

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2003



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 46, abril-junio 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 Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. *Francisco-Javier García Más*
D. 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

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
BALLARÍN MARCIAL, Alberto: “La mediación”.....	9
CORRAL GARCÍA, Eduardo: “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores”.....	27
DOWNES, Noemí: “El <i>Erbschein</i> en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?”.....	67
EMBID IRUJO, José Miguel: “La «sociedad limitada nueva empresa» en el marco del Derecho español de sociedades”.....	107
LUCENA GONZÁLEZ, Pedro Antonio: “Arbitraje y arbitramento: el «administrador de la duda negocial»”.....	141
MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: “Antes que heredar, pagar”.....	169
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Identificación de los sujetos jurídicos, especialmente en el Derecho medieval y en sus documentos notariales”..	181
SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. ^a Paz: “Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos”.....	211
PRÁCTICA NOTARIAL	
POU AMPUERO, Felipe: “Reducción de capital en SL con cargo a reservas”.....	241
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: “Sustitución fideicomisaria condicional de un caudal de acciones”.....	249

LA MEDIACIÓN (*)

ALBERTO BALLARÍN MARCIAL

Notario

SUMARIO: **I.** UNA DEFINICIÓN Y NOTAS ESENCIALES. **II.** IMPORTANCIA ACTUAL DE LA MEDIACIÓN. **III.** VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN. **IV.** SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA MEDIACIÓN. **V.** CLASES DE MEDIACIÓN. **1.** En el marco de un procedimiento judicial. **2.** ADR convencionales. **3.** La mediación internacional. **4.** La mediación en materia civil o mercantil. **5.** Mediación familiar. **6.** Mediación impropia y mediación propia. **VI.** EL CONTRATO DE MEDIACIÓN. **1.** Mediación y transacción. **2.** Capacidad. **3.** Naturaleza jurídica. **4.** La condición de mediador. **5.** La teoría de la negociación. **VII.** EFICACIA DE LA MEDIACIÓN.

(*) El autor, como académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, ha contribuido con este trabajo a una serie de estudios relacionados con la LEC.

I. Una definición y notas esenciales

Según el Diccionario de nuestra Academia de la Lengua, se entiende por “mediación” “la acción y efecto de mediar” y por “mediar”, entre otros significados, el 3, señala el siguiente: “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”. Esta definición me parece totalmente ajustada a lo que jurídicamente debemos entender por mediar, como una actividad que corresponde al grupo que los anglosajones consideran ADR, siglas que se pueden concretar en castellano como “solución alternativa de disputas”, queriendo decir con ello que se trata de un sistema distinto del habitual o tradicional de acudir a los tribunales, ya sean judiciales o arbitrales, para que un juez, un tribunal o bien uno o varios árbitros, dicten la solución, la cual habrá de acatarse y cumplirse.

MAGDALENA TORRERO MUÑO, partiendo de la Recomendación n.R) 198 sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de los Estados Miembros de la UE el 21 de enero de 1998, la define como “el procedimiento en el que un tercero, que no está directamente interesado en las cuestiones que son el objeto de conflicto, facilita la comunicación entre las partes para ayudarles a resolver sus dificultades y lograr acuerdos”; por otro lado, nos ofrece las dos siguientes notas relativas a la mediación familiar, pero válidas, en mi opinión, para todos los casos:

- a) es un procedimiento extrajudicial;
- b) su fuerza radica en la voluntad de las partes, no hay **vis** coactiva. Hay un consentimiento libre y consciente de las partes de someterse a la mediación y, en caso de que se lograra, de cumplir voluntariamente el acuerdo. (*Las crisis familiares en la Jurisprudencia, criterios para una mediación familiar*, Valencia, 1999, pp. 24 y 25.)

Es preciso, pues, aclarar ante todo que las partes no están obligadas, como ocurre en el arbitraje, a aceptar el dictamen o propuesta de acuerdo que emane del mediador, sino que ello depende de su voluntad y ahí reside, a mi juicio, la servidumbre y grandeza de la mediación.

En términos generales, podríamos decir que la mediación es el procedimiento alternativo de solución de conflictos entre dos o más interesados mediante la ayuda de un tercero imparcial, designado por todos ellos, el mediador, que, oyendo a las partes y analizando las diversas cuestiones en juego, formula una propuesta de acuerdo y procura convencer a las partes para que la acepten.

II. Importancia actual de la mediación

En el fondo se debe a la relación que existe entre este sistema y los valores democráticos de respeto mutuo, de la preeminencia general del diálogo frente a la acción unilateral, del rechazo de la violencia en todas sus formas, del fomento de las soluciones amistosas, etc. En España concretamente, la aparición de este procedimiento, más en el terreno doctrinal especulativo que en la práctica jurídica, se ha producido recientemente, tras el advenimiento de la democracia y por influencia de países de gran tradición democrática como son los anglosajones.

Hay que reconocer que, con la democracia, España ha devenido un “país litigioso”, pues han aumentado de modo extraordinario los litigios de todo tipo, de los ciudadanos entre sí y de los ciudadanos contra el Estado en defensa de sus derechos, de los consumidores frente a los productores y distribuidores, de los cónyuges y parientes en el ámbito matrimonial y familiar, de los sindicatos frente a los empresarios... El contrapunto de esta nueva realidad está siendo la propuesta de “soluciones alternativas del conflicto” o ADR, pues no alcanzan los jueces ordinarios a resolver tantos pleitos como se interponen, si no es con retrasos que perjudican a las partes y a la imagen de la Justicia.

La democracia lleva consigo una mayor preocupación por los derechos del particular y así se crean Defensores del Pueblo o Defensores del Cliente, en el caso de Bancos, Compañías de Seguros u otras similares, del Defensor del consumidor, del soldado, del menor, del accionista, del contribuyente, etc., que son de alguna manera “mediadores” de Derecho público que no procede estudiar en este lugar.

Algo más tarde han hecho aparición los mediadores de familia; antes habían surgido los árbitros en materia laboral, las juntas arbitrales de arrendamientos rústicos, que no han funcionado, salvo en alguna Comunidad Autónoma aislada y otras instituciones que tratan de frenar el número de reclamaciones, obligando incluso a las partes a someterse previamente a esos intentos de conciliación, del mismo modo que los jueces deben siempre hacerlo invitando a las partes que inician un litigio a que lo resuelvan de forma amistosa (según una información publicada en *El País* –del 26-VIII-2002–, el 40 por 100 de los juicios con jurado se resuelven con un “pacto” previo entre el reo y el fiscal).

Incluso en el ámbito del Derecho internacional nos encontramos con mediadores designados por Naciones Unidas para la solución de contenidos entre países difíciles de resolver, y por ello mismo es preciso evitar que se acuda a las armas. (Un ejemplo es la intervención del ex secretario de Estado Baker, en el caso del Sahara occidental.)

Buena prueba de esta importancia actual de la cuestión la constituye la amplísima información que encontramos sobre esta materia en Internet, en especial la referida a los países anglosajones, con sólo escribir la palabra ADR o Mediación o Mediación, Arbitraje, Conciliación. Hemos hecho, en el presente trabajo, una amplia utilización de esos contenidos.

Una prueba definitiva nos la suministra la publicación del LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, BRUSELAS, 19-04-02. Sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil (presentado por la Comisión).

Este documento (en adelante LV) nos informa de que, en la cumbre de Viena de diciembre de 1998, los jefes de Estado y de Gobierno aprobaron el plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre las disposiciones óptimas de aplicación de las disposiciones del Tratado de Amsterdam, relativas al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia y, con tal motivo, se recomendó “examinar la posibilidad de elaborar modelos de soluciones no judiciales de los conflictos, en particular por lo que se refiere a los conflictos familiares transnacionales”: derechos de custodia y visita de los hijos, división del patrimonio familiar (que se echaba en falta alguna vez al leer listas de casos de la mediación familiar) o en la fijación de asignaciones para alimentos. Las partes podrían recurrir a una ADR, pero, en algunos casos, ello se cuestiona, como en el ejemplo del rapto del menor que acepta no volver.

El 6 de septiembre de 2001, la Comisión adoptó una propuesta de reglamento del Consejo sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, la cual querría favorecer la utilización de las ADR.

Las ADR son un elemento clave en materia laboral, tanto en los conflictos de intereses (adopción de convenios laborales) como en los relativos a ciertos derechos. La mayor parte de las ADR se desarrollan bajo la responsabilidad de los interlocutores sociales. Si fracasan éstos, pueden recurrir las partes a las estructuras de ADR propuestas por las autoridades públicas. La Comisión está realizando los trabajos preparatorios para aplicar las ADR a los conflictos transnacionales.

Los principales problemas planteados por ese interesante documento se refieren a:

- Elementos determinantes de los procesos, cláusulas de ADR.

- Los plazos de prescripción.

- La confidencialidad.

- Validez de los consentimientos.

- Eficacia de los acuerdos derivados.

- Formación de los terceros intervinientes.

- Responsabilidad de los mismos.

Podríamos añadir la necesidad o conveniencia de un tratamiento legislativo y, caso afirmativo, lugar adecuado para llevarlo a cabo: ¿ley de la jurisdicción voluntaria que se está elaborando en el momento de escribir este trabajo?; ¿debió ser la Ley de Enjuiciamiento Civil?, ¿podría ser la Ley de arbitraje? ...

Asimismo, conviene insistir en la clara distinción que debe hacerse entre la mediación y el arbitraje, que se presenta no muy difícil, pues en el arbitraje la decisión o dictamen del árbitro o árbitros es obligatoria para las partes que se sometieron al mismo, mientras que, según lo dijimos, nada parecido ocurre en la mediación donde el mediador simplemente ayuda a llegar a un acuerdo que será obra de las partes, si es que lo consiguen finalmente. Sin embargo, y como lo hemos de ver más adelante, la mediación tiende o debe tender a lograr más y mejor eficacia, de modo que se aproximará para ello al arbitraje, aunque en todo caso subsistirá la diferencia crucial de la obligatoriedad absoluta en él frente a una simple recomendación en el caso de la mediación, por más que le añadamos alguna dosis de coacción para lograr la aceptación por las partes de lo recomendado por el mediador. (No estará de más señalar que también se contraponen en el ámbito internacional los términos de “arbitration” y “conciliation”, palabra esta última que equivale a la de “mediation”; es útil en este sentido el folleto editado por la Cámara Internacional de Comercio de París, en 1997, con el título de ICC Rules of Arbitration ICC Rules of Conciliation, ambas obligatorias desde 1998.)

Según el LV, el panorama actual sobre los viejos precedentes se caracterizaría por el gran desarrollo que va adquiriendo la mediación.

III. Ventajas e inconvenientes de la mediación

Las ventajas de esta “justicia privada” frente a la crisis de eficacia de los sistemas judiciales que enuncia el LV son éstas:

- Interés renovado por lo privado.

- Carácter práctico y coyuntural.

- Supera las dificultades que sufren algunos países en materia de justicia.

- Evita la multiplicación de procesos, amplificadas por el mercado interior y el comercio electrónico.

- La cantidad, complejidad y carácter técnico de los textos legislativos se superan con las ADR.

- Conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales que se superan también.

- Se evitan procesos largos y costosos.

- Se facilita el derecho a la justicia y al recurso efectivo elevado al rango de principio general de Derecho comunitario (S. de 15 de mayo de

1996. Asunto 222/84, Jhonson, Recopilación, p. 1651, recogido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Los métodos ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios.

Permiten que las partes entablen un diálogo y que evalúen la conveniencia o no de dirigirse a los Tribunales.

Costes por lo general mucho más bajos, siempre que se llegue a un acuerdo, pues, en otro caso, el gasto habrá sido inútil.

Después de terminar la mediación por acuerdo, las partes continúan o inician relaciones de amistad, quizá las de comercio, etc., en lugar de quedar como enemigos irreconciliables.

Todo ello acentuado en los conflictos transfronterizos [V. El LV de la Comisión de 9 febrero 2000, "Asistencia jurídica en litigios civiles. Problemas para el litigante transfronterizo", COM (2000), 51 final].

En general, podríamos decir que el desarrollo creciente de las ADR es una manifestación de la importancia moderna que adquiere la sociedad civil frente al elemento estatal y oficial o burocrático.

Pero hay que aludir, cosa que no hace el documento LV, a los inconvenientes:

Hemos observado en la práctica que, en no pocas ocasiones, se acude a las ADR para ganar tiempo y demorar, por ejemplo, el pago o el esclarecimiento de si procede una indemnización, para lo cual la parte deudora finge aceptar la ADR, desarrolla la actividad que le corresponde, pero, al final, dice simplemente que no acepta la recomendación del tercero, que no hay acuerdo, y así se zafa de la cuestión, tras haber entretenido a la otra parte y al tercero durante un plazo de meses o de años.

Otro supuesto de fracaso se da cuando una parte pretende conseguir con la mediación una victoria total sobre la otra sin hacerle la menor concesión; para que la mediación tenga sentido es necesario un espíritu flexible y comprensivo en ambas partes, ya que el mediador trabaja siempre a base de concesiones más o menos importantes, de modo que va logrando así una aproximación de posiciones; pero se da el caso de que, en el último minuto, la parte en cuestión se quita la careta y dice que no cede en nada, con lo cual se viene abajo todo lo actuado y queda en una penosa situación la parte que ha cedido en aras de la concordia y que quizá, llevada de su buena fe, ha facilitado pruebas o informaciones a la otra parte.

Así pues, el principal inconveniente de la ADR es su falta de efectividad, que es lo que debe encontrar algún tipo de remedio. Sabemos que no puede ser obligatoria la solución y que ni siquiera puede hablarse propiamente de "solución", sino que se requiere el acuerdo de las partes, pero hay que forzar de modo indirecto a que se tenga que aceptar el consejo o recomendación del tercero o, al menos, podría lograrse que la inacep-

tación le costara algo para que no quedara completamente indemne el incumplidor.

Ya revelo, con esta observación, *mi propósito fundamental: sería el de construir una mediación capaz de producir, al menos, algún efecto sancionatorio para quien, después de haber hecho trabajar al tercero, no quiere ningún acuerdo, porque no buscaba en realidad el acuerdo, sino la victoria, o quizá información para montar el pleito que está y estaba decidido a poner.*

Después de una experiencia de cierto relieve en mi profesión de notario primero y de abogado después, puedo afirmar que si dotáramos de alguna eficacia jurídica al dictamen o acuerdo del mediador fomentaríamos el uso de la mediación.

En el LV puede verse la enumeración de todos los instrumentos legales y acuerdos en los que se puede comprobar la postura favorable a la mediación por parte de la Comisión y aun de los Estados Miembros (pp. 9, 10, 11 y 12, con sus notas a pie de página, a las que me remito).

2. El LV se refiere a las ADR en el marco de los procedimientos judiciales.

En Portugal, el Ministerio de Justicia presentó en 2001 un protocolo sobre formación de jueces de paz y mediadores.

En Alemania, se clasificó el servicio de los abogados como jurídico a efectos de la ADR y, por lo tanto, se les confió enteramente, pero el LV añade: “ello pudiera dar lugar a que el legislador clasificara como no necesariamente jurídicos tales servicios”.

En Italia, las competencias se definen como propias de los jueces de paz; en Grecia, la ley de enjuiciamiento civil los entrega a los jueces de paz.

En Finlandia, el juez está obligado a intentar previamente que se alcance un acuerdo entre las partes, igual que en Alemania.

En España, Italia, Suecia, Inglaterra y País de Gales es obligatoria la incitación a que se logre el acuerdo. En Alemania, Grecia y Bélgica es obligatorio recurrir a la ADR.

Se están llevando a cabo experiencias piloto, etc.

Los seleccionados por el juez pueden ser funcionarios, particulares designados por las autoridades judiciales según determinados criterios o seleccionados caso por caso. (V., para más detalle, las notas de la p. 16 del LV.)

Para la Ley de Enjuiciamiento civil española, véanse los artículos 414 y 415 de la Ley 1/2000.

Otro gran tema es el del mediador designado, **motu proprio**, por el juez, que quizá pudiera hacerlo fijándole el plazo para formular su recomendación, y el valor de ésta sería el caballo de batalla; podría decirse que, aprobada por el juez, adquiriría valor obligatorio sin perjuicio del

derecho de las partes disconformes de acudir al juicio ordinario, de modo que gozarían del derecho constitucional de tener tutela judicial efectiva. No puede haber duda de que sería un gran factor disuasorio la mediación previa, pues dada la solución del mediador, generalmente realizada por un abogado seleccionado de una lista elaborada por el Colegio, y, especialmente, dada la aprobación por el juez, sería harto improbable la revocación de esa resolución final.

IV. Supuestos excluidos de la mediación

Según el LV lo serían:

El arbitraje. (El Convenio regulador del internacional es el de Nueva York de 1958, <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>. En el Convenio, en el marco del Consejo de Europa es de 1966 (www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm).

El peritaje.

Las cuestiones relacionadas con los derechos no negociables y que interfieren en el Derecho público, como ciertas cuestiones del Derecho de familia, del de la competencia y del relacionado con el consumidor, a las que no se puede aplicar una ADR.

El arbitraje en materia de consumo.

Los “sistemas de procesamiento de demandas, puestos a disposición de los consumidores por los profesionales”.

Los “sistemas de negociación automática” propuestos por la sociedad de la información, “instrumentos técnicos para facilitar la negociación”.

V. Clases de mediación

1. En el marco de un procedimiento judicial.

El LV distingue las aplicadas por un juez o confiadas por él a un tercero (ADR en el marco de un procedimiento judicial) y las ADR a que recurren las partes al margen de cualquier conflicto (ADR convencionales, dentro de las cuales procede una segunda distinción: al término de determinados procedimientos de ADR (Recomendación 98/25 de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios para la solución de conflictos de consumo, DO L 115, de 17 de abril de 1998; esa Recomendación se refiere al arbitraje en materia de consumo que queda fuera del LV), el o los terceros deben tomar una decisión vinculante para una de las partes (**Ombudsmen** de bancos, compañías de seguros, etc., cuyas

decisiones obligan a las empresas adheridas al sistema) o hacer una Recomendación a las partes, que la seguirán o no (como los “**Consumer Complaint Boards** escandinavos).

Es preciso, a mi juicio, meditar sobre el artículo 1.058 del Código civil para tratar de aplicar ese mecanismo; nos parece modélico aquel precepto que trata de evitar que un heredero minoritario haga chantaje a los demás, como tantas veces ha ocurrido, mediante condicionar su indispensable firma de la partición a que se le atribuya más que a los otros o bien determinadas fincas u objetos. Por ejemplo, podría decirse que en todo supuesto de disolución y liquidación de una comunidad de bienes o derechos funcionaría el mecanismo del citado artículo de nuestro primer Cuerpo legal, o sea, que la mayoría de los interesados, que sumen la mayor parte o volumen de los intereses en juego, pudiera dirigirse al juez para que designara un mediador, al que fijaría un plazo para emitir su dictamen o elaborar la minuta de la escritura de partición, que sería efectiva tras la aprobación judicial, sin perjuicio, en todo caso, del derecho del no firmante a acudir al juicio ordinario.

Debemos citar el precedente de la Red Europea de Arbitraje y Mediación (REAM), creada en 1994, que disfrutó en un principio de ayudas económicas de la UE.

2. ADR convencionales.

Según el LV: no son objeto de ninguna normativa en los EM.

Se aplican los principios generales del Derecho contractual y los de los acuerdos internacionales.

En una serie de EM se han creado servicios sectoriales, como ha ocurrido en los países escandinavos (v. para detalles notas de la p. 17).

3. La mediación internacional.

El LV se refiere a la dimensión internacional de la mediación. Ésta no se limita a las cuestiones entre los ciudadanos de los EM de la UE.

La ADR figura en las agendas de una serie de organizaciones intergubernamentales:

El Consejo de Europa, que actualmente elabora una Recomendación sobre la mediación civil.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, en materia de conciliación internacional.

La OCDE.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre un Proyecto de Convenio sobre la competencia y el reconocimiento de los juicios celebrados en el extranjero.

En materia de comercio electrónico, cita el LV una serie de organizaciones a favor de la ADR (p. 12).

