión si no sobrevive el ascendiente donante al donatario.

Quizá pueda confundir el que se condicione la reversión al fallecimiento del donatario *sin posteridad*. Parece que la ausencia de descendientes es un requisito común con la troncalidad del llamamiento. Pero la troncalidad es un fenómeno sucesorio, acto *mortis causa* y en defecto de sucesión testada. La reversión es un acto de donación que se recobra a título gratuito, con ocasión del fallecimiento del donatario y actúa tanto en la sucesión testada como en la intestada.

En suma, la reversión no se enmarca dentro de los principios defensores de la familia o de troncalidad, sino dentro de los principios individualistas protectores del negocio jurídico gratuito del que trae causa y del propio donante, presumiendo una voluntad de readquisición en determinados supuestos.

C) Origen legal.

La reversión es un derecho de origen legal. No existe por voluntad de los particulares, aunque se podría evitar con su voluntad, puesto que es renunciable. Este carácter renunciable o dispositivo de la reversión legal está señalado expresamente en la Ley 279 del Fuero Nuevo de Navarra, mientras que en el C.c. no se dice nada, pero tampoco se prohíbe y no se alcanza a pensar por qué no puede ser renunciable la reversión de las donaciones cuando se ha podido disponer del bien mismo sin ninguna condición. Habrá que entender que la reversión legal es un efecto dispositivo de la norma que admite la declaración de voluntad en contrario realizada por el donante.

Ahora bien, desde el punto de vista del donatario y ante la ausencia de tal renuncia, la reversión existe como derecho legal y supone una limi-

(3) MAS BADÍA, *op. cit.*, p. 1644.

tación a la disposición *mortis causa* del bien donado en el sentido de entender que, si se cumplen los requisitos de la reversión, el bien donado será objeto de recobro por el donante, sustrayéndolo de la masa hereditaria de la cual nunca habrá llegado a formar parte.

D) Condición resolutoria o readquisición.

Durante la Edad Media, la reversión operaba como cláusula convencional sobreentendida automáticamente, con efectos retroactivos, a modo de condición resolutoria, afectando a las disposiciones realizadas por el donatario premuerto, que quedaban sin efecto. Sin embargo, la reversión en la regulación actual no opera como una condición resolutoria con efectos retroactivos, sino que la muerte sin posteridad del donatario constituye la *conditio iuris* del retorno de los bienes al donante.

Esto nos vuelve a situar la reversión en la estructura de la donación, pero existen dos datos que la distinguen de la reversión convencional del artículo 641 C.c.: a) la reversión legal no deriva de la voluntad expresa del donante, sino de su voluntad presunta, que tiende a interpretar de manera restrictiva la disposición a título gratuito y hace prevalecer los intereses del donante sobre los intereses de los herederos del donatario; y b) la reversión legal no tiene efectos retroactivos porque tiene un régimen jurídico propio, que es el establecido en el artículo 812 C.c.

Parece que esta interpretación es la que mejor se ajusta a la tradición jurídica y a la presunta voluntad del donante según la *mens legislatoris*. El error, entonces, fue no situar la norma en la sede sistemática que realmente le correspondía, es decir, entre las destinadas a regular las donaciones y no en sede de legítimas sucesorias.

4. Requisitos

Para que entre en juego la reversión son necesarios los siguientes requisitos: 1.º) Que un ascendiente haya otorgado una donación a un hijo o descendiente suyo. 2.º) Que este descendiente haya fallecido sin posteridad. 3.º) Que el ascendiente donante sobreviva al donatario. 4.º) Y que el bien donado exista en el patrimonio del donatario.

1.º) Se trata de un ascendiente, no necesariamente de primer grado, que hace donación en favor de un descendiente. El bien donado volverá *–suceden con exclusión, dice la norma–* al donante. No vuelve a la familia, ni al tronco, ni a la generación. No se respetan grados, ni líneas familiares, ni se tienen en cuenta las generaciones de permanencia del bien do-

nado en la familia. Sólo se recupera lo que se había donado. Pero resulta que se había enajenado el bien válidamente. El bien donado no se recupera como si nunca se hubiera dejado de tener, como si hubiera existido un paréntesis durante el tiempo de posesión del donatario. El bien ha sido donado por un ascendiente, se transmite la propiedad plena del mismo a un descendiente y, luego, se adquiere de nuevo por el ascendiente.

2.º) El descendiente ha fallecido sin posteridad, sin descendencia. Donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Por posteridad se entiende cualquier clase de descendencia, matrimonial, no matrimonial y adoptiva. Por la misma razón, hay que entender que sin posteridad se refiere al donatario que no deja descendientes (4). Por tanto, el que tuvo descendientes, pero le premurieron a los efectos de la reversión de donaciones, ha muerto sin posteridad.

3.º) El ascendiente debe sobrevivir al descendiente. Basta con sobrevivir para adquirir o recuperar el bien donado. Derecho de propiedad que ingresa en el patrimonio del ascendiente y entra a formar parte de su masa hereditaria. Si el ascendiente falleciera sin haber formalizado la reversión del bien donado, no existe propiamente un derecho de transmisión del derecho a la reversión. La reversión opera por virtud de la ley y de manera automática. Pero su formalización, tanto documental como posesoria, puede quedar diferida en el tiempo. En tal caso, serán los herederos del ascendiente los que formalicen una reversión, ya operada, de un bien que ya pertenece a la herencia del ascendiente en la que ingresó al fallecimiento del donatario, no por causa de su muerte, sino con ocasión de su muerte.

4.º) Y que el bien donado exista al fallecimiento. Aquí se suele hablar de la subrogación real o subrogación de valor que recoge el ordenamiento en la reversión de donaciones. Pero, en lo que nos interesa, es de hacer notar que la reversión requiere que el bien donado no haya sido enajenado por el donatario. ¡Luego podía enajenarlo! Y si el donatario puede enajenar el bien donado es que es verdadero propietario. Y si la ley respeta las enajenaciones realizadas por el donatario es que su propiedad no se resuelve, ni la reversión es una resolución, ni aunque lo fuera tendría efectos retroactivos.

(4) En este sentido, véase el comentario a la Ley 279 del Fuero Nuevo de Navarra realizado por NANCLES VALLES, Javier, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2001, tomo XXXVII, p. 306.

Es decir, que la reversión no es sucesión, es donación. Pero no es donación sometida a condición resolutoria, sino sometida a *conditio iuris* de eficacia. Y no cuestiona los actos de propiedad realizados por el donatario, sino que los impone, es decir, es una nueva adquisición del verdadero propietario.

5. Efectos

Como tal nueva adquisición a título gratuito debe entenderse que es una baja patrimonial que debe ser tenida en cuenta tanto en la sucesión testada como en la intestada del donatario –art. 942 C.c.–. Pero también, como transmisión gratuita que es, no puede realizarse en perjuicio de los acreedores del donatario, que serán preferentes para el cobro de sus créditos y gozan de la garantía patrimonial universal del artículo 1.911 C.c. Sin embargo, el bien revertido no formará parte integrante de la masa hereditaria del donatario, por lo que no se computará a efectos del pago de legítimas, salvo opinión en contra de LACRUZ BERDEJO respecto de la cuota legitimaria del cónyuge viudo del donatario.

Por tanto, el bien donado es adquirido por el donante a título gratuito y como acto de donación siempre que el bien exista en el patrimonio del donatario. Parece claro que, si la donación originaria se otorgó por un solo donante, él es el único reservatario. También es claro que, si fueron varios los donantes, existen tantas donaciones como donantes y respecto de cada donación habrá que aplicar el régimen jurídico de la reversión legal.

Es decir, que si un descendiente recibió en donación una vivienda que pertenecía la mitad indivisa a su abuelo y la restante mitad indivisa a su padre y, con posterioridad, fallece el donatario siendo aplicable la reversión legal, ésta se producirá respecto de cada donante y en la misma medida en que se otorgó la donación siempre que le hubieran sobrevivido al donatario. En este supuesto, el bien donado se revertirá por mitades indivisas a cada donante, que así readquiere lo que transmitió en su día.