4. La mediación en materia civil o mercantil.

En materia de derecho civil y mercantil, se recuerda el interés que muestran:

Los Estados candidatos a la adhesión.

Los Estados Unidos de América. La mayoría de los Estados de la Federación han adoptado leyes a favor de la mediación en diversos ámbitos.

En Canadá y en Japón ha habido iniciativas legislativas.

En la UE, los ministros de Justicia de los Quince decidieron emprender trabajos sobre las ADR relacionados con el derecho civil y mercantil, a escala de la UE, e invitaron a la Comisión a recoger información y a elaborar un LV.

En Francia se creó el “**Conseil Consultatif de la médiation familial**”.

5. Mediación familiar.

Tal vez proceda destacar la importancia de este tipo de mediación que ha suscitado dos monografías españolas, la ya citada de MAGDALENA TORRERO y la de TRINIDAD BERNAL SAMPER, titulada *LA MEDIACIÓN. Una solución a los conflictos de ruptura de la pareja*, Madrid 2002; no será ocioso señalar que la primera es jurista, mientras la segunda aparece como doctora en Psicología y directora del Centro de Resolución de Conflictos APSIDE; también debe añadirse que los dos libros sobre Mediación publicados en 2001 corresponden a CELIA GONZÁLEZ-CAPITEL, llevando el primero como título *Mediación X 7*, título que alude a las siete especies de mediación analizadas por la autora: la comunitaria, medioambiental, tributaria, familiar, penal de menores, multicultural y organizacional; el segundo se titula *Manual de Mediación*, siendo la autora de ambos licenciada en Bellas Artes.

Lo anterior guarda relación con la cuestión de quién puede ser mediador; aunque los abogados sean más propicios por su formación y por la práctica, lo cierto es que los mediadores individualmente o en equipos son de diversa formación, sin que pueda exigirse que sean juristas; en muchas ocasiones éstos se limitarán a asesorar a las partes y al mediador, si éste lo pide; en este sentido se manifiestan las reglas citadas de la Conciliación internacional, cuyo artículo primero dice que “el conciliador se designará por la Cámara de Comercio”, sin que se refiera para nada a que sea o deba ser un jurista.

Es evidente la conveniencia de que el mediador o conciliador tenga

una formación especial para el ejercicio de su labor, como lo revela el título de *Posgrado en Mediación de la Universidad de Barcelona*, exhibido por CELIA GONZÁLEZ-CAPITEL, por el que sabemos de la existencia de ese Posgrado en Barcelona; es probable que los Colegios de Abogados u otras Instituciones organicen cursos de formación.

6. Mediación impropia y mediación propia.

Después de recoger las diversas clases de ADR enunciadas en el LV, me atrevo a introducir esta distinción, pues la experiencia me ha enseñado su importancia:

La mediación impropia se produce con gran frecuencia en las actuaciones notariales y de los abogados. En muchas ocasiones surgen cuestiones más o menos importantes a la hora de firmar una escritura de compraventa, de sociedad, de partición de herencia, etc., que no habían sido previstas por las partes ni por sus asesores y es preciso resolverlas para el buen fin de la operación; el buen criterio del notario o de los abogados que asisten a las partes lo hace en el acto y, si se acepta por los interesados, tenemos un ejemplo interesante de mediación impropia con éxito.

Llamo impropia a esta clase de mediación por cuanto no existe un contrato de mediación suscrito por las partes, sino que todo sucede en el terreno de los hechos y gracias a la imparcialidad del notario, el cual es de esperar que dará una solución no partidista, sino justa y equilibrada, la cual merecerá seguramente la aprobación de las partes y de sus abogados, si es que éstos, como ocurre en la mayoría de los casos, hacen gala de un espíritu constructivo.

Pero esta mediación impropia no aparece tan sólo en esos momentos que podríamos llamar críticos, sino que, a veces, se desarrolla durante semanas o meses porque la parte consiente en que el abogado hable con el de la parte contraria en busca de una transacción. He aquí a dos abogados que están tratando de poner de acuerdo a las partes para evitar un pleito o para poner fin al que se había ya iniciado, o sea, que están desarrollando una labor de mediación.

Aquí es donde sucede a veces que, tras arduas negociaciones, se llegue por los profesionales a un acuerdo que la parte belicosa no acepta finalmente.

La mediación propia es aquella, en cambio, que se produce cuando se firma un contrato de mediación en el que se designa un mediador y se establecen plazos y normas de procedimiento por las partes, lo que nos lleva a analizar tal tipo de contrato, así como a proponer las reformas que sería preciso, a nuestro juicio, establecer para la eficacia relativa de la media-

ción propiamente dicha; he aquí los principios comunes a todos los procedimientos:

Voluntariedad.

Organización del procedimiento por las mismas partes, basándose en la imparcialidad y equidad del tercero.

Confidencialidad.

Los EM los basan en la perspectiva de las garantías del procedimiento.

(Véanse, para más detalles, notas de la p. 17 del Documento de la Comisión, LV.)

En la UE, apoyo del consumidor. El LV analiza la cuestión de la aplicación de las ADR a los consumidores; en pp. 17 y ss., la relaciona con la aplicación a la materia del derecho civil y mercantil, cita y expone las dos Recomendaciones básicas: la de 10 de marzo de 1998 y la de 4 de abril de 2001, así como la creación de las dos redes europeas de instancias nacionales, la extrajudicial europea “EEJ-NET” para el consumidor y la “FIN-NET” para litigios en el sector de los servicios financieros que conecta los 35 servicios nacionales competentes.

Las ADR para conflictos de consumo son objeto de especial atención en el ámbito del comercio electrónico (p. 20).

Me interesa recordar aquí la Propuesta del Parlamento Europeo, de septiembre de 2000, que, bajo ciertas condiciones, propuso que “las cláusulas por las cuales el consumidor y el operador acuerdan por contrato que cualquier desacuerdo debe remitirse a un sistema extrajudicial de solución de conflictos autorizado, en virtud de un plan autorizado por la Comisión”, son oponibles al consumidor (p. 21).

Pero la Comisión no acogió esas enmiendas del Parlamento Europeo; en primer lugar, tal solución pudiera plantear problemas de carácter constitucional en algunos Estados miembros. En segundo lugar, los sistemas que tal solución presupondría no existen en la práctica; en tercer lugar, las relaciones procesales entre los sistemas de solución alternativa de los conflictos y los recursos judiciales (en materia de condiciones, por ejemplo) son muy complejas y deben profundizarse las mediaciones de conflictos **on line** y los métodos tradicionales,

Finalmente, ¿cómo se podría desarrollar el recurso a las ADR en el ámbito del derecho de familia?

Sobre el acceso a la justicia, cuál sería el alcance de las cláusulas contractuales de recurso a las ADR, los plazos de prescripción, la confidencialidad, la eficacia de las ADR y la responsabilidad de los terceros, v. p. 27, pero me interesa recoger la siguiente preocupación: si las cláusulas contractuales pueden afectar al derecho de acceso al juez en la medida en que tengan por efecto retrasar o, como resultado, impedir plantear el caso ante los tribunales, según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 del

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Con relación a las cláusulas por las que las partes se comprometen a resolver sus diferencias por la mediación, se estima que la negativa a utilizar la ADR pactada sería una violación contractual y de la buena fe.

La preocupación por la desigualdad entre las partes lleva a plantear la posible aplicación de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas a las ADR en contratos celebrados con consumidores. V. el Anexo indicativo de la Directiva con ejemplos de cláusulas que prohíben las que tengan por objeto dificultar o impedir el recurso a los tribunales.

— ¿Conviene uniformar su regulación siquiera fuera para que un procedimiento de ADR iniciado en un país pudiera suspender el procedimiento en otro país o suspender el plazo de prescripción para acudir a los tribunales en ese otro país?

— ¿Habría que admitirlas en general o sólo en contratos de adhesión o con los consumidores...? Obviamente yo me inclino por lo primero.

— ¿Qué alcance? (véanse pp. 29 y 30 del Documento que venimos citando), ¿habría que negar la competencia judicial para conocer el litigio, siquiera fuera provisionalmente?

Una cuestión de gran interés es la que se plantea en la p. 30 del Documento, ¿convendría aproximar las legislaciones de los Estados miembros para que, en cada Estado miembro, el recurso a un mecanismo alternativo de resolución de litigios dé lugar a la suspensión de los plazos de prescripción para poder acudir a los tribunales? En mi opinión, ello debería ser así, pero es evidente que para conseguir tan importante efecto interruptor debe haber una ley que lo disponga, la cual establecería a su vez las condiciones o requisitos aplicables, por ejemplo, lo relativo a la calidad, o sea, que no cualquier tipo de mediación, sino tan sólo aquella que se ajustara a los principios básicos en la materia, produzca ese importante resultado de interrumpir la prescripción. De ahí que sigamos con las Recomendaciones.

Se recuerda que las Recomendaciones emanadas en materia de consumo establecen una serie de principios para la calidad: independencia o imparcialidad, transparencia, legalidad, debate contradictorio, eficacia y respeto del Derecho, libertad y representación (Primera y segunda Recomendación de la Comisión) (v. ob. cit., p. 31). Aunque consagrados en el ámbito del consumo, yo pienso que son útiles en general y también dice que los Códigos de Deontología pueden ser de gran utilidad (ob. cit., p. 31, véase nota 121).

A continuación trata de la confidencialidad, que puede ser dispensada por las partes, total o parcialmente, y es muy rigurosa para los terceros (ob. cit., p. 32).

VI. El contrato de mediación

1. Mediación y transacción

Es interesante la frase del LV: “toda mediación concluye en una transacción”, luego matizada al admitir otras finalidades; podríamos decir que así ocurre en la mayoría de los casos, o sea, que se puede ver como regla general el de mediación como un contrato preliminar o preparatorio de la transacción, por lo cual algunas normas de la misma serán aplicables al contrato de mediación.

2. Capacidad.

Sabemos que para transigir hace falta capacidad de enajenar (arts. 1810-1812 del Código civil), pero no significa ello que para la mediación haga falta la misma capacidad, puesto que la mediación es, por definición, un contrato que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo transaccional, el cual será el que requiera la capacidad especial de enajenar, mientras que la mediación se logrará con sólo la capacidad general para contratar, pues no se compromete el patrimonio de las partes: ahora bien, si concebimos, como aquí lo pretendemos, que la mediación sea eficaz y produzca, en todo caso, algún efecto, siquiera sea meramente sancionatorio, siempre que se trate de una sanción en dinero, bastará la capacidad para disponer del mismo.

Más difícil es contestar a esa cuestión de la capacidad si la no aceptación del dictamen del mediador produjera el efecto de permitir a la otra parte prescindir de la confidencialidad, o sea, presentar al juez todas las pruebas realizadas, incluso el dictamen del mediador. Entonces quizá convendría exigir la capacidad para transigir, pues se está afectando al futuro de los derechos del no aceptante; la mediación, en este caso, se aproxima al arbitraje y también por este lado parece necesaria la capacidad para someter la cuestión a arbitraje.

3. Naturaleza jurídica.

Me inclino, después de ver las teorías que expone MAGDALENA TORRERO, por la tesis del contrato de arrendamiento de servicios más o menos profesionales; si el mediador es un abogado está claro que se trata de servicios profesionales, pero si admitimos, como debemos hacerlo, que haya mediación con mediadores no abogados ni psicólogos, es decir, con personas en las que se haya valorado la confianza, por ejemplo, mas no sus conocimientos técnicos, igual que ocurre en el caso de los albaceas

o contadores-partidores (véase ALBALADEJO, *El albaceazgo*, Madrid, 1969, epígrafes relativos a la retribución de los albaceas); entre las partes y el mediador habrá también un contrato de arrendamiento de servicios, mas no de servicios profesionales.

4. La condición de mediador.

Es evidente que nadie mejor que un abogado para ejercer la mediación, puesto que ese profesional del Derecho está preparado y acostumbrado, en la mayoría de los casos, a negociar transacciones, ya que es práctica habitual en nuestros despachos que, antes de entablar un pleito, se intente una negociación para tratar de llegar a un acuerdo transaccional. El abogado dispone, además, de otra ventaja: es él quien puede asesorar a las partes y hacer valer las mayores o menores probabilidades de ganar o perder el pleito que se pretende transigir, de modo que podrá utilizar ese argumento, sin duda de los más importantes, para llegar a algún tipo de acuerdo.

Ahora bien, ello no quiere decir que no haya otras personas que puedan asumir esa condición de mediadores, por tratarse de amigos de las partes, quizá empresarios de su misma rama profesional, o sea, conocedores de los negocios en los que se plantea la mediación; ambas partes confían en que propondrán, con conocimiento de causa, una solución equitativa para superar sus diferencias.

Cierto tipo de asuntos, como los de índole familiar o matrimonial, sobre todo, requieren en el mediador una formación profesional distinta de la jurídica, como lo es la de psicólogos que sean capaces de analizar a fondo la situación y de convencer a sus clientes en el sentido de una transacción.

A veces se acude a equipos de profesionales que descansan sustancialmente en la colaboración de abogados y psicólogos. (Sobre este asunto puede consultarse la obra de BERNAL SAMPER, cit. en especial, pp. 58 y ss., donde analiza la actuación del abogado y del psicólogo en los conflictos de ruptura de pareja.)

La titulación alegada por esa autora nos pone de relieve que hoy día la mediación requiere una preparación especial lograda en esos cursos de posgrado o similares para completar la formación puramente jurídica o psicológica del mediador, lo cual se relaciona con cuanto vamos a decir a continuación.

5. La teoría de la negociación.

Pienso que esta figura de la mediación quizá se podrá beneficiar en el futuro de la reciente aparición y desarrollo de la teoría de la negociación.

SIXTO RÍOS, un matemático, se pregunta si la negociación es un arte o una ciencia y echa mano de un apólogo árabe, para subrayar que la negociación –tan importante en las relaciones humanas– tiene mucho de arte, pero también de ciencia. En la Universidad de Harvard se estudia el desarrollo de la ciencia de la negociación, cuya teoría está puesta al día en la obra del profesor SHAKUN.

Cuenta un apólogo árabe que un padre dejó a sus tres hijos en herencia 17 camellos para repartirlos de modo que la mitad fuera para el mayor, la tercera parte para el segundo y la novena para el menor. Al tratar de hacer efectiva la distribución, los hijos se dieron cuenta de que era imposible seguir al pie de la letra el testamento del padre porque 17 no es múltiplo de 2, ni de 3, ni de 9. Esto creaba un conflicto que dio lugar a discusiones interminables entre los hermanos cada vez de mayor violencia, pero una anciana quiso hacer de mediadora y convencerles de que ella tenía una solución que les proponía; “vamos a ver –dijo–, si os doy mi camello tenéis 17 más 1, igual a 18 y así corresponde al mayor $18 : 2 = 9$; al segundo, $18 : 3 = 6$, y al menor $18 : 9 = 2$. Como $9 + 6 + 2 = 17$, sobra un camello, que me devolveréis”. Todos quedaron contentos y felices con la negociación y la solución a la que llegaron al tener en cuenta la hábil propuesta de la anciana. (Negociaciones, ¿arte o ciencia? *Revista de didáctica de las matemáticas*, volumen 18, junio de 1999, pp. 57-64); puede decirse que parecidos planteamientos son el origen remoto de las negociaciones en el hogar, en el mercado, en la sociedad, en los países, a nivel internacional... a partir de los años setenta se trabajaba en la construcción de una teoría de la negociación... ésta es un tipo de proceso de decisión en que toman parte dos o más agentes activos, que no pueden tomar decisiones independientemente, sino que deben hacerse concesiones sucesivas para llegar a un compromiso. El origen matemático de la teoría de las negociaciones se encuentra en la teoría de los juegos de Von Newmann. (Ob. cit. Agradezco al profesor RÍOS, Académico de número de la Real Academia de Doctores, que me facilitara este trabajo y su libro *Sistemas de ayuda a la decisión*, que le pedí tras haber escuchado la lectura de su interesante discurso de ingreso en esa Real Academia. El volumen se debe a SIXTO RÍOS, a CONCEPCIÓN BIELZA LOZOYA y ALFONSO MATEOS CABALLERO; ha sido editado por RA-Maen, Madrid, 2002).

VII. Eficacia de la mediación

Esta es la cuestión fundamental. Para lograrla es preciso que las partes establezcan ciertas normas en el contrato de mediación: que, una vez logrado un acuerdo por el mediador, la parte que no lo acepte viniera

obligada a pagar las costas del procedimiento; otra medida que quizá sería aún más efectiva sería la de dispensar a la parte cumplidora frente a la incumplidora del requisito de confidencialidad, o sea, que le estaría permitido aportar al pleito en cuestión el acuerdo del mediador, así como todas las pruebas presentadas en el mismo; si suponemos que el mediador sea un abogado que haya estudiado a fondo la cuestión y fundamentado debidamente su decisión final, ya se comprende que el juez quedará impresionado por ello, lo mismo que por alguna o por todas las pruebas y manifestaciones realizadas en el procedimiento de mediación.

Si leemos las reglas internacionales citadas, vemos que en ellas se admiten estas previsiones (regla “Novena”, para las costas, al disponer que éstas “se distribuirán por igual entre las partes, a menos que se haya acordado otra cosa por las partes”); por lo que se refiere a la confidencialidad, la regla “Décima” dispone que “a menos que otra cosa se haya dispuesto por las partes, el mediador no podrá actuar en ningún procedimiento judicial o de arbitraje relativo a la cuestión que haya sido objeto del proceso de mediación en el cual aquél haya intervenido como tal o como consejero o representante de una de las partes”. También dispone esa misma regla, en su punto segundo, que “las partes deben comprometerse a no citar al mediador como testigo en tales procedimientos, salvo que otra cosa hubieran acordado al respecto”.

Finalmente, hay que plantearse si sería necesario o conveniente que se legislara sobre esta materia, tal como se ha hecho en algunos países, como Costa Rica, por ejemplo.

Creo que para ordenar la mediación en el marco de procedimientos judiciales es absolutamente necesario que la ley lo prevea, a fin de lograr que muchos pleitos se remitan a un mediador designado por el mismo juez o aprobada por él la designación que hagan las partes (sabemos que en el Estado de Nueva York la mayor parte de los litigios, en ciertos sectores, se resuelven de esa manera, con todo lo que eso significa para la rapidez y efectividad de la justicia). La ocasión que nos brinda la elaboración de la Ley de la Jurisdicción voluntaria podría ser aprovechada.

En cuanto a la mediación convencional, la solución es más difícil; quizá convendría pasar por una etapa intermedia en la que los Colegios profesionales, en especial los de abogados, establecieran unas reglas de aceptación obligatoria para que aquéllos actuaran como mediadores, a fin de ir acostumbrando a los ciudadanos a este nuevo fenómeno. Pienso que las reglas citadas de la Cámara Internacional de Comercio, que tal vez se hayan perfeccionado en los últimos tiempos, podrían ser un modelo aceptable. La regulación legal propiamente dicha podría llegar más tarde.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES POR EL DERECHO CIVIL: EN ESPECIAL, EL PAPEL DEL NOTARIO COMO GARANTE DE LA CAPACIDAD DE LOS MAYORES (1)

EDUARDO CORRAL GARCÍA

*Profesor Asociado. Doctor de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS ENFERMEDADES NEURODEGENERATIVAS Y LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MAYORES DE EDAD. a) La incapacidad de los ancianos con demencias seniles. b) La autotutela y los poderes preventivos. 1. La autotutela. 2. Los poderes preventivos. 3. La eficacia de los documentos de autotutela y de otorgamiento de poderes. III. LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS

(1) Texto ampliado de la conferencia titulada “La protección civil de la tercera edad”, pronunciada dentro de los VII Cursos de Otoño de la Universidad de Cádiz en Jerez de la Frontera, en el Curso *La atención y protección de las personas mayores: un reto para el siglo XXI*, el 1 de octubre de 2002. La realización de este trabajo ha sido financiada por el Grupo de Investigación SEJ-327 “Contratos y Derecho de Familia”, perteneciente al Plan Andaluz de Investigación.