¿Cómo se transmite un bien ganancial? Hay que ir a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. No es una comunidad por cuotas indivisas. Es una comunidad sin atribución de cuotas. Los padres otorgan la donación de un bien ganancial conjuntamente. La pregunta es: ¿cómo se readquiere el bien ganancial donado?

Si sobreviven los dos padres donantes se recobra el bien, ¿cómo ganancial?, ¿cómo privativo y por mitades indivisas?

Y si sólo sobrevive uno de los padres se recobra el bien, ¿para el sobreviviente en su totalidad por virtud de un acrecimiento?, ¿sólo en cuanto a una mitad indivisa?

6. Readquisición del bien

La sociedad de gananciales es una comunidad de ganancias constante matrimonio. En tal comunidad existen dos titulares, pero la determinación de la titularidad de cada bien no existe, sino que hasta su liquidación sólo existe la titularidad sobre el conjunto de bienes gananciales. Respecto de un bien concreto –el objeto de la donación–, se puede afirmar que no es exclusivamente de un cónyuge, tampoco de cualquiera de los cónyuges, ni de los dos por mitades partes indivisas, sino de los dos conjuntamente o en mancomún.

Una vez otorgada la donación y adquirida la propiedad por el donatario, los donantes han dejado de ser dueños del bien donado, sin ninguna reserva o condición. Ya se ha visto que la reversión legal no es una condición resolutoria, ni tampoco una transmisión del uso y disfrute, sino del pleno dominio, pero sujeta a una *conditio iuris*.

Cumplidos los requisitos legales para que tenga lugar la reversión, se produce una verdadera readquisición por virtud de la cual los donantes sobrevivientes adquieren –no recuperan, ni suceden– el bien que fue donado, y lo adquieren del donatario a título gratuito. Si en este momento sólo sobrevive uno de los donantes, éste será el único que adquirirá (recobrará) la parte que le corresponda. La cuestión se centra en saber ¿cuánto recobra el único cónyuge sobreviviente?

La primera incógnita a despejar es saber si se adquiere como bien ganancial o como bien privativo. Se podría sostener que se adquiere como ganancial porque: 1) así fue como se donó en su día y se recupera el mismo bien, 2) además por virtud del principio de subrogación real del bien que se recoge en la misma reversión, 3) incluso, porque se podría aplicar el argumento del artículo 1.353, que atribuye ganancialidad a las adquisiciones gratuitas constante matrimonio, 4) y, por último, entender que es una adquisición sin cuotas determinadas que persigue el resultado de volver al patrimonio ganancial el bien que salió de él.

Sin embargo, los argumentos son más favorables a entender que la readquisición del bien se realiza como privativa por: 1) es una nueva transmisión gratuita y la norma general es que será privativa, 2) el hecho de que se realice por ministerio de la ley y sin especial designación de cuotas no impide lo anterior, la adquisición sigue siendo gratuita y la falta de cuotas se suple por las normas que entienden las cuotas iguales, es decir, por mitades partes, 3) no se trata de una recuperación del bien al modo del cumplimiento de una condición resolutoria (no existen efectos retroactivos), ni de un retracto o derecho a recuperar (nada se reservaron) que hiciera aplicable la subrogación de la ganancialidad del bien revertido, 4) la reversión exige la sobrevivencia de los donantes, de manera

que quien recupera el bien no es la sociedad de gananciales, sino el ascendiente que sobrevive, el que ha premuerto nada recupera, 5) luego no es relevante el matrimonio de los reservatarios, ni tampoco sería de aplicación los argumentos del artículo 1.353, pues ya no existe sociedad de gananciales, 6) por fin, la solución establecida en la Ley 116 del Fuero Nuevo de Navarra y en el artículo 209 de la Ley de Sucesiones de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, que establecen la reversión por mitades partes indivisas y con carácter privativo.

Como consecuencia de lo anterior, no tendrá lugar ningún tipo de acrecimiento al no existir un llamamiento conjunto, ni una adquisición conjunta del bien. Se adquiere individualmente por cada donante y respecto de su cuota correspondiente.