MAYORES. **a)** El juicio notarial de capacidad. **b)** El dolo testamentario. **c)** Conclusión. **IV. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS MAYORES.** **a)** La presunción de capacidad y el juicio notarial de capacidad respecto a la celebración de contratos por personas mayores. **b)** Consecuencias de la incapacidad para contratar de las personas mayores. **c)** Conclusión. **V. LOS DERECHOS DE LOS MAYORES EN CUANTO ABUELOS.** **a)** El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. **b)** El acogimiento familiar realizado por los abuelos.

I. Introducción

Se usen los datos que se usen, es evidente que cada vez hay más mayores de edad... más mayores. Es una realidad a la que hasta el momento se respondía desde la familia, como cédula básica de prestación de servicios con respecto a la protección personal de nuestros mayores, pero la nuclearización de la familia provoca que los mayores ya no estén atendidos solamente por sus parientes: esa función es cada vez más llevada a cabo por los geriátricos y las residencias de ancianos, bien de origen público –con la aparición del Estado de Bienestar nacen los Departamentos de Asuntos Sociales a nivel estatal, autonómico y local–, bien de origen privado.

Por tanto, protección personal y asistencial... pero, ¿qué ocurre con el patrimonio de los ancianos, sobre todo cuando es ciertamente cuantioso? Máxime si tenemos en cuenta que no sólo hay un aumento de la edad de nuestros mayores, sino que cada vez es mayor la proporción de los que sufren alguna demencia senil –Alzheimer, fundamentalmente, pero no es la única–, lo que provoca que de hecho muchos mayores no sean capaces de velar adecuadamente por sus propios intereses. La única respuesta que proporciona nuestro ordenamiento es proceder a la incapacitación judicial del enfermo, que es insuficiente ante el bajo porcentaje de personas que, sufriendo tales déficits de capacidad, son declaradas incapaces; pero en un futuro no muy lejano puede haber nuevas soluciones: nos referimos a la regulación de la autotutela y de la concesión de poderes de representación por el enfermo antes de perder su autogobierno para cuando llegue la situación de deterioro a una fase profunda e irreversible.

¿Y qué ocurre después de su muerte? Si han hecho testamento, ¿realmente lo otorgaron sabiendo lo que hacían? Aquel de los familiares que

no vea cubiertas sus expectativas tiene fácil excusa para solicitar la nulidad del testamento.

En otro orden de cosas, el progresivo aumento de situaciones de crisis matrimoniales provoca la ruptura de *ipso facto* de relaciones entre los abuelos y los nietos, sobre todo entre los de la línea distinta a la del cónyuge que obtenga la guarda y custodia de los hijos menores, relaciones a las que tienen derecho, como veremos. Además, los abuelos son destinatarios en muchísimas ocasiones de la guarda de sus nietos como resultado de la declaración de desamparo de los menores, en virtud del principio de recurrir al acogimiento familiar en el ámbito de la familia extensa del menor.

II. Las enfermedades neurodegenerativas y la capacidad de obrar de los mayores de edad

Según Cáritas, en septiembre de 2001 viven en España más de seis millones y medio de personas mayores de 65 años, el 16 por 100 de la población. Por otro lado, ha ido aumentando el porcentaje de personas mayores que sufren problemas psíquicos de diversa índole: demencias seniles, trastornos delirantes, estados confusionales (debidos, por ejemplo, a crisis diabéticas), cáncer terminal... En concreto, el 30 por 100 de las personas mayores de 85 años padece demencia senil.

Este es un problema nuevo para el Derecho, que en su vertiente privada –las relaciones de los individuos entre sí– debe fijar los requisitos para que las personas puedan intervenir sin necesidad de tutela alguna, en cuanto que, al ser capaces de tomar decisiones que afectan a sus propios intereses personales y patrimoniales y de conocer cuáles son las consecuencias de las mismas, pueden gobernarse por sí mismas. De modo negativo, el Derecho siempre ha negado esa autonomía –o capacidad de obrar plena– a los menores de edad –teniendo en cuenta que el límite que separa la minoría de la mayoría ha ido descendiendo progresivamente a lo largo del siglo XX– y a los enfermos mentales.

Hay que tener en cuenta que, así como el menor de edad, por muy maduro que sea psicológicamente, no tiene plena capacidad de obrar por ley, necesitando siempre el consentimiento de sus padres o tutores para la toma de decisiones de mayor envergadura sobre su patrimonio, en cuanto una persona llega a la mayoría de edad tiene plena capacidad mientras no se establezca lo contrario en un proceso judicial de incapacitación.

a) La incapacidad de los ancianos con demencias seniles.

El concepto clave es, pues, el de incapacitado, que ha ido ampliándose en los últimos tiempos: según la redacción actual del artículo 200 del Código civil, pueden ser incapacitados aquellas personas que sufran enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma tanto en el presente como en el futuro. Así pues, de la locura se ha pasado a la enfermedad mental, que también acoge a los enfermos alcohólicos y drogodependientes, en cuanto que ven alterada su capacidad cognoscitiva y prudencial.

El último escalón añadido ha sido la demencia senil. Efectivamente, la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998 (2) es la primera que establece que una demencia senil es causa de incapacitación. Según el relato fáctico, “el Médico-Forense informa que padece una enfermedad de carácter psíquico que le impide gobernarse por sí misma: en concreto, es una demencia incluida en la F00 10, y que ese trastorno mental es persistente y debido al mismo se halla impedida para regir su persona y administrar sus bienes, en cuanto que provoca un deterioro cognoscitivo del 40 por 100, afectación prevalente del hemisferio izquierdo y patrón hemodinámico de insuficiencia cerebrovascular crónica, lo que la incapacita de forma permanente para el normal ejercicio de sus responsabilidades cotidianas y legales... ésta padece la enfermedad de Alzheimer de carácter evolutivo y progresivo, enfermedad que se encuentra en fase avanzada” (3).

¿Por qué se incapacita a estas personas? Para protegerlas de sí mismas, en cuanto que pueden proceder a celebrar actos y contratos que les perjudiquen; por ejemplo, regalar dinero o donar bienes desmesuradamente... o comprar objetos valiosos sin motivo, con el peligro de ser engañados en cuanto a la determinación del precio.

El problema reside en que no todas las personas que podrían ser incapacitadas, en su propio interés, lo están realmente; las estadísticas más fiables indican que sólo un 15 por 100 de los enfermos de Alzheimer están declarados incapacitados. Probablemente algunos de ellos viven solos, o bien sus parientes más cercanos se han despreocupado de ellos... o

(2) RJ 1998/3378.

(3) Al encontrarse la enfermedad en dicha fase, se establece que la institución protectora del incapacitado totalmente más adecuada es la tutela. Posteriormente, hemos encontrado otros fallos judiciales más que también incapacitan a un enfermo de Alzheimer, si bien en una fase inicial y moderada, por lo que se declara la incapacidad parcial y el sometimiento a la curatela: nos referimos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999/8282) y la de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de marzo de 2000 (AC 2000/4981).

por desconocimiento de la posibilidad de acudir a la incapacitación para proteger así a su pariente que padece esa u otra demencia senil. Y en esa situación, están expuestos a que algún desaprensivo, familiar o no, se aproveche de su enfermedad para lucrarse a costa de su patrimonio actual... o futuro, influyéndole no sólo para que redacte testamento, sino para que el contenido del mismo le sea favorable.

¿Qué puede hacerse para remediar la falta de protección en la que se encuentran esas personas? En primer lugar, respecto a la previsión de que una persona pueda llegar a sufrir una enfermedad de este tipo, se puede acudir a la autotutela y al otorgamiento de poderes especiales de representación; y en segundo lugar, respecto a la capacidad para celebrar negocios jurídicos –en concreto, la capacidad para testar y para contratar–, el punto clave reside en el juicio de capacidad que debe realizar el notario autorizante del documento público correspondiente.

b) La autotutela y los poderes preventivos.

1. La autotutela.

Cuando en 1983 se reformó la institución tutelar, se decidió no regular la figura de la autotutela (4), en cuanto delación –nombramiento– voluntaria de quién va a ser tutor de esa persona cuando sea declarada incapaz judicialmente, de tal modo que el juez se atenga a ese nombramiento, que responde al deseo de quien prevé que más adelante va a encontrarse en una situación de imposibilidad para autogobernarse (5).

Actualmente, el Código civil tan sólo permite un caso de nombramiento por iniciativa privada: los padres pueden nombrar tutor para su hijo incapacitado en testamento o en documento público notarial (6). ¿Podría acudirse a este precepto por analogía para dar cabida legal a la autotutela? (7). Además, ya hay un precedente en Derecho español: el artícu-

(4) Sobre las vicisitudes de la autotutela en nuestro Derecho y las previsiones de una futura regulación, es indispensable acudir a PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil”, *RDP*, diciembre 2001, pp. 936 a 974.

(5) Como ha señalado FÁBREGA RUIZ, “en los casos que afectan a seniles, el proceso de demencia es lento, pudiendo el afectado organizar su patrimonio y su vida para cuando carezca de capacidad de autogobierno. Se facilitaría mucho la labor de los Tribunales si se admitiera en nuestro ordenamiento jurídico la llamada autotutela” (*Protección jurídica de la tercera edad*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, núm. 42, Ed. Colex, Madrid, p. 83).

(6) Según el artículo 223: “los padres podrán, en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”.

(7) También ha habido quien –como indica LUNA SERRANO– “ha planteado si, aunque sea indirectamente y teniendo en cuenta el trámite de audiencia que el juez debe conceder al

lo 172 del Código de Familia catalán, según el cual “cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva”.

El Defensor del Pueblo, en su informe del año 2000, recomendaba regular esta materia en semejanza con lo establecido en el Derecho catalán (8). Parece que la recomendación no ha caído en saco roto, ya que el Gobierno ha anunciado su intención de elaborar una ley que regule el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Ya circula un texto de posible Anteproyecto (9), en el cual se reconoce el fenómeno “de las personas que, en pleno ejercicio de sus facultades, se preocupan por los instrumentos óptimos para controlar y ordenar su situación personal y material en caso de padecer en el futuro algún tipo de enfermedad que conlleve su incapacitación. Se trata, por lo tanto, de la posibilidad de adoptar poderes preventivos frente a situaciones que el interesado no conoce, pero que puede estimar de riesgo respecto a su propia persona o su propia familia”. En definitiva, esta futura regulación está

sometido a tutela antes de la constitución de ésta (art. 231 del Código) o del arbitrio que en esta materia se concede a la autoridad judicial (en particular, art. 235), la autotutela puede admitirse en el ámbito de la normativa del Código civil” (“Previsiones negociales de protección de las personas mayores”, *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, coordinadas por J. M. GONZÁLEZ PORRAS e I. GALLEGU DOMÍNGUEZ, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2001, p. 36). Sin embargo, PÉREZ DE VARGAS piensa más bien que “parece indudable que en nuestro Derecho común no existe una norma que expresamente autorice o prohíba la autotutela. Del silencio de los artículos 234 y 235 C.c. en relación con esta figura que nuestro Código civil todavía no la ha dado acogida” (cit., p. 949).

(8) Según indica SIERRA GIL DE LA CUESTA, “en el Derecho comparado la figura de la autotutela sólo está recogida en el Código civil de Suiza –arts. 360 a 397–, en concreto en el artículo 372, que dice literalmente que «todo mayor puede pedir ser sometido a tutela, si él lo cree necesario para llevar convenientemente sus asuntos, por encontrarse en una situación de debilidad senil, por alguna enfermedad o por su inexperiencia»” (“Las personas mayores en el ámbito del Derecho civil”, *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, coordinadas por J. M. GONZÁLEZ PORRAS e I. GALLEGU DOMÍNGUEZ, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2001, pp. 93 y 94).

(9) El texto que hemos manejado en el momento de redactar este trabajo es el Borrador de Anteproyecto del Estatuto patrimonial del discapacitado, presentado por V. MARTÍNEZ PUJALTE, Portavoz de Economía del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, en las 1.^{as} Jornadas Aequitas sobre “El juicio de capacidad”, celebradas en Madrid los días 22 y 23 de abril de 2002. Actualmente, se encuentra en tramitación en el Senado el Proyecto de Ley de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, presentado por el Gobierno en el Congreso el 20 de mayo de 2003.

en la misma línea que los distintos textos normativos aparecidos en varias Comunidades Autónomas sobre documentos de voluntad anticipada –conocidos vulgarmente como “testamentos vitales” (10)–, que permiten a un paciente dar a conocer cuál es su voluntad acerca del tratamiento terapéutico que desea recibir o rechazar en el caso de que la enfermedad que sufre le provoque un estado de pérdida de consciencia.

El Anteproyecto citado admite que “el Código civil, en su redacción actual, ya procura diversos instrumentos jurídicos que se acercan a esa voluntad tuitiva (11), pero la singularidad y a la vez la multiplicación de las situaciones que, en la actualidad, pueden afectar a una persona en uso de sus facultades hasta dejarla incapacitada, unidas a la conciencia que viene formándose el ciudadano de que le pueden acaecer estos hechos, y a la voluntad de incrementar el ámbito de decisión de las personas en la ordenación del bienestar futuro, han dado lugar a la redacción de un sistema de autotutela” (12).

Autotutela que consistirá fundamentalmente en que el interesado designe o excluya a determinadas personas para el ejercicio de su tutela o en la posibilidad de establecer mecanismos de vigilancia del ejercicio de la misma (13).

(10) Mal denominados, ya que el testamento siempre es un negocio *post mortem* y no puede tener eficacia antes del hecho de la muerte, que es lo que precisamente se pretende con este tipo de documentos.

(11) Se refiere, en nuestra opinión, a la posibilidad reconocida en el artículo 223, ya comentada anteriormente.

(12) Para RETUERTO BUADES, la admisión legal de la autotutela “tendría muchas ventajas y prácticamente ninguna contraindicación: no perjudica a nadie, tranquiliza y beneficia al que prevé su posible incapacitación, o teme una situación de este tipo y se encuentra con que el régimen regulado en el Código para los declarados incapaces no le sirve totalmente, y en cambio su disposición puede facilitar la actuación de sus familiares y hasta del Juez que ordene la tutela” (“Discapacidad y tuición: las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud. Los derechos del impedido”, *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, coordinadas por J. M. GONZÁLEZ PORRAS e I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2001, pp. 65 y 66).

(13) Además de la autotutela, también podría darse curso legal a la figura de la autocuratela, de acuerdo con la propuesta de LUNA SERRANO, quien opina que “para el supuesto de que una persona prevea que, dado lo avanzado de su edad, las circunstancias de su salud física o mental o su progresivo deterioro corporal o intelectual, la situación en que va a encontrarse pueda conllevar una futura incapacitación que, en la graduación de sus dificultades para gobernarse, únicamente comporte su sometimiento a curatela (art. 387 del Código), puede también, a tenor de lo dispuesto en el Código catalán de Familia, designar a dicho curador (art. 239.1), al objeto de que, con arreglo a la normativa aplicable, complemente su capacidad” (cit., p. 37). Efectivamente, el precepto catalán señala, con respecto a la delación de la curatela, que “la designación de la persona que debe ejercer la curatela puede realizarla *la propia persona interesada*, el padre y la madre o, judicialmente, en las mismas circunstancias de la tutela”. También se muestra favorable a que, *de lege ferenda*, se acogiera en nuestro Código la autocuratela PÉREZ DE VARGAS (cit., p. 960).

En concreto, se pretende que “cualquier persona, mayor de edad o emancipada, en previsión de ser incapacitada en el futuro, puede designar en escritura pública la persona o personas físicas o jurídicas que desee ejerzan el cargo de tutor, sus sustitutos en caso de imposibilidad del ejercicio, así como las personas que quiera excluir del cargo. También podrá fijar el contenido y funcionamiento de la tutela, establecer órganos de fiscalización o medidas de vigilancia y control, y arbitrar reglas de administración y de disposición de sus bienes. En caso de pluralidad de designaciones para los cargos tutelares, prevalecerá la última”.

Veamos los puntos fundamentales de esta posible norma:

En primer lugar, quién puede acogerse a la tutela: se corrige la imprecisión de la norma catalana, que simplemente se refiere a cualquier persona, con lo cual había dudas acerca de si incluso un menor podía otorgar un documento de autotutela.

En segundo lugar, la forma del documento es la escritura pública, es decir, documento público ante notario, y no en testamento, lo que no tendría ningún sentido lógico (14). ¿Es necesaria la formalización en escritura pública? Entendemos que sí, por lo que diremos más adelante.

En tercer lugar, la designación del que vaya a ser tutor es tanto positiva –quién se quiere que lo sea... (15)– como negativa –quién se quiere que no lo sea...–, lo cual permite excluir fundamentalmente a quien sería tutor por la vía legal no voluntaria, es decir, parientes más cercanos... como el cónyuge o los padres, hijos o hermanos, que son las personas previstas en el artículo 234 para ser nombradas por el juez (16), lo cual puede abrir la puerta a conflictos familiares (17).

Y dentro de la designación positiva, se permite nombrar a personas jurídicas; evidentemente, este texto está pensando en fundaciones o entidades similares, tanto privadas como públicas, fundamentalmente para llevar a cabo la gestión del patrimonio del futuro incapacitado (18). De he-

(14) RETUERTO BUADES reconoce que a la hora de determinar si el documento notarial de autotutela tiene que tener carácter *post mortem* o *inter vivos*, “parece preferible éste, porque en realidad esta declaración o regulación de la propia tutela no es para después de la muerte, sino precisamente para el resto de su vida” (cit., p. 65).

(15) Como muy bien dice la misma autora, “nadie mejor que uno puede elegir las personas de las que se fía para que cuiden de su persona y bienes” (cit., p. 66).

(16) No parece que tenga mucho sentido, si el futuro enfermo ha hecho testamento, privar del cargo tutelar a quienes haya nombrado herederos o legatarios (234.3.º), si bien no hay norma que lo impida.

(17) Por ejemplo, la posible petición de nulidad del documento de autotutela por parte de quien se vea excluido en el mismo.

(18) FÁBREGA RUIZ ya avanzaba que podía resultar muy interesante un mayor fomento de las personas jurídicas tutoras, sobre todo en relación con personas seniles, mostrándose más propenso a que sean de carácter público (cit., pp. 84 y 85); por el contrario, pensamos que

cho, ya existen precedentes en este sentido, cual es la Agencia Madrileña para la tutela de Adultos, creada por la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 4 contempla como fines de la misma, entre otros, “el ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Madrid, en los términos fijados por el Código civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente”, y “la asunción, en su caso, de la defensa judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal de presuntos incapaces en situación de desamparo” (19); hay que advertir que, con la redacción actual del Código civil –que prevé esta posibilidad en el art. 242 (20)–, estas entidades sólo podrán ser nombradas como tutoras en el caso de que se produzca una situación real de desamparo, es decir, ni cónyuge, ni padres, ni ascendientes, ni descendientes, ni hermanos puedan ocuparse del adulto enfermo como es debido (21).

2. *Los poderes preventivos.*

Ahora bien, la autotutela resuelve una mínima parte del problema, ya que sólo será eficaz en el caso de que el propio interesado fuera declarado incapaz con posterioridad; recordemos que, aproximadamente, tan sólo el 15 por 100 de los enfermos de Alzheimer están incapacitados.

siempre será mejor la atención gestionada por la iniciativa privada, encauzada a través de asociaciones o fundaciones cuya finalidad sea precisamente atender a las personas que necesiten una protección especial.

(19) Según este mismo autor, en 1998 casi un tercio de las incapacidades gestionadas por dicha Agencia se refirieron a demencias seniles.

(20) “Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”. Este artículo ha sido aplicado por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6277), que resuelve las disputas acerca del nombramiento de tutor de una enferma de demencia senil de 77 años de edad, en el sentido de que, ante la inexistencia de ninguna de las personas relacionadas en el artículo 234 del Código, se prefiere que sea tutor la Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña frente a los deseos de serlo de una prima de la enferma, que apenas la ha visitado en año y medio, ya que los bienes de la enferma se reducen al cobro de una pensión de 285.000 pesetas, que se va a aplicar a los gastos derivados del necesario ingreso de la anciana en un geriátrico. Por todo ello, se concluye que “la decisión tomada por el Juzgado, y ratificada después por la Sala de apelación, resulta ser la más beneficiosa para la incapacitada, y la institución designada para desempeñar la tutela, la más idónea según el artículo 242 del Código civil”.

(21) Así lo recuerda el auto de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1825), que declara improcedente el nombramiento como tutor de la Agencia, ya que existían hermanos del incapacitado que podían hacerse cargo de la tutela, rechazándose los motivos alegados para excusarse (en definitiva, un triste caso donde la familia quiso “quitarse el muerto de encima”).

Por tanto, ¿qué se puede hacer cuando alguien se da cuenta de que su padre o su madre empieza a perder la cabeza y tiene miedo de que realice gastos absurdos, dilapidando su patrimonio? Pues bien, antes de llegar a esa situación y con independencia de que se inicie o no el proceso de incapacitación, también el futuro enfermo puede autoprotegerse mediante los poderes de representación que puede emitir a favor de quien considere oportuno para que administre y gestione su patrimonio, lo que de hecho supone que se autolimita su capacidad de obrar como si ya estuviera incapacitado. Ese otorgamiento de dichos poderes ya es práctica habitual en bastantes notarías, y el posible Anteproyecto de Ley les da carta de naturaleza.

Efectivamente, en la exposición de motivos se alude a la regulación de “poderes preventivos que permiten anticipar la eventual incapacitación futura, de manera que el interesado pueda ordenar las disposiciones pertinentes para tal supuesto”; y en el texto articulado se dispone que “toda persona mayor de edad o emancipada podrá otorgar en escritura pública un poder preventivo a favor de uno o varios apoderados para el caso de que el poderdante, por el deterioro progresivo de sus facultades físicas o psíquicas, llegue a encontrarse en una situación que le impida valerse por sí mismo o, incluso, determine su incapacidad judicial.

Salvo manifestación en contra del poderdante, si éste fuera incapacitado judicialmente se entenderá que el apoderado ha sido designado como tutor y se aplicará lo dispuesto para el caso de autotutela, completado, en su caso, por las determinaciones que establezca el juez en la declaración de incapacitación”.

Hasta ahora, el fundamento legal de la juridicidad de estos poderes se sitúa en el artículo 1.732 del Código civil, que contempla el mandato, si bien se encuentra un obstáculo que pone en peligro su eficacia: el mandato se acaba, entre otras causas, por la incapacitación del mandante, lo cual se resuelve por el párrafo anteriormente transcrito, siendo lo más respetuoso posible con la voluntad del enfermo; entendemos que los poderes serán eficaces hasta el momento en que se proceda al nombramiento del tutor.

Eficacia que lógicamente sólo existirá si el poder es otorgado antes de que el poderdante pierda de hecho su capacidad para autogobernarse, porque si se concede una vez que se es incapaz, el poder –y todos los actos efectuados en virtud del mismo– será nulo. Así se establece en el caso juzgado en una sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2002 (22), que declara nulo y sin eficacia alguna un poder notarial y un contrato de compraventa de una finca rústica propiedad de la poderdan-

(22) RJ 2002/4451.

te, en cuanto que ésta, de acuerdo con las pertinentes pruebas testificales y periciales, presentaba una psicosis confusional que alteraba tanto sus facultades afectivas como las intelectivas y volitivas, en cuanto que se encontraba afectada de demencia senil, enfermedad que suponía una merma de su capacidad volitiva muy amplia, encontrándose en una fase muy avanzada de su proceso demencial y careciendo del juicio y razonamientos requeridos para regirse a sí misma y a sus bienes y para tomar decisiones responsables acerca de los mismos. Queda así destruida la presunción *iuris tantum* de la certidumbre del juicio del notario sobre la capacidad mental del otorgante. Hay que tener en cuenta que quien impugna el poder es el hermano de la enferma, único pariente de la enferma; que la escritura de venta se otorgó pocos días antes de la muerte de la enferma, y ni vendedor –el apoderado– ni la compradora fueron capaces de probar que se había producido la entrega del precio fijado en el contrato, quince millones de pesetas... por lo que la nulidad de poder y de contrato provoca el regreso de la finca a su lugar de origen, es decir, el patrimonio hereditario de la difunta, para ir a parar después al único heredero intestado, su hermano.

A nivel internacional, podemos encontrar soporte normativo para estos poderes en la Convención elaborada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado acerca de la protección de adultos, de 2 de octubre de 1999. Dedicamos dos artículos, el 15 y el 16, a los poderes representativos, fundamentalmente para determinar cuál sea el derecho aplicable a los problemas jurídicos que de ellos se deriven (23).

(23) Artículo 15.1. La existencia, extensión, modificación y extinción de poderes de representación emitidos por un adulto, tanto mediante acuerdo bilateral como por acto unilateral, para ser ejercitados cuando un adulto no está en condiciones de proteger sus intereses, se someterán a la ley del estado de la residencia habitual del adulto al tiempo del acuerdo o del acto, a menos que uno de los derechos mencionados en el segundo párrafo haya sido designado expresamente.

2. Los Estados cuyo ordenamiento puede ser designado son:

- a) El Estado del cual el adulto es nacional.
- b) El Estado de la residencia habitual del adulto.
- c) El Estado en el cual se encuentre el patrimonio del adulto.

3. El modo de ejercitar cada poder de representación es determinado por la ley del estado en el cual se ejerciten.

Artículo 16. Cuando los poderes de representación a los que se refiere el artículo 15 no se ejerciten de modo satisfactorio para garantizar la protección de la persona o propiedad del adulto, podrán ser anulados o modificados por decisiones adoptadas por la autoridad que tenga jurisdicción según el Convenio. Cuando dichos poderes de representación sean anulados o modificados, el ordenamiento indicado en el artículo 15 debería tomarse en consideración lo más extensamente posible.

3. *La eficacia de los documentos de autotutela y de otorgamiento de poderes.*

Ahora bien, tanto la autotutela como los poderes preventivos son instrumentos que una persona enferma puede utilizar para autoprotgerse, pero, ¿son eficaces por sí mismos? Dicho de otro modo, ¿vinculan al juez que tramite posteriormente el procedimiento de incapacitación? Ya algún autor se ha manifestado a favor de la vinculación del juez a los deseos del futuro incapacitado (24). La mejor solución radica en obligar al juez a respetar la voluntad del incapacitado, salvo que las circunstancias aconsejaran proceder al nombramiento de una persona distinta a la designada en el documento de autotutela (25); esa parece la intención del Anteproyecto, al establecer que “el juez que conozca de la incapacitación podrá dejar sin efecto el nombramiento de tutor o de apoderado atendidas las circunstancias del caso y proceder al nombramiento de un nuevo tutor”.

Por último, suponiendo que lleguen a ser eficaces tanto la autotutela como los poderes, nos encontramos con el problema de siempre: ¿cómo conocer de su existencia? Es exactamente lo mismo que ocurre con un testamento, incluso otorgado ante notario... Por ello, surge inmediatamente la necesidad de acudir a algún Registro donde pueda averiguarse si una persona enferma elaboró tiempo atrás un documento de autotutela o un poder de representación, sobre todo, cara al juez que vaya a nombrarle tutor una vez incapacitado, lo cual exige, como requisito previo, que el documento se haya formalizado mediante escritura pública, como ya dijimos anteriormente (26).

(24) Nos referimos a PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, para quien “al igual que ocurre con el régimen jurídico de la tutela, el de la autotutela debe estar presidido en todo momento por el principio general del máximo beneficio del incapacitado (presente o futuro). Siendo esto así, entiendo que la designación de la persona a la que el autotutelado quiere como tutor debería ser vinculante para el juez, pues nadie mejor que el propio interesado para juzgar —cuando todavía se encuentra bien y tiene capacidad total de autogobierno— qué persona es la más idónea para regir su persona y bienes a la vista de una eventual incapacitación futura” (cit., pp. 960 y 961).

(25) PÉREZ DE VARGAS pone como ejemplo el que la inicial amistad se haya trocado en enemistad, que el designado perdiera su aptitud para el cargo, o haya cambiado su domicilio a un lugar muy alejado de la residencia del incapacitado... Para estos o similares casos, propone aplicar analógicamente el artículo 224 del Código, referido al nombramiento de tutores por los padres en documento notarial o testamento, que vinculará al juez al constituir la tutela, “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada” (cit., p. 962).

(26) RETUERTO BUADES señala como justificación del otorgamiento de la autotutela en escritura pública, además de garantizar la seriedad del acto y la conservación del documento, el hecho de que “añadiría el juicio de capacidad que emite el notario en el momento de autorizar el documento, y la reflexión que supone la decisión de buscar un jurista cualificado ante el que se expresa la voluntad” (cit., p. 65). En este sentido, PÉREZ DE VARGAS trae a colación,

¿Qué Registro debe ser ese? No el Registro Civil, ya que en ambos casos no hay alteración –todavía– del estado civil, ni el Registro de la Propiedad, ya que se ordena por fincas y no por propietarios. Por ello, según el Anteproyecto, se pretende crear un Archivo de voluntades anticipadas de Autotutelas y Poderes Preventivos, al que el notario autorizante de la correspondiente escritura pública deberá enviar de oficio una comunicación en el plazo de siete días. Solución ya recogida expresamente en el artículo 251 del Código de Familia catalán, que preveía la creación de un Registro de nombramientos tutelares no testamentarios, que permita la inscripción de las delaciones de las tutelas que hayan sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172 (27); a tal efecto, el notario autorizante de la escritura de autotutela deberá dirigir un oficio al Registro indicando el nombre, los apellidos, el domicilio y el documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en tal fecha se ha procedido a dicha designación o anulación, pero sin indicar la identidad de las personas designadas.

Por tanto, se pretende instaurar una respuesta similar a lo previsto para los testamentos notariales mediante el Registro de Actos de última voluntad (28); de hecho, se prevé que el juez, antes de constituir la tutela en caso de incapacitación, deberá solicitar una certificación del Archivo citado que acredite si el incapacitado previó un tutor o una determinada ordenación tutelar cuando tenía plena capacidad de obrar u otorgó un poder preventivo. Archivo que se pretende no sea público, sino que únicamente facilitará los datos inscritos en el mismo a los jueces que en el curso del correspondiente procedimiento de certificación lo soliciten, lo cual parece evitar el posible conflicto que se plantearía, si el acceso al Archivo fuera libre, con el derecho a la intimidad de la persona que ha emitido el documento de autotutela...

para justificar el que fuese preceptiva la intervención del notario en el negocio de autotutela, las conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, desarrollado en Buenos Aires en 1998, entre las cuales se contiene la siguiente: “Que la autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, puedan organizarse de antemano con la intervención del notario” (cit., pp. 964 y 965).

(27) Según datos proporcionados por PÉREZ DE VARGAS, desde 1997 a 2001 han sido 2.300 los documentos de autotutela inscritos en dicho Registro catalán, por lo que “no resultaría muy aventurado pensar que en el resto de España las cifras serían proporcionalmente muy parecidas, y que tendrían también una tendencia progresivamente ascendente” (cit., p. 974).

(28) Algo que la propia RETUERTO intuía como solución más lógica a uno de los problemas principales que plantea la regulación de la autotutela, cual es “cómo se conoce la existencia de ese documento para que pueda cumplirse la voluntad del otorgante cuando éste no sea ya capaz. En este sentido, se podía arbitrar como modo más seguro que el propio notario autorizante del documento mandara un parte, como el de los testamentos, a un Registro que debería llevarse en el departamento adecuado del Ministerio de Justicia, o al juez Decano del domicilio del otorgante del documento que regula su régimen tutelar” (cit., p. 66).

III. La capacidad para testar de las personas mayores

Puede parecer que el hilo lógico del discurso exigiría que ahora se abordara, después de analizar la capacidad en general de las personas mayores, el negocio jurídico más relevante que pueden realizar en vida, cual es un contrato, para a continuación pasar a examinar las vicisitudes del negocio que va a determinar el destino de su patrimonio una vez que se produzca su fallecimiento, esto es, su testamento.

Sin embargo, vamos a comenzar por este último porque, de los dos negocios, es el que posee más regulación específica, quizá por su mayor trascendencia económica; de hecho, ante la parquedad de las normas referentes a la capacidad para contratar, veremos cómo la jurisprudencia aplica por analogía las pautas que el Código ofrece en el ámbito testamentario.

Efectivamente, si hay un documento por antonomasia en el cual una persona expresa su voluntad en el presente para que se vea realizada en el futuro, ese es el testamento. Teniendo en cuenta la trascendencia que pueden llegar a tener sus efectos, en cuanto que supone un incremento patrimonial totalmente gratuito –si descontamos la “gracia fiscal”– para los favorecidos por el mismo, es lógico que la Ley rodee la formulación de esa voluntad de todo tipo de garantías para asegurar que lo que se plasme por escrito es realmente lo que quiere esa persona que se haga con sus bienes para después de su muerte.

Concretando más, ¿qué ocurre cuando fallece una persona que padece en el momento de la muerte una demencia senil, habiendo hecho testamento tiempo atrás? Habrá que determinar si esa persona podía en ese momento testar, es decir, si se hallaba o no en su cabal juicio, tal y como establece el artículo 663 del Código civil; y para ello hay que tener en cuenta que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, no el de la muerte... y que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Los problemas surgen sobre todo si hay “manteca” a repartir, ya que en tal caso los vínculos más sagrados corren el riesgo de saltar por los aires: en muchas ocasiones los desfavorecidos por el testamento –es decir, aquellos que tenían expectativas que se han visto frustradas– van a alegar que el mismo se redactó en un momento en el que ya la enfermedad hacía mella en su pariente –es decir, no se encontraba en su cabal juicio, bien de modo permanente, bien accidentalmente en ese momento concreto–, por lo que hay que dudar de la validez de dicho documento y abrir paso bien a la sucesión intestada, bien a la recuperación de la eficacia de un testamento anterior en el que curiosamente salían mejor parados.

En definitiva, lo que es objeto de debate es la capacidad de obrar de la persona para un acto concreto, el testamento; o lo que es lo mismo, la capacidad de testar de una persona con deficiencias psíquicas. Y de nuevo el hecho de que la mayoría de las personas mayores con uno u otro tipo de demencia no esté incapacitada es fuente de problemas, ya que ello provoca que en cada caso haya que apreciar si hay capacidad o no (29). Además, incluso en el caso de que el anciano o anciana esté declarado incapacitado no siempre el juez ha establecido expresamente que no pueda testar.

La cuestión se agrava en cuanto que ello exige entrar en la intimidad de la persona, en su mundo interior, sus motivaciones, deseos, intereses... y hay enfermedades que distorsionan ese mundo interior. Por ejemplo, una persona paranoica que sufre manía persecutoria de sus allegados influye a la hora de nombrarlos o no en el testamento, mientras que alguien que sufre alucinaciones —v. gr., en el sentido de que los marcianos nos han invadido— no influye en el estado mental para testar (30).

¿Qué criterios pueden ser válidos para determinar la existencia de la capacidad de una persona que se encuentra en esas circunstancias? Podrían resumirse en comprobar la comprensión acerca de tres realidades:

- En primer lugar, que se entregarán sus bienes a una o más personas de su consideración.
- En segundo lugar, la naturaleza y cuantía de sus bienes.
- Y en tercer lugar, quiénes son las personas que resultan favorecidas y quiénes resultan perjudicadas (31).

(29) Como bien indican DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, “la legislación civil no puede definir las causas médicas de incapacitación por cuanto la incapacidad no depende de la etiología, diagnóstico pronóstico, ni de la capacidad adaptativa, sino de la evaluación médica conjunta y detallada de todos estos factores” (“Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación”, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 102).

(30) Estas ideas se ponen de manifiesto en la casuística jurisprudencial, sobre todo en las Audiencias Provinciales. Así, mientras una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 26 de marzo de 2001 (JUR 2001/178887) entiende que el padecimiento de un trastorno esquizofrénico de sintomatología negativa provoca la incapacidad total del enfermo, hay otros fallos que aprecian la capacidad de enfermos para gobernarse por sí mismos; por ejemplo, pueden citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de octubre de 2001 (AC 2001/2579), que aprecia que un trastorno delirante no es causa de incapacitación, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de noviembre de 2001 (AC 2002/284), que tampoco considera que un trastorno delirante de carácter persistente con períodos alternativos de crisis y mejorías tenga la entidad suficiente como para apreciar una incapacidad para el autogobierno por parte del enfermo.

(31) Las referencias médicas han sido tomadas de la conferencia pronunciada por A. CALCEDO, médico psiquiatra, sobre “El juicio de capacidad desde el punto de vista clínico”, dentro de las jornadas organizadas por la Fundación *Æquitas* del Consejo General del Notariado en Madrid, los días 22 y 23 de abril de 2002.

En definitiva, comprobar que esa persona dispone lo mismo que hubiera dispuesto si no estuviera enfermo... dicho de otro modo, que no ha perdido el sentido común.

a) El juicio notarial de capacidad.

Y, ¿quién es el que va comprobar todo esto, es decir, quién es la persona encargada de apreciar si la persona que desea otorgar testamento está capacitada para hacerlo?

En el caso de que la persona que se le presente en la notaría esté declarada incapacitada, pero el juez no se pronunció acerca de su capacidad para testar, de acuerdo con el artículo 665 del Código, deberá el notario designar dos médicos que le reconozcan; y sólo si ambos certifican la capacidad, el notario podrá permitir a dicha persona otorgar testamento ante él. Así es apreciado por el Tribunal Supremo en una sentencia de 20 de mayo de 1994 (32), que anula parcialmente una declaración de incapacitación de una persona que sufre una enfermedad depresiva debida a una grave ansiedad, calificada como un trastorno paranoide, en cuanto que, si bien se mantiene la declaración, ésta no debe entenderse de modo absoluto, precisamente en lo que respecta a la capacidad para testar –negada en 1.ª Instancia y en apelación–, ya que el enfermo “siempre tendrá a su alcance la forma prevista para estos casos en el artículo 665 del Código civil”, es decir, el tradicionalmente conocido como testamento en intervalo lúcido.

¿Y si la persona mayor no está incapacitada, pero el notario atisba que no está del todo en sus cabales? De acuerdo con el artículo 685 del Código civil, es el notario quien tiene esa función de realizar el llamado juicio de capacidad (33). Podrá pedir asesoramiento médico, pero es él quien asume la responsabilidad de emitir el juicio acerca de la capacidad (34).

(32) RJ 1994/3723.

(33) Lo cual es reiterado, para los testamentos abiertos, en el artículo 696 (“también hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal para otorgar testamento”) y 707.4.º, para los cerrados, con las mismas palabras. En el Código de Sucesiones catalán la norma correspondiente es el artículo 116, que indica que “cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo”. Por tanto, la norma catalana es más exigente cuando el anciano no esté incapacitado que el Código civil, descargando de responsabilidad al notario y dando más peso a la prueba pericial.

(34) Hay que tener en cuenta que todos los preceptos citados fueron reformados por la Ley 30/1991, que precisamente tenía como objetivo la modernización del testamento notarial. En este punto concreto, se reforzó la relevancia del juicio notarial, ya que anteriormente se establecía que el notario procurará asegurarse de que a su juicio tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar; la expresión actual tiene un carácter mucho más imperativo que la anterior.

Como advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de septiembre de 1998 (35), “el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido”, en el sentido de que “en materia de testamentos, la actividad del notario no se limita a la función de la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y, más aún, el respeto y acoso a la legalidad, le imponen los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla” por los asesoramientos de los facultativos.

Juicio que necesariamente tiene que partir de la presunción legal favorable a la capacidad contenida en el artículo 662 del Código: pueden testar todos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Esta es la pieza clave en toda contienda planteada acerca de la validez de un testamento: el juez deberá dictaminar si hay suficientes elementos o no para destruir dicha presunción, mediante un juicio retrospectivo que puede efectuarse a través de testimonios de las personas que en el momento de redactarse el testamento tuvieron relación con el difunto, así como del contenido del propio testamento. El juez sólo tiene dos posibilidades: confirmar el juicio del notario o mostrar su desacuerdo, lo que implica sancionar la nulidad del testamento.