7. Conclusión

En suma, la reversión del bien ganancial donado por ambos cónyuges se realizará a favor de cada cónyuge sobreviviente por mitades partes indivisas y con carácter privativo. No habrá lugar al acrecimiento en el sobreviviente.

“El contrato de cesión de suelo por obra”, RUDA GONZÁLEZ, Albert. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 397 páginas.

El tema objeto de esta monografía es de una actualidad indudable, sobradamente conocida para quienes están en contacto con problemas de carácter inmobiliario. Basta consultar cualquiera de los repertorios al uso de jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, para apreciar la enorme litigiosidad que provoca, lo que a la vez hace pensar en la gran cantidad de supuestos prácticos cuya problemática se resuelve por otras vías. Además de ello, una ojeada a las revistas jurídicas especializadas de los últimos cinco años revela el enorme interés y el debate profundo que existe sobre diversos aspectos de la figura (o más bien figuras) sobre la que versa esta monografía. Desde la perspectiva notarial la cuestión reviste un interés especial, sobre todo teniendo en cuenta el controvertido artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en la versión dada al mismo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y la suerte que corrió tras la STS de 31 de enero de 2001, que declaró contrarios a la ley, y por ello nulos, tres de los cinco párrafos que tenía el mentado precepto, poniendo fin al recurso contencioso-administrativo iniciado por la Asociación Foro Notarial y la Libre Asociación de Notarios “Joaquín Costa” sobre la base de dos argumentos: que la nueva redacción del artículo 13 RH había introducido en el Derecho español un sistema de transmisión de la propiedad contrario al previsto en el artículo 609 C.c.; y que en este precepto se regulaban aspectos sustantivos, definiendo derechos y obligaciones de las partes integrantes del contrato, que debían ser regulados por una norma con rango de ley.

La cuestión se había planteado con anterioridad, de una manera especial, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996, en la que se consideró que aunque el contrato de permuta aparece configurado en el Código civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical, le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462,2 del Código civil, de manera que la cuestión debatida consiste en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que se ha operado ya el juego traditorio respecto de los pisos o locales, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento;

o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior: el del acta notarial de entrega.

Con el título de *El contrato de cesión de suelo por obra* se refiere el profesor RUDA GONZÁLEZ a esta figura contractual tan habitual en la práctica, que aparece bajo distintas denominaciones (permuta de solar por pisos o locales a construir, permuta de solar por edificación futura, aportación de solar, cambio de solar por pisos, cambio de solar por futura edificación, etc.). En todos estos casos nos encontramos con un fenómeno común que jurídicamente se puede abordar desde diversas perspectivas: una persona se obliga a transmitir a otra un derecho sobre un solar, a cambio de que ésta se comprometa a realizar sobre el mismo una obra y a entregar a la primera una parte de dicha obra, generalmente, ciertos pisos y/o locales. Los motivos del éxito de esta figura son, como bien destaca el autor, la escasez del suelo, el ahorro de impuestos y el denominado *boom* inmobiliario. Pero además permite a las partes resolver problemas de liquidez y beneficiarse de la futura plusvalía de las viviendas o locales residuales, que pueden arrendar o vender.