Como botón de muestra de lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 21 de noviembre de 2001 (36) considera como algo indiscutible el que la capacidad de las personas se presume siempre, y que todo individuo debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo. Tal presunción es una manifestación del principio *pro capacitate*, emanación, a su vez, del principio general del *favor testamentii*. Además, la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentificación del otorgante, adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de actitud que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario, prueba que corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad.

La jurisprudencia es coherente con la aplicación de la presunción; en la mayoría de los supuestos los jueces se muestran de acuerdo con las apreciaciones de los notarios y rechazan las demandas que pretenden obtener la nulidad del testamento, en cuanto que el testador anciano, a

(35) RJ 1998/6399.

(36) AC 2001/302.

pesar de la enfermedad que ya sufría, o bien porque la contrajo posteriormente, sí era capaz de testar en el momento en que lo hizo.

La casuística es riquísima. Como ejemplos en los que parientes de un anciano solicitan la nulidad de su testamento por no resultar beneficiados, está el caso juzgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de mayo de 2000 (37), en el que el hermano de la testadora pleitea contra la pareja de hecho de su hermana, heredero universal de ésta, que en 1982 obtuvo la incapacidad laboral absoluta por oligofrenia congénita, testando en 1996. El perito judicial estimó que la testadora padecía una deficiencia mental leve que no le impedía realizar testamento, por lo que el juez declaró que la limitación de las facultades mentales padecidas por la otorgante en el momento de testar no presentaba entidad suficiente para privarla del *mínimo de capacidad de raciocinio* para ello (38).

Análogamente, una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de enero de 2001 (39) estudia una demanda de nulidad de testamento planteada por el hermano del testador, beneficiado por un testamento anterior, alegando que el testador estaba aquejado de demencia senil, la cual, efectivamente, fue diagnosticada nueve meses antes de la fecha del otorgamiento del segundo testamento. Sin embargo, los jueces rechazan la petición porque no resulta suficientemente probado que el testador no se hallara en su sano juicio, de acuerdo con la prueba testifical y con un informe del médico que más le trató hasta su muerte, según el cual mantuvo hasta el final una actividad física y mental aceptable; y, sobre todo, porque tanto el notario autorizante del testamento como otro que autorizó una compraventa efectuada por el testador algo más de un año después juzgaron suficiente la capacidad del mismo.

De modo similar, la nuera de una señora pidió la nulidad del testamento otorgado en 1996, que revocaba uno anterior en el que se nombraba heredero al hijo de la anciana y sustituta vulgar a la nuera, mien-

(37) AC 2000/951.

(38) "Han de tenerse en cuenta los siguientes extremos: 1) Concierta un contrato de arrendamiento de una vivienda de su propiedad. 2) Acudió a los servicios de un abogado y a los Tribunales de Justicia para cuestiones relativas al indicado contrato de arrendamiento. 3) Compareció como denunciada a un juicio de faltas, donde fue condenada, sin que en ningún momento se planteara el problema relativo a sus facultades mentales, que en otro caso habría sido advertido de oficio. 4) Recibe un legado de su abuela «en atención a los cuidados y asistencia que le ha prestado» a la misma. El propio contenido del testamento es absolutamente lógico y comprensible. Nombra su heredero a la persona con la que ha convivido durante 10 años en relación sentimental asimilable a la propia del matrimonio, en lugar de a su hermano, o de dejar operar a la sucesión *abintestato*. Es el uso racional de una de las alternativas que se presentaban".

(39) AC 2001/1113.

tras que el segundo nombra sucesores a dos sobrinos de la testadora. Se alega la existencia de una demencia senil que provocaba un grave deterioro cognitivo en la anciana, que de hecho ingresó en 1995 en un asilo de modo totalmente voluntario, aumentando progresivamente su deterioro hasta que fue declarada incapacitada en el año 2000. Sin embargo, ante la falta de pruebas concluyentes –el informe médico favorable a la incapacidad para testar es realizado por un profesional que no acredita conocimientos psiquiátricos, y no se aportan pruebas tales como un TAC o alguna exploración neuropsicológica...–, se concluye en la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 13 de julio de 2001 (40) que no puede destruirse la presunción notarial de capacidad.

La revocación de un testamento anterior es el hecho que da lugar al pleito que enfrenta a los sobrinos de una persona con su mujer por la adquisición de su herencia. Efectivamente, los sobrinos eran los herederos según un testamento otorgado en 1982... mientras que en el posteriormente realizado en 1991 la heredera era la mujer, no dejando nada a aquéllos... que demandan la nulidad de este segundo testamento en cuanto que su tío sufría una hemiplejía de afasia motora. Sin embargo, el informe de los médicos que trataron al anciano, efectuándole revisiones periódicas desde 1983 hasta 1996, afirma que siempre demostró perfecta conciencia, entendiendo las preguntas sobre los tratamientos y la evolución de su proceso, y confirman el diagnóstico de afasia motora, enfermedad que no impide conservar la capacidad de comprensión y elaboración del lenguaje, si bien provoca la pérdida de la facultad de expresión oral de forma adecuada; de hecho, al ser el testamento de suma simplicidad –instituir heredera universal a su esposa–, el notario y los testigos afirmaron que pudo llegar a expresar algunas palabras de asentimiento a lo que se redactó, que claramente constituyó su última voluntad. Por todo ello, según la sentencia de la Audiencia Provincial de 21 de noviembre de 2001 (41) no cabe declarar la nulidad solicitada.

En contraposición a estos supuestos, hay casos en los que sí se ha apreciado la nulidad del testamento, siempre que se haya acreditado suficientemente la incapacidad del testador. Podemos citar como botón de muestra, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1994 (42),

(40) AC 2001/2000.

(41) AC 2001/302.

(42) RJ 1994/4904. Una persona sufre un accidente cerebro-vascular agudo, permaneciendo internada en un centro hospitalario durante un tiempo y falleciendo cuatro meses después del alta. La anciana otorgó testamento el día siguiente al del alta a favor de una de sus hijas, cuya nulidad es solicitada por un nieto de la enferma y sobrino de la heredera, la cual es avalada por el informe de tres médicos que dan cuenta del estado de la enferma posterior al alta hospitalaria.

de 27 de noviembre de 1995 (43) y de 18 de mayo de 1998 (44), en la que se admite que la prueba pericial destruye la presunción legal *iuris tantum* de capacidad, en cuanto que “el testador, al tiempo de otorgar testamento, estaba incapacitado para hacerlo, pues padecía de una demencia senil por trastornos mentales orgánicos (arteriosclerosis, hidrocefalia, y Alzheimer) en fase terminal que le producía un deterioro irreversible de la capacidad de juicio, por lo que estaba privado de razón y capacidad de querer, entender y obrar”. El informe médico concluye que “no hay duda de que el finado estaba totalmente incapacitado para dicho otorgamiento, teniendo en cuenta la patología orgánico cerebral, por lo que es imposible que en la fecha del testamento tuviera momentos de lucidez”. La demanda fue planteada por la hija del testador contra los herederos testamentarios; al declararse ineficaz el acto dispositivo *mortis causa*, ella resulta única heredera universal de su padre.

Poco tiempo después, nuevamente el mismo Tribunal aprecia la nulidad de un testamento en la ya citada sentencia de 19 de septiembre del mismo año 1998, en este caso porque la testadora fue declarada incapacitada judicialmente un año después de la fecha en que otorgó testamento ante notario (45); si bien los efectos de dicha sentencia no son retroactivos, “la proximidad temporal es significativa, en cuanto que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental”.

b) El dolo testamentario.

Además de la cuestión general acerca de la capacidad para testar, otra problemática digna de destacar es que si cada vez hay más personas más

(43) RJ 1995/8717. En este caso, la presunción de capacidad es desvirtuada por la prueba testifical y pericial simultáneamente. Los testigos afirmaron que la testadora “no se encontraba con sus facultades mentales normales”, “no le regía la cabeza”, “no coordinaba bien sus conversaciones”, “no podía mantener una conversación normal”; además, los testigos del testamento –otorgado en 1982– no conocieron a la testadora hasta que coincidieron con ella en el portal de la notaría, por lo que no sirve su presencia como prueba de la capacidad. El problema de fondo es que el testamento revocaba uno anterior, otorgado en 1959, nombrando heredero único a un hermano, por lo que se veían perjudicados el resto de hermanos y los sobrinos favorecidos por el anterior, que son quienes solicitan la nulidad del segundo documento de última voluntad.

(44) AC 1998/3376.

(45) El testamento tiene por fecha el 14 de marzo de 1980, estando internada en el Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas “López Ibor”; y la sentencia de incapacitación tiene lugar el 9 de julio de 1981. La favorecida por la nulidad del testamento es la sobrina de la testadora, única heredera intestada de su tía, afectada de demencia arteriosclerótica, de evolución crónica irreversible en el momento de otorgar el testamento.

mayores, y bastantes de ellas con distintos problemas psíquicos, es obvio que pueden decidir hacer testamento en circunstancias que al menos hagan dudar de la realidad de sus deseos; en primer lugar, del mismo hecho de querer hacer testamento; y en segundo lugar, de la opción por unas u otras personas –parientes, normalmente– a la hora de determinar quiénes van a ser los destinatarios del patrimonio.

En esas circunstancias, no es difícil ni improbable que se produzcan intentos de influir en la voluntad del anciano (46): nos encontramos ante la figura del dolo testamentario, uno de los temas estrellas de la psiquiatría forense. Una primera posibilidad de comportamiento doloso consiste en conseguir que no redacte testamento, ya que si no lo hace, los favorecidos serán siempre determinados parientes –los herederos *ab intestato*–; si son ellos los que han influido en el anciano, directa o indirectamente, se aplicará el artículo 674 del Código civil; e incluso el artículo 713 cuando alguien, conociendo el contenido de un testamento ológrafo y dónde se encuentra, no lo presenta en plazo para que así se abra una sucesión intestada que le favorezca.

Una segunda posibilidad radica en que, si dicha persona otorga su testamento, lo haga influenciado por algunas personas a la hora de darle un sentido u otro –los sobrinos que de repente se muestran cariñosísimos con su tía rica, a la que no han hecho nunca ni caso, la enfermera que cuida del anciano más allá de lo estrictamente necesario (47)...–, lo cual debe ser evitado mediante cautelas legales.

(46) Aunque con respecto a una situación totalmente distinta, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 21 de febrero de 2001 (AP 2001/417) muestra cómo es bastante sencillo aprovecharse de la fragilidad mental de un anciano para mediante el engaño obtener beneficios patrimoniales a su costa; en el caso juzgado, el responsable de una residencia de ancianos obtuvo una donación de cuatro millones de pesetas de uno de ellos tras vender éste un piso en el que radicaba anteriormente su vivienda, justificando la entrega como un pago a cuenta del ingreso en la residencia.

(47) Esta situación puede producirse también no sólo respecto al otorgamiento de testamento, sino también a la decisión de un anciano de contraer matrimonio con la persona que le cuida, quien se aprovecha de su soledad. Así se ha puesto de manifiesto en una reciente sentencia de un Juzgado de 1.ª Instancia de Valencia de 10 de septiembre de 2002 (*Diario La Ley* núm. 5633, de 15 de octubre de 2002), que declara la nulidad de un matrimonio contraído por un anciano de 85 años, analfabeto y de escasa instrucción, con una búlgara de 40 años, que llevaba varios meses prestándole servicios como asistenta doméstica. La causa de nulidad apreciada es el error en las cualidades del cónyuge: la esposa, en cuanto fue tal, dejó de ser la persona cariñosa que había sido y comenzó a maltratar de palabra y obra al anciano, además de obtener de él la cantidad de tres millones y medio de pesetas. Por tanto, el Juzgado aprecia que la mujer contrajo matrimonio no con los fines propios del mismo –el anciano esperaba así obtener una atención adecuada por parte de la que iba a ser su esposa, más allá del ámbito profesional–, sino para otros distintos –obtención de la nacionalidad y beneficios patrimoniales a costa de los bienes del anciano–, “produciendo maliciosamente grave error en el anciano sobre sus cualidades personales, que de conocer su verdadera personalidad e intenciones no hu-

Efectivamente, puede haber testamentos cuyas disposiciones son fruto más de los deseos del beneficiario que de la voluntad real del testador; el primero moldea la mente del segundo, víctima de una influencia indebida que puede producirse cuando existe una dependencia física o emocional desmesurada, aprovechada por quien pretende beneficiarse de ella para aislar socialmente al futuro testador y controlar de modo abusivo tanto sus propiedades como su dinero, para finalmente manipular su mente de tal modo que disponga de su patrimonio de acuerdo con los deseos ajenos y no con los propios. Todo ello, lógicamente, comporta la nulidad del testamento.

Así ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de mayo de 2000 (48), que declara nulo un testamento otorgado en 1987 en cuanto que su autora –de 79 años de edad, y por únicos parientes cuatro sobrinos carnales con los que se había peleado por la herencia, que son quienes impugnan el testamento...– padecía graves enfermedades físicas y deterioro psíquico, manifestado por confusión mental –frecuentes períodos de desorientación temporeespacial con pérdida de memoria–, que afectaba a su capacidad intelectual y volitiva, en su falta de discernimiento de la realidad, incapaz para tomar decisiones importantes en la organización de su vida y de su patrimonio, y más en concreto, era incapaz de reflexionar y decidir sobre el destino de su patrimonio, ni de ordenar su sucesión hereditaria, o de nombrar administradores o albaceas. ¿Cuál es el problema subyacente? Que en el testamento nombra herederos a sus sirvientes... cuando resulta que su muchacha y su marido avisaron a un amigo común un día de 1987, la sacaron de la cama donde estaba postrada, la metieron en una ambulancia y la llevaron a una clínica. Allí apareció a los cuatro días un notario, llevado allí por un abogado que se presentó en la notaría como letrado de confianza y albacea de la anciana –posteriormente, todos los testigos declararon que nunca le habían visto en casa de la anciana–, que redactó un testamento supuestamente otorgado conforme a instrucciones verbales, directas y personales de la enferma... expresadas en una nota que el abogado había entregado previamente al notario. Posteriormente, el documento redactado fue leído a la misma, que extendió su firma, propia de una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital. Lógicamente, al declararse nulo el testamento en cuanto que se llega a la inequívoca conclusión de que la testadora carecía, en el momento de otorgamiento del testamento en cuestión, de entendimiento y comunicación, los sobrinos carnales quedan como herederos intestados de su tía, en vez de sus sirvientes.

biera consentido el matrimonio”; en nuestra opinión, más que error, hay una actuación dolosa clarísima que invalida el consentimiento matrimonial otorgado.

(48) AC 2000/2459.

También puede citarse, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de abril de 2001 (49), en la que se declara la nulidad de un testamento de una anciana que desde 1996 sufría problemas cognoscitivos que desembocaron en una demencia senil, por lo que tuvo que ser ingresada en centros hospitalarios tanto en 1996 como en 1997, año en el que otorgó testamento. Según los hechos relatados, dos hijos adoptivos de la hermana de la testadora fueron designados herederos, así como sus respectivas mujeres, que fueron nombradas apoderadas para vender fincas propiedad de su tía política; una vez que se redactaron ambos documentos, ingresaron al día siguiente a su tía en una residencia, desentendiéndose de ella durante el resto de su vida. Por ello, el juez aprecia que dichas personas se aprovecharon de la situación de la enferma, que según la prueba pericial psiquiátrica sufría una enfermedad neurológica muy grave e irreversible, consistente en demencia vascular cortico-subcortical que le tenía anuladas sus capacidades cognoscitivas, impidiéndole conocer el alcance de sus actos el día en que otorgó las escrituras de testamento y de poder. En definitiva, ambos son nulos por vicios en el consentimiento de su autora, lo cual es confirmado por la inexistencia de una relación de confianza ni de una especial proximidad sentimental entre la poderdante-causante y las apoderadas y herederos, ya que son usualmente tales circunstancias las que vienen a justificar semejantes designaciones.

Por último, podemos referirnos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 5 de septiembre de 2001 (50), que declara nulo el testamento otorgado por un anciano de 83 años que, entre otras enfermedades, sufría deficiencias psíquicas irreversibles, en concreto una degeneración macular senil atrófica bilateral, aparte de una afasia que le impedía hablar y la enfermedad de Parkinson, que no le permitía escribir, ni siquiera rubricar el testamento; de hecho, estampó su huella dactilar. Teniendo en cuenta que el testamento fue otorgado ante un notario no en la notaría, sino en el domicilio del enfermo, de acuerdo con la minuta proporcionada por una abogada allí presente —que afirmó que las instrucciones las proporcionó el causante, cuando por la afasia no podía hablar—, el Tribunal concluye que el anciano “fue guiado con toda posibilidad por tercera persona” (51), además de que “no gozaba para disponer por sí mismo de verdadera capacidad de elección”.

(49) AC 2001/232.

(50) JUR 2001/4094.

(51) También se hace notar que los testigos instrumentales del testamento son la madre y la hermana de la abogada que redacta la minuta, lo cual apoya la existencia de una confabulación familiar para captar la voluntad del testador, a favor de la persona nombrada heredera y en contra de los sobrinos del anciano, herederos intestados en el caso de declararse la nulidad, como así se hizo.

c) Conclusión.

Como conclusión de todo este estudio acerca de las disposiciones testamentarias de nuestros mayores, hay que resaltar que, si bien las controversias acerca de la validez de las mismas van a realizarse cuando ya han fallecido, las medidas que se adopten, además de las consecuencias innegables que provocan en la esfera patrimonial de las personas enfrentadas, de algún modo protegen al propio difunto, velando por el respeto a su voluntad, bien estableciendo su capacidad para determinar lo que quería que se hiciese con su patrimonio tras su muerte, bien estableciendo su incapacidad para evitar que alguien se aproveche de la situación de enfermedad en la que se encontraba el testador cuando se redactó el testamento ahora declarado nulo, intentando beneficiarse de unos supuestos deseos que nunca pudo formular el anciano o anciana por carecer de capacidad cognoscitiva y volitiva suficientes.

Como se ha comprobado, el notario es pieza clave en la protección patrimonial de los ancianos, ya que mediante su juicio de capacidad debe cerciorarse de la misma para permitir el otorgamiento de testamento de quien está capacitado para ello y oponerse a los deseos del anciano y de su entorno cuando no lo está, lo cual exige por su parte la rectitud necesaria para no ceder al reclamo que supone el cobro de los honorarios correspondientes sabiendo que ese testamento no debería otorgarse. Además, no hay que olvidar que la posterior declaración de ineficacia del testamento podría acarrearle una demanda de responsabilidad civil –fundamentada en el art. 705 del Código civil (52)– por parte de las personas perjudicadas por la misma, esto es, quienes vieron frustrada su esperanza sucesoria al ser declarado nulo su título.

(52) “Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”; entendemos que, si bien la apreciación errónea de la capacidad del testador no es una solemnidad formal *stricto sensu*, puede aplicarse analógicamente la *ratio* del precepto, ya que la nulidad procede, cuando se pruebe su negligencia o malicia, de la ligereza del notario, ya que nunca debió autorizar el otorgamiento del testamento. De todos modos, hay que reconocer que el supuesto es raro; tan sólo hemos encontrado una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de septiembre de 1997 (AC 1997/2241) que aplique el precepto para condenar a un notario por negligencia en su actuación; en concreto, por utilizar como testigos instrumentales a personas que no conocían al testador –algo que había ocurrido en algunos de los casos examinados en este trabajo–, lo cual provocó la posterior declaración de nulidad del testamento.

IV. La capacidad para contratar de las personas mayores

Dentro de la capacidad de obrar de las personas, sin duda alguna la capacidad para celebrar contratos es la otra gran cuestión, además de la capacidad de testar, que podemos plantearnos de cara a la influencia de las enfermedades neurodegenerativas en el autogobierno y disposición de sus bienes por parte de las personas mayores, esta vez con efectos *inter vivos*.