La obra se compone, básicamente, de tres partes. En una primera (contenida en el capítulo II) se ocupa el autor del concepto y caracteres del contrato. Se describen aquí las principales modalidades de cesión de suelo por obra que pueden encontrarse en la práctica inmobiliaria. En esta parte se pueden destacar, a mi juicio, varias cuestiones. Por un lado están las páginas dedicadas a la calificación, donde se evita teorizar sobre la naturaleza jurídica de la figura, centrándose con una metodología adecuada en la búsqueda de soluciones ante la concurrencia de regímenes normativos concretos. Se concluye así que estamos ante un contrato mixto o complejo, dada la necesidad de coordinar prestaciones de dos o más tipos contractuales legales (básicamente, contrato de obra y contrato de permuta). Se aborda después el régimen jurídico aplicable a este contrato, analizando pormenorizadamente las fuentes por las que puede regirse el mismo, los sujetos que intervienen (partes del contrato o terceras personas), el objeto, los problemas de forma, así como la adición de otro tipo de elementos habituales en la práctica (término y condición). Uno de los puntos clave es sin duda el de la determinación del objeto de la cesión de suelo por obra, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático como práctico. El autor analiza aquí las posibilidades de determinación sucesiva, la permuta genérica y la tan frecuente determinación mediante porcentajes. Finalmente se examina la figura del precontrato, a la que se acude con cierta frecuencia en la práctica. El autor asume la postura doctrinal mayoritaria en el sentido de que la voluntad de contratar se encuentra ya en el precontrato, sin que se precise una nueva declaración de voluntad de las partes para que se pueda exigir el cumplimiento. En ese sentido se muestra crítico con algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo que parecen volver a la tesis clásica, conforme a la cual el precontrato constituye un contrato que obliga a celebrar posteriormente el contrato definitivo. Aun coincidiendo con este planteamiento, creo que ahora debe tenerse presente la regulación que establece al respecto el artículo 708 de la LEC, pues entiendo que el legislador ha querido englobar aquí otros posibles supuestos, dependiendo de la intención de las partes y de la función económico-social y jurídico-privada del negocio celebrado, lo que puede influir de manera importante en la calificación jurídica del mismo.

La segunda parte (capítulo III) se ocupa del contenido y efectos del contrato de cesión de suelo por obra. Se tratan aquí las obligaciones y derechos de cedente y cesionario, con un estudio pormenorizado del problema de las garantías, sobre todo

desde la perspectiva del cedente, destacando las ventajas y desventajas de unas u otras. Destacaría, de una manera especial en esta parte, el tratamiento que el autor hace del problema de la transmisión de la propiedad, tanto la del solar, como la de los pisos o locales construidos. El estudio jurisprudencial en este punto es particularmente minucioso, poniéndose de relieve que, dependiendo de las diferentes maneras de configurar el objeto de la cesión, la transmisión de la propiedad se produce de manera diferente en cada caso, lo cual tiene importantísimas repercusiones en la práctica inmobiliaria.

La tercera parte (capítulo IV) está dedicada al incumplimiento del contrato. El autor se centra en las cuestiones que suscita el incumplimiento contractual, excluyendo deliberadamente el régimen de responsabilidades establecido por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por referirse ésta al proceso de construcción en general. Lógicamente, la mayor parte de este capítulo se dedica a lo verdaderamente problemático, que son los diferentes tipos de incumplimiento en que puede incurrir el cesionario: mora, cumplimiento defectuoso y todos los avatares que pueden aparecer en la figura del incumplimiento definitivo. Ante este incumplimiento se analizan pormenorizadamente las distintas posibilidades de reacción por parte del cedente, con los pros y contras de cada una de ellas: acción de cumplimiento en forma específica, indemnización de daños y perjuicios y resolución del contrato. La cuestión relativa a la resolución es especialmente problemática dependiendo de que el solar permanezca sin edificar o de que la edificación haya comenzado. El autor examina cuidadosamente los problemas que plantea acudir en estos casos a la figura de la accesión, o resolverlos sobre la base de la equidad y la prohibición del enriquecimiento injustificado. En mi opinión, las páginas tituladas en este punto *notas para un intento de solución*, constituyen una de las aportaciones más brillantes, en las que analiza con detenimiento los siempre espinosos problemas de la eficacia de la resolución respecto a terceros.

Al hilo de lo anterior, hay un aspecto de la monografía especialmente relevante a mi entender, que aparece y reaparece en bastantes apartados de la misma. Me refiero al estudio del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Como he destacado, este precepto, redactado de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, pretendía disciplinar el contrato de permuta de suelo por obra futura. Sin embargo, con posterioridad, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del mismo en STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate. La parte subsistente del precepto, sin la declarada nula, resulta bastante difícil de comprender. No voy aquí a reproducir la argumentación de la sentencia y todos los problemas de interpretación que suscita, pero desde luego a lo largo de varias páginas se consigue aclarar gran parte de las dudas que a todos se nos plantean, con un enfoque original del autor en el que tiene presente sistemáticamente toda la normativa registral y urbanística aplicable, y que ha sido objeto de un análisis más pormenorizado en otra publicación [me refiero a "El contrato de cesión de suelo por obra tras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001", en *La Ley* 2001-6, D-223, pp. 1536-1543]. El autor estudia, además, a lo largo de su exposición la reciente Ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (*BOE* n.º 29, de 2 de febrero de 2002), que constituye una normativa sumamente vanguardista sobre la materia, y que bien pudiera servir de modelo para una futura regulación en Derecho común.