Y lo abordamos en segundo lugar porque, como ya dijimos anteriormente, a diferencia de lo relativo al problema testamentario, el Código civil es excesivamente parco a la hora de proporcionarnos pistas suficientes para elaborar una solución acertada, ya que se limita a decir en el párrafo segundo del artículo 1.263 que no pueden prestar consentimiento los incapacitados, por lo que hay un silencio absoluto acerca de la voluntad contractual expresada por personas mayores que sufran alguna demencia que no estén incapacitadas en el momento de celebrar un contrato.

a) La presunción de capacidad y el juicio notarial de capacidad respecto a la celebración de contratos por personas mayores.

La mayoría de la doctrina se ha quedado en el problema de determinar si, una vez que se ha apreciado que uno de los contratantes es incapaz, aunque no haya sido declarado incapacitado judicialmente, el contrato debe ser declarado nulo o anulable. Sin embargo, la jurisprudencia –que es la que ha tenido que enfrentarse al problema real– ha optado por aplicar analógicamente las mismas soluciones que ya conocemos con respecto a la capacidad para testar.

Por tanto, se parte de que no debe efectuarse una interpretación estrictamente literal del artículo 1.263, en el sentido de que en el término incapacitados deben incluirse también las personas incapaces para gobernarse a sí mismas y sus bienes. Efectivamente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de febrero de 1986 (53), manifestó que el estado mental originador de una disminución de la aptitud volitiva e intelectual para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz puede dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1.263,2 del Código. Esta doctrina ha sido recogida en sentencias de las Audiencias Provinciales, como la de la de Palencia de 6 de mayo de 1999 (54) y la

(53) RJ 1986/408. Un anciano afectado de arteriosclerosis senil progresiva e irreversible vendió una finca rústica; cuando el comprador va a entrar en posesión de la misma, se entera de la existencia de un arrendatario, por lo que demanda al vendedor solicitando que se declarara válido el contrato y se le obligara a darle cumplimiento, además de indemnizarle por daños y perjuicios.

(54) AC 1999/1031.

de la de Vizcaya de 20 de octubre de 2000 (55); en la primera de ellas se afirma que la interpretación que a tal artículo debe hacerse es entender por incapacitado no sólo el que lo esté judicialmente, sino también el que en el momento de prestar el consentimiento tenía alteradas sus facultades intelectivas o volitivas, siempre que tal alteración esté suficientemente demostrada (56); y en la segunda (57) se advierte que para que se aprecie la nulidad del contrato no es requisito necesario que previamente concurra una declaración judicial de incapacidad (58).

Dicho lo anterior, nuevamente hay que advertir –como ya se hizo respecto a la capacidad para testar– que, como es lógico, quien alegue la incapacidad para contratar deberá probarlo, ya que rige la presunción de capacidad de quien no esté incapacitado mediante declaración judicial; al respecto, puede traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1996 (59), que considera válida una compraventa celebrada por una persona diez años antes de ser declarada incapacitada por

(55) AC 2000/2280.

(56) Se juzga la validez de una donación efectuada por una persona que sufría una demencia tipo Alzheimer con deterioro de memoria, desorientación, dificultades de lenguaje y alteración en la conducta.

(57) En este caso, se examina la validez del consentimiento prestado para constituirse en avalista por parte de una mujer que sufría un trastorno esquizofrénico tipo paranoide que le provocaba ansiedad, nerviosismo continuo, la expresión de ideas delirantes e inconexas mediante un discurso incoherente.

(58) Cuestión distinta es el hecho de que posteriormente a la celebración del contrato sea declarado incapacitado uno de los contratantes: ¿qué influencia tiene sobre la determinación de la existencia o no de capacidad en el momento de contratar? Hay soluciones dispares. Por un lado, la Audiencia Provincial de Zaragoza, en una sentencia de 26 de junio de 1992 (AC 1992/899), entiende que el hecho de que una señora sea declarada parcialmente incapaz tres años después de haber vendido un piso no permite concluir que la compraventa fuera nula, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que los efectos de la incapacitación se inician al pronunciarse la decisión judicial declarando la incapacidad, sin que haya posibilidad de retrotraerlos al momento en que comenzó la enajenación mental y ni siquiera al tiempo de la presentación de la demanda de incapacidad. Y por el contrario, la Audiencia de Palencia, en la sentencia de 6 de mayo de 1999 ya citada, considera que la incapacitación de una señora enferma de Alzheimer casi dos años después del otorgamiento de una escritura pública de donación no permite concluir que dos años atrás fuera capaz para contratar, ya que “todo procedimiento judicial lleva un período de tramitación, y que la propia decisión de incapacitación comporta no sólo la valoración de las dudas de todo tipo que surgen para adoptar tal decisión, sino también un mínimo período de información; por lo tanto, un transcurso de tiempo que en el presente caso no puede decirse que haya sido excesivo”. La aparente contradicción puede salvarse, en nuestra opinión, estableciendo que, si bien la declaración judicial de incapacidad no tiene efectos retroactivos, no puede llevarse hasta el extremo de alegarse que no puede dudarse de la capacidad en el período de tiempo anterior a la incapacitación, a la vez que sí puede servir como un indicio más –pero no por sí solo– de que en un momento anterior la persona incapacitada ya fuera incapaz de hecho. Recordemos que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 declara ineficaz un testamento otorgado poco más de un año antes de la sentencia de incapacitación del testador.

(59) RJ 1996/1413.

sufrir demencia senil y afasia, ya que la incapacidad tiene efectos hacia el futuro y no hacia el pasado, por lo que si no se prueba la incapacidad de hecho de la enferma en el momento de celebrar el contrato, debe presumirse su capacidad para contratar (60).

También argumentan en este sentido las Audiencias Provinciales. Puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 24 de diciembre de 1998 (61), que advierte que el solo hecho de poseer una avanzada edad no permite dudar de la existencia de capacidad para contratar de una persona, ya que “senectud no equivale necesariamente a demencia senil” (62); y del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de marzo de 1997 (63) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de febrero de 2000 (64).

Además, hay que tener en cuenta que en casos como donación o compraventa de inmuebles, donde la escritura pública es el mecanismo de formalización del contrato –obligatoriamente en el primer caso, convenientemente en el segundo de cara a la inscripción en el Registro de la Propiedad–, entra en juego el notario... con idénticas consideraciones a las ya expresadas cuando el negocio jurídico celebrado es un testamento. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de

(60) Una vez más, subyace un conflicto familiar: la compraventa fue realizada por una madre y su hija, y posteriormente dos de los otros hijos solicitan la incapacidad de su madre –que sí es concedida– y la nulidad de la compraventa, para evitar que lo vendido salga del patrimonio de su madre.

(61) AC 1998/8210.

(62) Se examina aquí la validez de una venta de una finca efectuada por una persona de 87 años, sobre la que se presentaron informes médicos no coincidentes; si uno de ellos decía que la vendedora sufría una psicosis orgánica senil con manifestaciones distímicas depresivas y deterioro moderado de la personalidad, otro indicaba que poseía buena orientación espacio-temporal, buena conservación tanto en la memoria de fijación como de evocación, y que no presentaba deterioro de las funciones instrumentales, por lo que conserva una buena capacidad de juicio y raciocinio, concluyendo que tiene capacidad para disponer de sus bienes.

(63) AC 1997/652. Se rechaza una demanda de incapacidad de una anciana porque ésta, de acuerdo con un informe psiquiátrico, “es una persona con las limitaciones propias de la edad”, añadiéndose que “no se han objetivado alteraciones del pensamiento, retraso mental, o trastorno psicológico, por lo que puede tomar decisiones en cuanto a su vida y patrimonio, y lo que es más importante que sus capacidades son suficientes para gobernar su vida y bienes en las condiciones y medio habitual”.

(64) AC 2000/3885. Afirma que “la capacidad mental se presume mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa”, que en los hechos no se produce, ya que el informe psiquiátrico emitido sobre el estado mental del vendedor de varias fincas –tras la demanda interpuesta por sus propios hijos, que solicitan la nulidad del contrato por incapacidad de su padre– señala que “no tiene elementos de juicio suficientes para describir el estado concreto del paciente” cuando vendió las fincas; además, el vendedor realizó en aquella época importantes operaciones bancarias, y el propio hecho de que el importe de las fincas era superior al valor de mercado habla de que no es posible destruir la presunción de capacidad.

1998 (65), en relación a una compraventa realizada ante notario, advierte que en virtud de ese extremo la capacidad de los contratantes alcanza un valor de presunción *iuris tantum*, máxime teniendo en cuenta que “los juicios del notario sobre la realidad de los hechos no sensibles como es el del juicio de capacidad mental del otorgante, provoca que la prueba en contrario para destruir tal presunción *iuris tantum* no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la adveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre” (66), citando una sentencia anterior de 7 de octubre de 1982 (67) que precisamente versa sobre la validez de unos testamentos otorgados ante notario por una persona con alteraciones psíquicas sin llegar a padecer un estado esquizofrénico que le impidiera testar, lo cual nos confirma que los criterios utilizados para determinar la capacidad de testar son los que deben ser manejados a la hora de apreciar la capacidad de contratar.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido aplicada por las Audiencias Provinciales; como botón de muestra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, ya mencionada, de 6 de mayo de 1999, en la que se declara la nulidad de una donación de un inmueble otorgada ante notario precisamente porque, si bien dicha declaración sólo debe hacerse cuando no quepa margen de duda del vicio de consentimiento con el que intervino uno de los otorgantes, en el caso juzgado, a través de pruebas indudablemente objetivas se ha llegado a dicha conclusión de forma paladina y sin generar dudas. Por otro lado, la sentencia de la Audiencia de Soria de 11 de mayo de 2000 (68) entiende válido un contrato de compraventa en el cual la persona que actuó como vendedor sufría crisis convulsivas generalizadas por epilepsia, una fibrosis pulmonar y una neumopatía, pero sin que dichas enfermedades fueran suficientes, a juicio del notario autorizante, para negar su capacidad para consentir una compraventa, es decir, de saber y querer la venta de un bien mediante un precio. Y sin mencionarla expresamente, pero aplicándola, podemos referirnos a la sentencia de la Audiencia de La Coruña, ya citada, de 24 de diciembre de 1998, que aprecia la existencia de capacidad para contratar –para vender una finca rústica ante notario– de una anciana de 87 años, ya que “sólo las situaciones graves que impidan la emisión del consentimiento

(65) RJ 1998/3230.

(66) En el caso juzgado la prueba es admitida, ya que de acuerdo con los informes médicos y las declaraciones de los testigos incorporados a la causa quedó probado que la vendedora presentaba una psicosis confusional, causada por una demencia arteriosclerótica, que alteraba tanto las facultades afectivas, como las intelectivas y las volitivas; en consecuencia, se declaró la nulidad de la compraventa.

(67) RJ 1982/5545.

(68) AC 2000/1610.

son bastantes para poder declarar la nulidad del contrato por falta de capacidad” (69).

De igual modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2001 (70) declara válidos varios contratos celebrados por una anciana de 93 años de edad junto con su hermana, que alega tras la muerte de aquella la nulidad de los mismos –una compraventa y varias donaciones de distintas fincas rústicas y urbanas– porque la difunta, en los días previos a los de celebración de los mismos, sufría un carcinoma hepático –y ella misma, como consecuencia de la enfermedad de su hermana, una grave depresión–, por lo que no fueron informadas suficientemente para comprobar lo que hacían. La Audiencia rechaza la demanda y el informe médico presentado como prueba, ya que fue realizado a instancias del abogado de la demandante, y “entra en contradicción con lo manifestado por el notario autorizante de las escrituras, al hacer constar en las mismas que tenía la capacidad necesaria para otorgarlas; y aunque esta aseveración notarial respecto a la capacidad de las otorgantes constituye una presunción *iuris tantum* de aptitud, que puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario, dicha prueba contundente no ha sido realizada en el presente juicio” (71).

Por último, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de febrero de 2002 (72), en la cual se recuerda que “la capacidad mental para poder prestar consentimiento se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario”, lo que en los hechos examinados sí se produce, ya que se declara la nulidad de una compraventa de un piso y la plaza de garaje aneja por la incapacidad del vendedor, a pesar de celebrarse el contrato ante notario, ya que aquél sufría “un cuadro médico de caquexia, brandipsiquia y *flapping*, con un diagnóstico de encefalopatía hepática e hiperesplenismo, lo que significaba cambios de personalidad, trastornos de comportamiento, alteraciones del estado de ánimo, disminución de la memoria, déficit de las capacidades intelectuales y cognitivas generales, trastornos de la capacidad de juicio (...), que impedía al sujeto en cuestión ser dueño de sus actos y

(69) Si bien la compraventa es declarada nula por simulación absoluta, ya que la anciana vende la finca –único bien existente en su patrimonio– a su sobrina, con el fin de privar de la misma a su único nieto, sin que aparezca prueba alguna de haber recibido el precio fijado en el contrato, por lo que tampoco puede considerarse válida una posible donación al tener una causa ilícita.

(70) JUR 2001/236716.

(71) Además, la donante disponía de una cuenta corriente con un saldo superior a catorce millones de pesetas, y se reservó el usufructo de varias fincas que producen rentas superiores a 50.000 pesetas mensuales, lo cual muestra que está en su sano juicio, ya que con las operaciones realizadas no se perjudica a sí misma.

(72) *Actualidad Civil*, 2002, núm. 38, @421.

governarse por sí mismo, con grado de enajenación mental suficiente para la pérdida de la capacidad volitiva”, algo que no pudo ser apreciado por el notario autorizante de la escritura, ya que todas las anomalías descritas no suelen sospecharse clínicamente.

b) Consecuencias de la incapacidad para contratar de las personas mayores.

Una vez sentadas las claves acerca de la capacidad para contratar de las personas mayores, queda abordar la cuestión que, como decíamos al principio de este apartado, más preocupaba a la doctrina: cuando realmente una persona mayor no esté capacitada para contratar, su consentimiento ¿está viciado o es inexistente? Es decir, la sanción civil que debe aplicarse al contrato para proteger el patrimonio del incapaz de hecho ¿es la anulabilidad o la nulidad radical?

Tras la reforma del artículo 1.263 del Código civil, precisamente en su segundo párrafo, en virtud de la Ley de protección del menor de 1996, son los incapacitados los que no pueden prestar consentimiento, y no los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir. Por tanto, los contratos celebrados por los declarados incapaces por sentencia judicial son anulables, de acuerdo con el régimen de los artículos 1.300 y siguientes del Código. Pero, ¿qué ocurre con los contratos celebrados por una persona enferma con demencia senil no declarada incapaz cuya incapacidad para contratar es demostrada? Aquí es donde se plantea la división de opiniones entre quienes se muestran favorables a que la incapacidad natural provoque también la anulabilidad (73), y quienes optan por entender que los contratos así celebrados sean nulos de pleno derecho.

Esta es, por otro lado, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (74) de modo prácticamente unánime. Por citar una de las últimas sentencias al respecto, la de 4 de mayo de 1998 afirma que la falta de capacidad de una contratante –por presentar una psicosis funcional– “lleva ineludiblemente a determinar la nulidad del contrato por la falta de vo-

(73) Por todos, podemos citar a GULLÓN BALLESTEROS, para quien “no hay nada en el consentimiento del incapacitado que en sí mismo tenga menos vicios que el del incapaz, y no se ve ninguna razón para que la protección del primero sea mayor que la del segundo. Raya en el absurdo, por ejemplo, que en un contrato realizado por el incapacitado la otra parte capaz no pueda alegar la incapacidad de aquél para anular el contrato, y, sin embargo, si lo hubiera hecho un simple incapaz, cualquiera que tuviese un interés legítimo podría solicitar la declaración de nulidad absoluta” (“Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *Los discapacitados y su protección jurídica*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 22).

(74) Quizá, como dice GÓMEZ LAPLAZA, porque dicha postura “está orientada por un sentido realista que trata de conectar, en cada caso, con la situación fáctica” (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º B, Edersa, 1993, p. 190).

luntad correctamente formada de una de las partes del contrato de compraventa en cuestión, que fatalmente ha de llevar a la declaración de nulidad y, por ende, a la ineficacia del contrato en cuestión (arts. 1.261 y 1.263 del Código civil)”. Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que los contratos celebrados por incapaces no incapacitados son nulos porque su incapacidad provoca no el vicio, sino la carencia de consentimiento necesario para la existencia del contrato, lo cual es evidentemente contradictorio con el régimen de anulabilidad para los contratos celebrados por incapacitados... salvo que entendamos que el Tribunal Supremo prescinde de la diferencia entre nulidad y anulabilidad porque la consecuencia en ambos supuestos es la misma –de ahí que se cite tanto el art. 1.261 como el 1.263–: falta de consentimiento y, por tanto, inexistencia de contrato (75), probablemente, porque en ningún caso se plantea el problema de si la acción de ineficacia ha prescrito por el transcurso del plazo de cuatro años determinado en el artículo 1.301 del Código (76).

c) Conclusión.

Sea como fuere, es indudable que la presunción de capacidad y la exigencia de prueba concluyente en contrario –máxime si el contrato ha sido otorgado ante notario, como fedatario público que emite juicio sobre la capacidad para contratar de los otorgantes de la escritura– protegen a las personas mayores a la hora de regir su patrimonio, tanto si se declara válido el contrato celebrado –ya que en ese caso se respeta su voluntad contractual– como si se anula por carecer de capacidad para realizarlo, ya que entonces se le protege frente a quienes puedan aprovecharse de la situación en la que se encuentra para lucrarse a su costa. Como vemos, si el contrato es una compraventa, muchas veces luego realmente no se produce el pago del precio estipulado; y si lo realizado es una donación –incluso por simulación relativa de la compraventa otorgada en escritu-

(75) También se recoge el mismo planteamiento en las Audiencias: la sentencia de la de Palencia de 6 de mayo de 1999 confirma el fallo en primera instancia que declaraba la nulidad por falta de consentimiento de una donación efectuada por una enferma de Alzheimer, enfermedad de la que se desprende “la incapacidad para prestar consentimiento y la necesaria declaración de nulidad de conformidad a lo establecido en el artículo 1.300 en relación con el artículo 1.263 del Código civil”, que en puridad se refiere a la anulabilidad.

(76) En los hechos examinados en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, ya citada, el contrato de compraventa cuya nulidad se declara fue celebrado el 26 de febrero de 1987, mientras que el juicio en primera instancia tiene por número el 457/1992, por lo que la demanda necesariamente se ha planteado transcurridos más de cuatro años desde la celebración del contrato... y no aparece por ningún sitio la posible prescripción de la acción, si fuera de anulación del contrato (quizá porque al abogado de la compradora, interesada en la validez de la compraventa, se le escapó esta vía de defensa...).

ra pública-, es evidente la disminución patrimonial que sufre el anciano aquejado de alguna demencia.

Análogamente a lo que se ha comentado con anterioridad, de nuevo la intervención del notario asume una relevancia trascendental, ya que debe ser riguroso a la hora de apreciar o no la capacidad del anciano para intervenir en una operación contractual determinada, sobre todo en aquellas que puedan encubrir un deseo ilícito, como ocurre en aquellas donaciones disfrazadas de compraventa en las que, además de pretender una menor carga fiscal, lo que realmente se intenta conseguir es defraudar los derechos legítimos de parientes del contratante, en concreto de los legitimarios, que ven disminuido el posible patrimonio hereditario. Y, al igual que decíamos anteriormente, el notario autorizante de semejantes operaciones puede verse afectado por una reclamación de daños y perjuicios debido a una posible actuación incompetente desde el punto de vista profesional y discutible desde una perspectiva ética.

V. Los derechos de los mayores en cuanto abuelos

Es conocido por todos el hecho de que va aumentando progresivamente *de facto* el peso de los abuelos en la educación de los nietos, en cuanto que la incorporación de la esposa y madre al mundo laboral provoca que los padres no puedan estar mucho tiempo con sus hijos, sobre todo en los días laborales, por lo que se recurre a los abuelos para que sean de hecho “guardadores” de los críos...

Realidad que además tiene fundamento legal: el artículo 160 del Código civil, según el cual “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”. Hay que admitir que en una familia “normal” este precepto, como casi todos los pertenecientes al Derecho de Familia, nunca se va a aplicar. ¿Cuándo cobra, pues, pleno sentido? Como casi todas esas normas privadas que regulan las relaciones patrimoniales, cuando surja una crisis matrimonial y se atribuya la guarda y custodia de los hijos a uno de sus progenitores; en ese momento, no es infrecuente que dicha persona, para evitar en la medida de lo posible el contacto con la familia del otro cónyuge –separación– o excónyuge –divorcio–, impida a los padres de éste que sigan viendo a sus nietos. Por ello, el artículo 160 concluye que “en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”.