Por otro lado, una de las cuestiones que más me ha llamado la atención de la monografía del profesor RUDA GONZÁLEZ es su manera de recurrir a argumentos de Derecho Comparado. El autor no realiza una abigarrada exposición de la regulación del contrato de cesión de suelo por obra en cada uno de los diferentes ordenamientos, para luego abordar la cuestión en el Derecho español, sino al contrario. Se centra en los problemas concretos que suscita la figura y acude a la regulación y a la jurisprudencia de otros países en aquellos casos en que se puede arrojar algo de luz sobre la materia. Ello no significa en absoluto que no se profundice en el tratamiento de la cuestión en otros ordenamientos. El autor demuestra un gran rigor en este punto, pero a la vez, con este método de trabajo, facilita la lectura y permite comparar diversas soluciones y enfoques jurisprudenciales a modo de instrumento auxiliar. En todo caso, sorprende gratamente que ante problemas similares a los que se plantean en la jurisprudencia española, el autor recoja con soltura otros pronunciamientos jurisprudenciales que han recaído en Derecho alemán, francés, italiano, austriaco, portugués, suizo, etc. Con ello se facilita enormemente el enfoque de cada una de las cuestiones, y además el autor siempre pone de relieve las diferencias y paralelismos entre unos y otros ordenamientos.

Esta manera de tratar la cuestión en Derecho Comparado resulta especialmente relevante en el momento actual, sobre todo teniendo en cuenta el movimiento existente en torno a la armonización del Derecho Contractual Europeo. Aparte de dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de iniciar un proceso de codificación, hay que destacar más recientemente la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001 (*DOCE* C 255, de 13 de septiembre de 2001), y la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (*DOCE* C 140 E, de 13 de junio de 2002). En el punto 14 a) de esta Resolución, el Parlamento solicita a la Comisión que el proceso de aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros presente un plan de acción que englobe, entre otros, los siguientes extremos: “compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual, y *promover*, a partir de dicha base de datos, *investigaciones en el campo del Derecho comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho*. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Estados miembros que podría aplicarse con carácter voluntario... en los siguientes ámbitos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa...”.

Además de ello, en la Resolución se alude a la presentación anual de “informes al Parlamento Europeo sobre los progresos realizados en materia de *análisis comparativos y de posibles soluciones y conceptos jurídicos comunes sobre el Derecho contractual*”; al “fomento de la difusión de los *análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes* en el marco de la formación académica y de los planes de estudios de las profesiones relacionadas con el Derecho, y fomento de la difusión del Derecho comunitario entre los mismos círculos académicos y profesionales”; así como a la “*utilización consecuente de los conceptos y soluciones jurídicas comunes y de la terminología jurídica común* por todas las instituciones de la UE que participen en los procedimientos de elaboración legislativa y de su aplicación”. Se po-

drán mantener posturas diferentes en torno a este proceso de unificación, pero no cabe duda de que monografías como la del profesor RUDA GONZÁLEZ constituyen un óptimo ejemplo de cómo afrontar el estudio de una problemática semejante entre diferentes ordenamientos, que puede ir propiciando el resurgir de una doctrina jurídica común, sobre bases menos apegadas al Derecho propio. La actualidad de este planteamiento se ha vuelto a poner de relieve en la más reciente Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente, de 12 de febrero de 2003, en el que se inicia el Plan de Acción a que antes he aludido [COM (2003) 68 final, accesible en http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm].

Otro de los aspectos relevantes de la monografía, que más agradecerán los juristas prácticos, es el tratamiento que el autor hace del régimen tributario aplicable al contrato de cesión de suelo por obra. En mi opinión, se trata de un acierto indudable de esta monografía, pues lo que desde una perspectiva puramente iusprivatista puede parecer adecuado a los intereses de las partes, en el plano tributario puede suponer una cortapisa considerable. Es más, partiendo de unas determinadas normas tributarias en nuestro ordenamiento jurídico, a la hora de asesorar a las partes que pretenden realizar un negocio jurídico concreto de intercambio de solar por obra futura, el enfoque de la cuestión puede variar de forma considerable si se explican adecuadamente las repercusiones fiscales que tiene el adoptar una u otra solución. Es posible que el legislador no haya sido plenamente consciente de que por esta vía se puede influir poderosamente en el tráfico inmobiliario, pero nadie puede dudar a estas alturas de la trascendencia que en el comportamiento jurídico de los particulares puede tener la carga fiscal que deben soportar con cada uno de sus actos y negocios jurídicos. De esta manera, el Derecho tributario se puede convertir en un valioso instrumento en manos del legislador para orientar un determinado tipo de política jurídica. Me permito recordar a estos efectos que el legislador francés, tras reformar en profundidad el contenido del *Code civil* en materia de *testament-partage* y de *donation-partage*, sólo consiguió un efectivo cambio en el comportamiento de los particulares en el momento en que, con posterioridad, modificó la normativa fiscal aplicable a estas figuras, incentivando una (la que pretendía extender el legislador en la práctica) en perjuicio de la otra. El profesor RUDA GONZÁLEZ no ha sido ajeno a estos planteamientos y, con cita de numerosas contestaciones de la Dirección General de Tributos, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, trata el complejo régimen tributario de las diferentes modalidades de contratación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Igualmente se refiere al Impuesto sobre Actividades Económicas para las actividades de promoción inmobiliaria.

En definitiva, esta monografía constituye, a mi juicio, una aportación imprescindible para el estudio, práctico y teórico, de esta figura contractual. Abogados, jueces, notarios y registradores de la propiedad, así como los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, encontrarán en sus páginas soluciones a problemas concretos, así como planteamientos del autor sumamente novedosos que permiten abordar con acierto otras cuestiones conexas. El investigador, el estudioso del Derecho, encontrará, además, en la obra del profesor RUDA GONZÁLEZ un tratamiento exhaustivo de todos los problemas dogmáticos que plantea la cesión de suelo por obra en

Derecho español, en el Derecho civil de algunas Comunidades Autónomas y en el Derecho Comparado. La bibliografía utilizada, española y extranjera, es muy completa, y se facilita la posibilidad de profundizar en la materia con una recopilación de pronunciamientos jurisprudenciales, clasificados por materias, no sólo de Tribunales españoles, sino también de otros países. La obra, además, está escrita en buen castellano, que facilita una lectura ágil, lo que siempre es de agradecer cuando se aborda una problemática tan compleja, que el autor desgrana con enorme soltura. Sin duda un acierto editorial, que viene a cubrir un hueco en nuestra literatura jurídica, no sólo en cuanto al estudio de la figura en sí de la cesión de suelo por obra, sino en cuanto a las soluciones que proporciona para resolver problemas concretos.

Andrés Domínguez Luelmo
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

“Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas”, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel. Editorial Civitas, Madrid, 2002, 1.144 páginas.

La reforma del Derecho español de propiedad industrial, iniciada hace casi veinte años con la adhesión de España a las Comunidades Europeas, ha tenido recientemente un nuevo hito con la promulgación de la Ley de Marcas 17/2001.

La nueva Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001 supone la culminación del proceso de modernización del Derecho de marcas, sustituyendo a la anterior Ley de 10 de noviembre de 1988. Se trata de una norma ambiciosa en la que el legislador ha acometido una reforma de envergadura. Se ha aprovechado para incorporar normas internacionales de obligado cumplimiento (la más importante la Directiva 89/104/CEE, primera Directiva de aproximación de la legislación de los Estados miembros en materia de marcas; además del Tratado de Derecho de Marcas, el Acuerdo sobre los ADPIC –Anexo 1 C del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio–, etc.) y, sobre todo, para realizar una modernización y puesta al día de la legislación. Ciertamente, la STC 3-VI-1999 (STC 103/1999) supuso el acicate final para la aprobación de la nueva Ley de Marcas. Dicha Sentencia del Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales determinados preceptos de la anterior Ley, con apoyo en la infracción de los criterios constitucionales de atribución de competencia en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad industrial.