Por otro lado, en las cada vez más frecuentes situaciones de desamparo de los menores, en muchas ocasiones la medida de acogimiento familiar ordenada por la Administración autonómica correspondiente va a

realizarse en el seno de la familia extensa del menor. Por ello, en bastantes casos van a ser los abuelos, de una u otra rama, los acogedores provisionales o temporales de los niños. Y nuevamente surgen problemas cuando el progenitor culpable de la situación de desamparo –mucho más si hay una situación de crisis matrimonial de por medio– entiende que puede ya ocuparse de los niños, por lo que solicita la revocación de la declaración de desamparo y de la medida de acogimiento... y resulta que los acogedores son los suegros o exsuegros...

a) El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos.

Además del artículo 160 del Código civil, hay otro precepto que sustenta este derecho de los abuelos a ejercer frente a quienes se opongan a que visiten o pasen determinados períodos de tiempo con sus nietos. Nos referimos al artículo 135.2 del Código de Familia catalán, que además se refiere expresamente a los abuelos: “el padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los demás parientes, especialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas, y sólo la pueden impedir cuando exista justa causa”. Además, de modo similar a lo establecido en la norma estatal, es el juez quien tiene la última palabra sobre la conveniencia o no de esas relaciones y su magnitud: “la autoridad judicial puede suspender, modificar o denegar el derecho a tener las citadas relaciones personales incluso en cuanto al padre o a la madre, y en todos los casos, si las relaciones pueden perjudicar al menor o mayor de edad incapacitado, o si concurre con otra causa justa. También puede tomar las medidas necesarias con respecto a la efectividad de estas relaciones personales”.

Como puede imaginarse, el nudo gordiano de toda la problemática que puede surgir alrededor de esta cuestión es la determinación de lo que puede ser considerado como justa causa para impedir el ejercicio del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Sin entrar ahora en mayores consideraciones, parece claro que dicho concepto indeterminado deberá apreciarse siempre de modo restrictivo, es decir, que la negación del derecho deberá ser siempre excepcional (por ejemplo, un supuesto flagrante de malos tratos). Por ello, suscribimos totalmente las conclusiones de SALANOVA VILLANUEVA, para quien “la especial relación de parentesco que une a abuelos y nietos y las connotaciones afectivas que le son inherentes justifican que el contacto entre ellos deba ser juzgado *a priori* beneficioso para el menor y que los parámetros con los que se juzgue la justa causa susceptible de impedirla sean especialmente estrictos. Si bien es cierto que ello no puede llevarnos a equiparar la posición de progenitores y abuelos, tampoco cabe contemplar sus pretensiones del mismo modo que la de los otros parientes y allegados, y a pesar de la

señalada tendencia occidental a reducir la noción de familia a la nuclear, los ascendientes siguen siendo miembros de la familia en el seno de la cual todo niño debe crecer para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. En la mayoría de los casos, prohibirle las relaciones personales con sus abuelos será para el menor negarle una fuente de amor, cariño y ternura, y para el adulto futuro privarle de uno de sus más entrañables recuerdos de infancia" (77).

En línea con estas consideraciones podemos citar el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de febrero de 2001 (78), que rechaza que el hecho de que durante cinco años dos niños no hayan visto a sus abuelos paternos sea justa causa para impedir que éstos se relacionen con sus dos nietos mediante visitas periódicas, como pretendía la madre. Y se justifica la resolución en una interpretación sociológica del artículo 135.2 del Código de Familia, que compartimos plenamente, según la cual "considerada aún la familia como institución básica y la primera célula de la sociedad (Preámbulo del Código), las legislaciones han sido conscientes de la importancia de extender ésta al marco menos nuclear de su esencia, fomentando la relación descendientes-ascendientes, abuelos-nietos, como básica para el desarrollo de la personalidad social y cultural de los menores. Como acertadamente dice la sentencia de instancia, los abuelos, en la sociedad actual, desempeñan un importante papel de socialización respecto a sus nietos. La relación afectiva, el vínculo de sangre, el trasvase de una experiencia vivida y el interés en la transmisión de ideas y creencias constituyen hoy un acervo personal y cultural de innegable valor para quienes inician su andadura vital".

Por todo lo anterior, pensamos que sería conveniente una reforma del artículo 160 de nuestro Código civil que situara en un lugar específico a los abuelos, respecto al resto de parientes y a los allegados que carezcan de parentesco con los menores. En ese sentido, nos parece acertada la moción presentada por el Grupo Popular del Senado con tal propósito en agosto de 2002 (79), instando al Gobierno a elaborar un Proyecto de Ley

(77) "Nota sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994", *Anuario de Derecho civil*, 1996, p. 976.

(78) AC 2001/8174.

(79) La propia moción reconoce que el régimen actualmente vigente no es satisfactorio por dos motivos:

"En primer lugar, puede estimarse que debe prestarse más atención a las relaciones de los nietos con los abuelos, sin que quepa incluir a éstos dentro del ámbito genérico de los allegados y demás parientes, de acuerdo con la importancia sociológica que la consideración de los abuelos guarda en relación con sus descendientes, y de los elementos positivos de estabilidad que pueden aportar éstos a la educación del menor, por encima y más allá de la situación de la ruptura de la pareja.

En segundo lugar, la autoridad moral de los mayores puede contrarrestar las situaciones

de reforma del Código civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, “la posibilidad de que los hijos continúen su comunicación y régimen de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas” (80).

De todos modos, aunque se hable de derecho de los abuelos frente a la oposición de los padres, no podemos olvidar que hay en juego un interés preponderante respecto a los deseos de unos y otros, cual es el de los propios nietos en cuanto menores; como la medida que se adopte les influirá de un modo o de otro, habrá que tener en cuenta la opinión de los propios menores; así se advierte en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996 (81), que ordena que sea oído el menor –con 7 años de edad al plantearse la demanda por los abuelos, y con 14 cuando el caso llega al Supremo–, “para que, tras el examen de la cuestión, exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o período vacacional, pernoctando incluso en su domicilio con ellos, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad (de la madre), que tiene que compatibilizarse con estas relaciones y régimen de visitas” (82). Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2001 (83) se expone que cualquier medida que respecto a los menores pueda establecerse –concesión a los abuelos de un derecho de visitas, limitación o sus-

de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores, proporcionando referentes necesarios y seguros al propio menor en su entorno, pudiendo servir, en consecuencia, para neutralizar aquellos sentimientos negativos, entorpecedores del normal desenvolvimiento de la afectividad del menor”.

En conclusión, “cabe entender que no es adecuado ni procedente el régimen legal previsto para la preservación de las relaciones entre los abuelos y los nietos en caso de ruptura familiar, y que el legislador debiera prever un sistema singular, más explícito y reforzado, que supere la posición meramente adhesiva y secundaria que la actual regulación depara a este caso”.

(80) Actualmente, se encuentra en tramitación en el Senado el Proyecto de Ley de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, presentado por el Gobierno en el Congreso de los Diputados el 25 de julio de 2003.

(81) RJ 1996/4756.

(82) El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la madre de impedir el ejercicio ya de por sí limitado del derecho de los abuelos paternos a relacionarse con su nieto, una vez fallecido el padre, que estaba separado de su esposa –ejercicio consistente en visitarlo y tenerlo en su compañía todos los jueves del año desde las dieciocho horas, que será recogido en el domicilio de la madre, sea el habitual o el accidental en períodos vacacionales, hasta las veinte horas y treinta minutos del mismo día, que será retornado al mismo lugar en que se le recogió–, ya que esas relaciones, “que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores”.

(83) JUR 2001/245126.

pensión de uno ya preexistente— lo será en interés de los mismos, tal y como refiere el párrafo segundo del artículo 92 del Código civil, y siendo oídos los mismos, siempre que estén en condiciones de madurez de emitir un juicio propio, manifestando libremente su opinión (84).

b) El acogimiento familiar realizado por los abuelos.

Aquí no nos encontramos propiamente ante un verdadero derecho, sino ante el desempeño de una función protectora de un menor encomendada judicialmente a sus abuelos, en virtud de las medidas que tras una resolución de desamparo de un menor puede adoptar la entidad autonómica que asume la tutela *ex lege* de dicho menor.

De acuerdo con el artículo 173 bis del Código civil, el acogimiento establecido por la Administración competente podrá realizarse en el ámbito de una familia que pueda sustituir, bien con carácter transitorio, bien con carácter permanente, a su núcleo familiar natural, pero sin establecer criterio alguno para orientar la elección de la familia en cuestión, salvo lo indicado en el artículo 172.4: “se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”, lo que parece dar a entender que hay que intentar que el menor sea acogido dentro de su propia familia extensa. Consideración que se ve respaldada por la Exposición de motivos de la propia Ley 1/1996, de protección del menor, cuando reconoce que con anterioridad a la misma se obligaba a las entidades públicas a internar a los menores en algún centro, incluso en aquellos casos en los que la familia extensa ha manifestado su intención de acoger al menor, por no contar con la voluntad de los padres, con el consiguiente perjuicio psicológico y emocional que ello lleva consigo para los niños, que se ven privados innecesariamente de la permanencia en un ambiente familiar.

En esta misma línea, algo más explícita se muestra la Ley catalana sobre la materia —Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción—, cuando en su artículo 5.3 indica que se procurará, siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su en-

(84) En el caso juzgado, el padre de dos menores, tras la muerte de la madre, sin oponerse al régimen de comunicación de sus hijos con los abuelos maternos, entiende que en primera instancia se establece una extensión desmesurada (un fin de semana al mes desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo; quince días seguidos de las vacaciones estivales, tres días de Semana Santa y Navidad; y cualquier otro día de la semana que los abuelos y el padre de los menores acuerden, previo aviso al otro)... mientras que los abuelos pretenden que se aumente; la Audiencia decide dejarlo como está.

torno familiar, lo que permite entender que siempre que se pueda (85), si se separa al menor de sus padres, deberá ser acogido dentro de su familia extensa (86), lo que permite que existan abuelos que, mostrándose dispuestos a ello (87), se constituyan en personas acogedoras de sus nietos.

Parientes que, de acuerdo con lo indicado en el artículo 173.1 del Código civil, deberán velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Y dicha función acogedora puede finalizar tras la correspondiente solicitud presentada por el progenitor o tutor que entienda que la situación de desamparo en la que se encontraba su hijo ya no existe en cuanto que las circunstancias

(85) No siempre es posible ese acogimiento familiar. Por ejemplo, en el caso examinado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de enero de 1998 (AC 1998/2995), los padres de un menor –él de 20 años, ella de 17– tienen abandonado a su hijo; no hay más remedio que adoptar un acogimiento en un centro de menores, ya que el único pariente cercano es la abuela materna, que reside en otra Comunidad Autónoma y, teniendo otros dos hijos de 14 y 5 años de edad, apenas los ve una vez al mes –de hecho, era su hermana mayor la que estaba encargándose de ellos, careciendo de trabajo u otro medio para subsistir–, por lo que los propios tíos del menor, también menores, están en vías de ser objeto de un expediente de desamparo. Algo similar también ocurrió en los hechos juzgados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/3318); en la misma se pone de manifiesto que una menor había sido abandonada desde su nacimiento por su madre, toxicómana, que cumplía pena de cárcel por dos años por delito de tráfico de drogas. Se intentó que fuera acogida por su familia extensa, pero la única abuela de la niña residía en Suiza; sus dos bisabuelos eran, lógicamente, de una edad tan avanzada que no podían hacerse cargo de su biznieta; y dos tías de la menor renunciaron a acoger a su sobrina. Por todo ello, se instauró un acogimiento preadoptivo para dar paso a los trámites de adopción de la menor, algo a lo que se opone la madre, sin éxito, ya que se encuentra incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que puede realizarse la adopción sin su consentimiento.

(86) Según un informe recogido en la edición del diario *El Mundo* de 25 de junio de 2002, el 65 por 100 de los acogimientos familiares –opción en aumento en detrimento del acogimiento en instituciones residenciales– acaban siendo realizados por parientes cercanos, como tíos y abuelos.

(87) En ocasiones se intenta acudir por los servicios sociales a la familia extensa y ésta, desgraciadamente, ignora la situación en la que se encuentra su pariente menor de edad; así tuvo lugar en los hechos juzgados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de abril de 1998 (AC 1998/4392), en la que se ordena el acogimiento familiar de un menor tras comprobar la entidad pública competente la nula disponibilidad de la familia natural –el abuelo y los tíos paternos, que gozaban de posibilidades económicas para hacerlo– para acoger al menor desamparado. También hay que tener en cuenta que no siempre que esa disponibilidad se manifiesta los abuelos pasan a acoger al menor. En el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de septiembre de 2000 (AC 2000/1871), se rechaza la solicitud de unos abuelos de obtener la guarda y custodia de dos de sus nietas, acogidas en un centro de menores. Si bien los abuelos alegan que no sufren ninguna enfermedad mental ni alteración psicopatológica alguna, y por tanto entienden que no existe inconveniente ni impedimento alguno para poder atender y cuidar a sus nietas, la Audiencia, apoyándose en el informe psicosocial sobre los abuelos de las menores, y argumentando que lo que se trata de determinar es lo más adecuado para las mismas, dictamina que no es conveniente reintegrar a las menores con sus abuelos maternos.

que la provocaban –drogadicción, alcoholismo, pobreza, desatención sanitaria o educativa...– han concluido, por lo que lo procedente es ordenar el reingreso del niño en el hogar familiar originario, a lo que pueden oponerse los abuelos del menor, suegros del padre o de la madre en la mayoría de los casos.

En este conflicto, nuevamente el interés superior es el del menor, aunque no sea propiamente una de las partes enfrentadas, por tanto, no se trata aquí de averiguar quién tiene razón, sino qué es lo mejor para el menor. Y la regla general que va abriéndose paso en la jurisprudencia es que si las medidas de defensa de los menores, es decir, la prolongación del acogimiento por parte de los abuelos son para ellos más favorables tanto en lo físico como en lo espiritual, el retorno a la familia natural –es decir, a la tutela de los progenitores– deberá quedar en entredicho.

Así se ha manifestado la Audiencia Provincial de Granada en una *sentencia de 9 de febrero de 2002 (88)*, en la que se resuelve una demanda planteada por la madre de dos menores solicitando la revocación de la declaración de desamparo de los mismos y el cese de la medida decretada de acogimiento familiar provisional en casa de los abuelos paternos. Sin embargo, ante la carencia por parte de la madre de una posición económica estable, y la persistencia de un estado emocional débil que provoca que siga manteniendo una relación afectiva con el padre de los menores –que sufre drogodependencia–, y teniendo en cuenta la integración de los menores en el entorno de los abuelos paternos, se decide mantener la guarda provisional encomendada a los mismos, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre, de acuerdo con el artículo 160 del Código civil, que aquí se aplica justo en sentido contrario con respecto a los supuestos anteriormente vistos, sin que los abuelos puedan oponerse alegando una influencia negativa de la madre sobre sus nietos, que no se acredita suficientemente y, por tanto, no puede servir de justa causa para impedir a la madre relacionarse con los menores.

Ahora bien, si realmente se ha producido un cambio en las circunstancias personales de los titulares de la patria potestad, nada podrán hacer los abuelos por impedir que los menores dejen de vivir con ellos para volver al hogar paterno. Así ocurre en los hechos recogidos en la Audiencia Provincial de Girona de 27 de enero de 1999 (89), especialmente “sangrantes”, ya que son los abuelos de una niña los que se oponen a que su propia hija y madre de la menor recupere la guarda y custodia, que ellos ejercían en virtud de una resolución de desamparo y establecimiento de un acogimiento familiar simple a su favor. Tras la de-

(88) AC 2002/625.

(89) AC 1999/43.

sintoxicación de la madre de la situación de drogadicción en la que se encontraba al comenzar el acogimiento –y el cese de la prostitución a la que se sometía para obtener el dinero necesario para conseguir la droga–, los jueces entienden que los abuelos no pueden oponerse a la finalización de la suspensión de la patria potestad de la madre y del acogimiento por su parte, tras la vuelta a la normalidad de su hija.

También se aborda una situación de guarda de una niña por parte de sus abuelos en el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2002 (90). En este caso, la guarda es una situación de hecho, y la Diputación Foral de Vizcaya entiende que la menor no está bien atendida por sus ascendientes, por lo que decreta el desamparo de la niña, ordenando la asunción automática de su tutela y su acogimiento en una residencia de menores. Aquí padres y abuelos paternos van de la mano: ambos solicitan la revocación de la declaración de desamparo, por entender que tal estado no se ha producido, y la entrega de la niña a los padres o, en su defecto, a los abuelos.

El órgano judicial, considerando un informe de una pediatra según el cual la niña presentaba el aspecto general de una niña sana y bien cuidada, sometida a revisiones médicas periódicas, con un grado de desarrollo físico y psicomotor normal, y a pesar del ambiente familiar de alto riesgo (*sic*) en el que se encontraba, entiende que no se ha probado por la Administración el incumplimiento de unos mínimos de atención a la menor exigidos por la conciencia social más común, por lo que no cabe apreciar una situación real de desamparo, máxime si, además del interés primordial y preferente de la niña, destacan *“la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esta situación”*, que son precisamente los abuelos. Por tanto, aquí el conflicto no es entre padres y abuelos, sino entre familiares y Administración pública, que puede incurrir en un exceso de celo a la hora de velar por el interés y protección de los menores que las leyes le encomiendan... pero no puede olvidarse nunca que la mejor institución protectora es la familia, salvo circunstancias excepcionales que, por desgracia, ocurren con mayor frecuencia de lo deseado por todos.

(90) AC 2002/383.

EL *ERBSCH*EN EN LA PRÁCTICA NOTARIAL ESPAÑOLA: ¿UN DOCUMENTO NECESARIO O SIMPLEMENTE ÚTIL?

NOEMÍ DOWNES

*Doctora en Derecho. Profesora Asociada
de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Laguna*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I. PRIMERA PARTE: LA SUCESIÓN.** 1. Competencia judicial internacional en materia sucesoria. 2. Ley aplicable a la sucesión testada o intestada. **A.** *Ámbito de aplicación de la lex sucesoria.* **B.** *Modo de adquirir el caudal relicto en Derecho alemán.* 3. Relación entre ambos sectores y coordinación entre sistemas. **II. SEGUNDA PARTE: EL *ERBSCH*EN.** 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Contenido y función. 4. Clases. 5. Autoridad competente. 6. Procedimiento y recursos. **III. TERCERA PARTE: ANÁLISIS DEL PROBLEMA.** 1. Planteamiento. 2. Delimitación conceptual. 3. Las vías del reconocimiento: reconocimiento material y procesal. **A.** *Reconocimiento material.* **B.** *Régimen jurídico del reconocimiento procesal.* **C.** *Negación de un reconocimiento autónomo más beneficioso.* 4. Significado del reconocimiento procesal. 5. ¿Cabe su acceso al Registro de la Propiedad? 6. Ventajas del reconocimiento procesal. **A.** *Conservación de la unidad y universalidad de la herencia.* **B.** *Sustitución de la prueba del Derecho extranjero aplicable.* **C.** *Recapitulación.*

Introducción (1)

En función de las competencias que tienen atribuidas en materia de sucesiones *mortis causa*, los notarios españoles suelen tener que intervenir –en algunas demarcaciones con mayor frecuencia que en otras– en cuestiones relacionadas con la sucesión de nacionales alemanes que, residiendo o no habitualmente (2) en España, fallecen y/o dejan bienes en nuestro territorio (3). La incidencia de casos de personas fallecidas lejos de su país de origen se ha incrementado en los últimos años debido a circunstancias socioeconómicas bien conocidas.