Se trata de una ley extensa, ya que consta de una Exposición de Motivos, 91 artículos divididos en diez títulos, diecinueve disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, dos disposiciones finales y un anexo. La entrada en vigor del texto completo se produjo el 31 de julio de 2002.

La Ley presenta como principales novedades:

- a) La protección reforzada de la marca renombrada y de la marca notoria. La marca renombrada es aquella que es generalmente conocida por todos y su protección trasciende el principio de especialidad (es decir, que la marca sólo se proteja para el sector de productos o servicios en el que está registrada).
- b) Se ha modificado el procedimiento de concesión de las marcas, suprimiéndose el régimen de control de oficio de las prohibiciones relativas. En otros

términos, la Oficina Española de Patentes y Marcas ya no controlará que la marca solicitada no entre en conflicto con derechos anteriores, serán los titulares de estos derechos anteriores quienes tengan la carga de oponerse. A semejanza de la mayor parte de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la OEPM sólo controlará de oficio las prohibiciones absolutas (que el signo solicitado tenga algún defecto intrínseco por ser genérico, descriptivo, atentar contra el orden público, etc.), examinándose las relativas únicamente en caso de que se presenten oposiciones. Existe alguna modificación del procedimiento como consecuencia de la introducción del sistema multi-clase de registro (una única solicitud puede comprender todos los productos y servicios comprendidos en el Nomenclátor internacional de marcas) y otras para lograr una mayor armonización con otros sistemas (como la figura del restablecimiento de derechos o del arbitraje administrativo).

- c) La protección de las marcas frente a su utilización como nombre de dominio.
- d) El establecimiento de un canon mínimo indemnizatorio del 1 por 100 de la cifra de negocios que ha obtenido el infractor por la violación de la marca, en caso de que no se pueda probar el daño sufrido.
- e) El acercamiento de la regulación del nombre comercial al de la marca, suprimiéndose la vinculación del nombre comercial al establecimiento mercantil y simplificándose extraordinariamente la tramitación de los nombres comerciales.

La supresión de la figura del rótulo de establecimiento, que subsiste con carácter provisional con arreglo a lo recogido en las disposiciones transitorias.

El *Comentario a la Ley 17/2001* del prof. MANUEL LOBATO es el primer comentario que aparece en relación con la nueva Ley de Marcas. La obra aborda de una manera exhaustiva las novedades antes comentadas de la Ley. Debe destacarse, en particular, el análisis de las nuevas figuras del Derecho de marcas (arbitraje en el procedimiento administrativo, restablecimiento de derechos o *restitutio in integrum*, prescripción por tolerancia) y del nuevo procedimiento administrativo de concesión (sin examen de oficio de anterioridades registrales). Igualmente es objeto de un estudio especial la nueva concepción de figuras ya existentes (marca notoria, doctrina de la doble inmatriculación, prohibiciones absolutas y relativas, etc.), respecto de las cuales el legislador en muchas ocasiones ha resuelto los problemas derivados de la aplicación de la anterior Ley. Se trata, además, de un comentario crítico, en la medida en que el legislador ha dejado sin resolver algunas cuestiones (como la de la relación entre denominación social y nombre comercial; la pervivencia de la figura de la marca pseudoderivada, etc.). Otra característica del *Comentario* es la referencia amplísima a la práctica de la Oficina Española de Patentes y Marcas y a la jurisprudencia española (tanto de lo civil como de lo contencioso-administrativo) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

M. LOBATO es un conocido especialista en la disciplina del Derecho industrial y abogado en ejercicio. Es también autor de diversas monografías (sobre la reserva de dominio en la quiebra, la patente farmacéutica y la marca comunitaria), director de varias obras colectivas sobre Derecho de patentes y Secretario General del Instituto de Derecho y Ética Industrial.

Joaquín Zejalbo
Notario