En países como el nuestro, con una tradición de emigración significativa, se prefirió la utilización del punto de conexión nacionalidad para la determinación de la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, en cuanto asegura más eficazmente la continuidad de los patrimonios familiares y la protección de los herederos (4). No obstante, en la actualidad, fomentado hasta cierto punto por el turismo, así como por las libertades comunitarias y por los importantes niveles de integración regional en el ámbito de la Unión Europea, nos encontramos en un proceso de transformación que nos convierte en país de acogida, entre otros, de grupos de ciudadanos mayores centroeuropeos en situación laboral pasiva. El resultado refleja un aumento en el número de extranjeros –y ya más concretamente de ciudadanos alemanes– que fallecen en nuestro país o que, vinculados a él, dejan bienes y herederos tanto aquí como en Alemania. Ocasionalmente se trata incluso de empresarios alemanes establecidos en nuestro territorio desde las décadas de los 60 ó 70 que al fallecer dejan un patrimonio más o menos importante compuesto por bienes muebles e inmue-

(1) Se citan de forma abreviada los siguientes comentarios a la legislación alemana: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.^a ed., vol. 10 (arts. 1 al 38 EGBGB), 1998 y 3.^a ed., vol. 9 (Sucesiones) (§§ 1922 al 2385 BGB), Munich 1997; *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, 13 ed. (arts. 25 y 26 EGBGB), Berlín, 2000 y (§§ 2339 al 2385 BGB), Berlín, 1997; KEIDEL/KUNTZE/ WINKLER y otros, *Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 14 ed., Munich, 1999; ARDNT/LERCH/SANDKÜHLER, *Kommentar Bundes Notar Ordnung*, 4.^a ed., Munich, 2000; KEIDEL y otros, *Kommentar Beurkundungsgesetz*, Munich, 1999.

(2) Utilizamos un concepto laxo de residente o residente habitual, estrictamente fáctico, para comprender aquellos que mantienen su residencia principal en nuestro país, aquellos otros que lo hacen casi por partes iguales, en Alemania y en España, y los que van y vienen a intervalos, estén o no en posesión de los preceptivos permisos administrativos.

(3) FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2.^a ed., 2001, p. 520, el artículo 22.3.º LOPJ determina la competencia judicial internacional y permite ambas opciones. Aunque pueda ocurrir luego que los bienes inmuebles representen apenas una parte mínima del patrimonio íntegro del causante y en ocasiones favorece un resultado no querido, como es el de la fragmentación de la sucesión.

(4) CALVO CARAVACA, A. L. en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y otros, *Derecho internacional privado*, Parte especial, Madrid, 6.^a ed., 1995, p. 396.

bles repartido entre nuestro país, el suyo de origen e incluso algún otro. Esta situación ha dejado de ser excepcional para adquirir una cierta habitualidad y por lo tanto algunos problemas relacionados con la sucesión *mortis causa* de ciudadanos alemanes plantean interrogantes en la práctica notarial española. Entre ellos cabe destacar uno en particular, que entendemos encierra un especial interés: el *Erbschein*, documento que declara a quién o a quiénes se atribuye la titularidad de una herencia ya adquirida *ipso iure* en el ordenamiento alemán.

Para definir las coordenadas dentro de las que se desarrolla este estudio, en primer lugar, destacaremos los casos que se presentan con mayor frecuencia. En términos generales, puede tratarse de la sucesión de un nacional alemán residente o no en España, pero, en todo caso, titular de bienes muebles o inmuebles situados en nuestro territorio. Podremos encontrarnos ante una sucesión testada o intestada, abierta en España o en Alemania o, como veremos, en ambos países simultáneamente. En el marco de estas opciones se sistematizan a continuación las cuestiones consideradas más relevantes.

En la Primera Parte, referida a la sucesión, se tratan tres aspectos básicos: la determinación de la competencia judicial internacional o de la autoridad interviniente (1) y la ley aplicable a la sucesión testada e intestada de un nacional alemán conforme al Dopr español, fijándonos asimismo en las disposiciones del Derecho internacional privado (en adelante Dopr) alemán para excluir la posibilidad de reenvío (2). En esta sede, en el desarrollo del proceso de aplicación de la *lex causae*, además hay que abordar dos problemas especialmente significativos derivados de las particularidades del Derecho sucesorio alemán: el ámbito de aplicación de la *lex successoria* (A) y los modos de adquirir los derechos derivados de la herencia (B). En tercer lugar abordamos una cuestión igualmente relevante: la relación entre el sector de la competencia judicial internacional y la ley aplicable y la coordinación entre los dos ordenamientos en presencia, teniendo en cuenta que lo deseable es alcanzar idénticos resultados en Derecho, en aras de una armonía de soluciones y en todo caso, siempre, para evitar perjuicios patrimoniales en el seno familiar (3).

Partiendo de estos fundamentos, en la Segunda Parte centramos el análisis en el objeto principal de nuestro estudio: el *Erbschein* (traducido generalmente como “certificado de declaración de heredero”), que se expone en seis subepígrafes: Concepto (1), Naturaleza Jurídica (2), Contenido y Función (3), Clases (4), Autoridad Competente (5) y Procedimiento y Recursos (6).

Finalmente, la Tercera Parte contiene un análisis y valoración del problema de la recepción del *Erbschein* en el ordenamiento español en calidad de *lex fori*, que permite alcanzar una conclusión como respuesta a la alternativa propuesta entre “necesidad” o “utilidad” del mismo.

I. Primera parte: La sucesión

1. Competencia judicial internacional en materia sucesoria.

Con carácter general, en materia sucesoria, tanto en el ámbito de la jurisdicción contenciosa como en el de la voluntaria, conforme al Dipr español y al Derecho procesal civil internacional alemán, existen unos criterios de competencia judicial internacional que admiten competencias compartidas (5).

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en ambos ordenamientos la intervención de autoridades judiciales o administrativas en el proceso de transmisión sucesoria no reviste carácter constitutivo y –aunque con alcance desigual, como veremos– sólo complementa o completa la transmisión universal del patrimonio del causante ya verificada en momentos y con efectos distintos (6). En consecuencia, en determinados casos ambas legislaciones delegan en los notarios algunas de las competencias que en la actualidad integran las funciones que les son atribuidas legalmente (7).

En efecto, concurriendo los requisitos previstos en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial español, en relación con el artículo 979 de la LEC de 1881 (8), será competente para la tramitación de actas de notoriedad el notario del lugar del último domicilio o el lugar de fallecimiento

(5) Cfr. artículo 22.3.º LOPJ, sin excluir los foros generales del artículo 22.2 LOPJ, de sumisión expresa o tácita de las partes y del domicilio del demandado en el ámbito contencioso. En el ordenamiento alemán Dörner, en *von Staudingers Komm.*, artículo 25 EGBGB, núms. margs. 777 y ss., señala que el legislador alemán no consideró necesario establecer foros especiales de competencia judicial internacional en materia sucesoria. En idéntico sentido, KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, 7.ª ed., Munich, 1995, pp. 773 y ss., menciona tres razones por las que el legislador no se pronunció: en prevención de modificaciones en el Derecho civil de sucesiones del BGB; en atención a las dudas que suscita la *Gleichlauftheorie* o teoría del paralelismo entre competencia judicial internacional y ley aplicable, y tercero, por no considerarlo necesario. El § 12 ZPO sólo se refiere a la doble función de la competencia territorial interna, mientras que los §§ 27 y 28 ZPO contienen reglas generales de competencia para supuestos contenciosos, estableciendo un foro general que resultaría aplicable cuando el causante hubiera sido residente o nacional alemán, buscando la consonancia con el artículo 25 EGBGB, de manera que la sucesión se rigiera por el Derecho alemán; los §§ 73 y 74 FGG, que regulan la jurisdicción voluntaria, sólo se refieren a la competencia territorial interna, así también FIRSCHING/VON HOFFMAN, *Internationales Privatrecht*, 5.ª ed., Munich, 1997, pp. 81 y 151.

(6) Mientras en Derecho español la aceptación es preceptiva, aunque pueda manifestarse de forma implícita, artículo 999.3.º C.c., Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1989, p. 535, en Derecho alemán, la herencia se adquiere por disposición de la ley, sin necesidad de que medie aceptación alguna, § 1922 en relación con el § 1942 BGB.

(7) Artículo 209 bis Reglamento notarial (RN) §§ 20 y ss. BNotOrd, ARDNT/LEUCH/SANDKÜHLER, *Komm. BNotO*, pp. 404 y ss.

(8) De vigencia temporal en virtud del apdo. 1.º de la Disposición Derogatoria única de la LEC/2000, de 7 de enero.

del causante o bien del lugar donde estuviere parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias, si se tratase de un extranjero –lo que interesa concretamente, un nacional alemán– no residente en España. Este precepto se encuentra en consonancia con el artículo 22.3.º LOPJ para determinar la competencia judicial internacional del juez español en materia de sucesiones, aunque con mayor acierto incluye bienes en general o cuentas bancarias, apreciando la elevada probabilidad de que ambas categorías representen una parte significativa del patrimonio del causante.

Asimismo, y de manera concurrente, puede serlo el juez alemán –sin lugar a dudas si la sucesión se rige por el Derecho material alemán (9) –o, en su caso, el notario en las funciones designadas en el § 20 del Reglamento Notarial alemán (en adelante, BNotO), con la correspondiente remisión a la legislación regional cuando la competencia corresponda a determinados *Länder*. Nos encontramos ante una situación que no reviste especialidad alguna ni es habitual, salvo raras excepciones, que se discuta la competencia del juez encargado de asuntos sucesorios ni del notario de uno u otro país (10).

2. Ley aplicable a la sucesión testada o intestada.

En Derecho español, el juez o el notario competente que intervenga en un asunto relacionado con una sucesión hereditaria de un nacional alemán deberá comenzar obedeciendo el mandato del artículo 12.6.º I C.c., que supone aplicar imperativamente la norma de conflicto del Dopr español, el artículo 9.8.º C.c., que, a su vez, remite en este caso a la apli-

(9) Por aplicación de la *Gleichlauftheorie* (o paralelismo *forum-ius*), vigente en la jurisprudencia y aceptada por parte de la doctrina, aunque muy criticada por otros, así BIRK, en *MünchKomm.* Artículo 25 EGBGB, núms. margs. 314 y ss. Asimismo, SCHOTTEN, G., *Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, Munich, 1995, núm. marg. 340 y nota 334, afirma que por regla general la práctica notarial se adhiere a este principio general, ya que hasta el momento la crítica doctrinal no ha tenido influencia en la jurisprudencia. Hay que tener en cuenta que la legislación alemana prevé también un foro en atención a la situación de los bienes (§ 28 ZPO) y foros de necesidad (art. 6. I Convenio Europeo sobre Derechos Humanos).

(10) En relación con el ordenamiento alemán, *vid.* EBENROTH, C. T., *Erbrecht*, Munich, 1992, pp. 884 y ss.; este autor plantea el reparto competencial distinguiendo asuntos contenciosos para los que rigen los foros generales y otros pertenecientes a la jurisdicción voluntaria, en la que caben tres situaciones diferenciadas: asuntos que deben resolverse de oficio (p. e., aseguramiento de los bienes hereditarios), otros en los que se actúa a solicitud de parte (p. e., nombramiento de un administrador o curador, extensión de un *Erbschein*) y asuntos en los que el juez documenta declaraciones unilaterales de las partes (p. e., repudiación de la herencia). En el ámbito interno alemán el reparto es complejo: entre los Juzgados de primer nivel (*Amisgericht*), las competencias delegadas o propias de los *Rechtspfleger* (secretarios judiciales) y los notarios, además de las peculiaridades procesales que encierran las cuestiones sucesorias, *vid.* KEIDEL y otros *Komm. BeurkG*, Munich, 1999, Introducción, núms. margs. 39 y ss.; § 1, núms. margs. 39 y ss., § 38, núms. margs. 5 y ss.

cación del Derecho alemán de sucesiones –aunque mirando antes, si bien con disimulo (art. 12.2 C.c.), la norma de conflicto alemana para excluir el reenvío– y luego, en concreto, los §§ 1922 y siguientes del Código civil alemán (en adelante, BGB). Estos preceptos hacen referencia a la sucesión testada e intestada y también a la sucesión contractual, ya que la ley nacional alemana aplicable admite pactos sucesorios (11).

Tratándose de una sucesión testada, en la práctica además suele constatare la existencia de más de un testamento. Si acaso, uno otorgado ante notario español mencionando exclusivamente bienes situados en nuestro territorio, por lo que los parientes (12) suelen acudir a él con la única intención de protocolizar la transmisión de tales bienes de la forma indicada por el testador, como si se tratase de la totalidad de la herencia, e instar su inscripción registral. Sin embargo, se da también el caso de que en su momento el *de cujus* hubiera testado en su país –y de hecho, así ocurre con frecuencia–, aunque no con respecto a los mismos bienes situados en territorio español, sino a un conjunto distinto de bienes muebles e inmuebles localizados en Alemania o en un tercer Estado. Siendo esto así, por lo general el notario español no conocerá la existencia de un segundo testamento, a menos que los herederos se lo comuniquen, puesto que por ahora carece de medios para averiguarlo, al no existir un Registro de actos de última voluntad verdaderamente operativo en el ámbito europeo, donde su funcionamiento es todavía incierto (13).

Esta situación, si bien excluye la formación de la masa hereditaria y por lo tanto no permite hablar de unidad de título y de universalidad del patrimonio del causante –bienes muebles e inmuebles–, ni tampoco determinar el activo y pasivo del caudal relictivo, desde el punto de vista de la ley que rige la sucesión no supone en sí misma un fraccionamiento del estatuto sucesorio en sentido estricto, ni por la naturaleza de los bienes muebles o inmuebles, ni por la ley aplicable, puesto que en ambos casos se resuelve la cuestión mediante una única ley, la nacional del causante, y se transmiten indistintamente bienes de las dos clases. Esta es la conexión prevista en el ordenamiento alemán –§ 25 Ley de Introducción al Código civil alemán (en adelante, EGBGB)– al igual que en el español –art. 9.8.º C.c.–, aunque luego puedan surgir especialidades en las modalidades de aplicación. En consecuencia, cualquier actuación siguiendo esta línea no presentaría especialidad alguna. La regla general en materia de

(11) LEIPOLD, en *MünchKomm*, § 1941 BGB, núms. margs. 1-6.

(12) Descendientes, ascendientes o cónyuge, artículo 979 LEC/1981 y artículo 209 bis 6.º RN.

(13) Convenio del Consejo de Europa para el Registro de Actos de Última Voluntad de 16 de mayo 1972, no ratificado por Alemania, *vid.* Birk en *MünchKomm*, artículo 25 EGBGB, núm. marg. 279.

ley aplicable es en ambos ordenamientos la ley nacional del causante, susceptible de concreción posterior, ya que se verificarán concomitancias del estatuto sucesorio con otros estatutos, como el personal (p. e., en materia de capacidad o incapacidades, etc.) y el formal (respecto de las formas que deben revestir cada una de las declaraciones de voluntad), entre otros.

En todo caso, al operar con un único e idéntico punto de conexión, no cabe plantearse posibilidad alguna de reenvío, aunque pueda ser necesario determinar el –nunca demasiado claro– alcance de la remisión al Derecho extranjero; por ejemplo, con respecto al asunto que nos ocupa, ya veremos que algunos sectores cuestionan la calificación de determinadas normas por su naturaleza sustantiva o procesal e incluso se excluye la posibilidad de que el Derecho de sucesiones sea aplicado por un tribunal extranjero en atención a la compleja interrelación entre ambas clases de normas (14).

A. *Ámbito de aplicación de la lex successoria.*

Por encima de las anteriores distinciones interesa destacar cuál es el ámbito de aplicación de la *lex successoria*, porque esta delimitación nos permitirá señalar el catálogo de materias sometidas a las normas materiales del ordenamiento alemán. Éstas serán las que determinen la apertura de la sucesión, la cuantía de los derechos sucesorios, las personas llamadas a suceder, el orden y la extensión del llamamiento, la validez intrínseca de las disposiciones, vinculaciones de bienes y sustituciones fideicomisarias no afectadas, si acaso, por la excepción de orden público del foro (15). Además –y sin afán exhaustivo– corresponde a la ley sucesoria determinar cómo se produce la adquisición de los derechos sucesorios, si es de forma automática o si es preciso un acto de aceptación y sus consecuencias.

La ley sucesoria determina también la formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones inoficiosas, si procede, quiénes pueden pedir la partición, las clases de partición, el orden de los lega-

(14) Así sucede en el ordenamiento alemán, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Les Liens entre la Compétence Judiciaire et la Compétence Législative en Droit International Privé”, *RCADI*, t. 156, 1977, III, pp. 311 y ss.; señala este autor que estas consideraciones deben valorarse en su contexto histórico (p. 319), ya que muchos de estos planteamientos provienen de una preocupación formal de delimitación de competencias frente a ordenamientos jurídicos extranjeros que traen causa de concepciones del Derecho internacional privado ya superadas; en la doctrina alemana a la que afecta la situación, GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., 1993, núm. marg. 324; asimismo, JAECKEL, *Die Reichweite der Lex Fori im internationalen Zivilprozessrecht*, Berlín, 1995, *passim*.

(15) CALVO CARAVACA, A. L., en ALBALADEJO y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, artículo 9.8.º, pp. 375 y ss.

dos, la atribución definitiva de bienes, la acción personal en garantía de evicción, así como las acciones de rescisión por lesión e invalidez y, en general, cuantos problemas se susciten en esta fase. Sin olvidar, como acabamos de mencionar, que, a fin de deslindarlo de otros estatutos, intervienen otras leyes que determinan cuestiones de capacidad y forma; y, con carácter cumulativo, posiblemente, la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles para concretar especialidades en la transmisión, conjuntamente con las propias que gobiernan los Registros públicos (16).

En Derecho alemán, el alcance del estatuto sucesorio es igualmente amplio y comprende no sólo las fases indicadas, la cuantía de los derechos, los llamados a suceder en calidad de herederos, el orden y la extensión de los llamamientos, los legatarios, legitimarios, reservatarios y sustitutos, causas de desheredación, comunidad hereditaria y también la fase de transmisión y, en su caso, administración de la herencia, que en algunos ordenamientos se excluye (17).

B. Modo de adquirir el caudal relicto en Derecho alemán.

Abundando en el alcance de la remisión al Derecho extranjero, al ser una cuestión ampliamente admitida en Dipr que ésta incluye la totalidad de las normas materiales que regulan la institución, observamos que en el Derecho alemán de sucesiones la norma sustantiva básica que sostiene todo el sistema es la que determina que, con el fallecimiento del causante, su patrimonio se transmite *ipso iure* a sus herederos (18). De esta manera resulta que la sucesión hereditaria es un asunto estrictamente privado y que, por lo tanto, la adquisición se realiza, sin intervención de autoridad alguna, conforme a las normas del Código civil. Por otra parte, el § 1922 consagra, además, al igual que en Derecho español, la unidad y universalidad de la sucesión (19).

(16) *Ibidem*.

(17) ASÍ, BIRK, R., en *MünchKomm*. Artículo 25 EGBGB, núms. margs. 76 y ss.; también DÖRNER, H., en *von Staudingers Komm*, 25 EGBGB, núm. marg. 19; FERID, M., *RCADI*, 1974, II, pp. 71 y ss., propone una conexión autónoma para la ejecución de las distintas fases de *iter* sucesorio debido a la interrelación tan estrecha entre normas materiales y normas procesales que no fue tomada en consideración cuando se reformó del Dipr alemán, pero que sigue contando con el apoyo de algunos autores y la crítica de otros, ambas cuestiones mencionadas por los comentaristas citados. El art. 28, apdo. 2, IPRG (Ley de Dipr austriaco), lo recoge: "Wird eine Verlassenschaftsabhandlung in Österreich durchgeführt, so sind der Erbschaftserwerb und die Haftung für Nachlassschulden nach österreichischem Recht zu beurteilen".

(18) LEIPOLD, en *MünchKomm*, § 1922 BGB, núms. margs. 1-6. En régimen de adquisición directa destaca, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1994, t. III, p. 440, la existencia de dos subsistemas, por delación y por aceptación, cuando el heredero puede hacer suya la herencia de forma inmediata o mediante aceptación.

(19) PROMBERGER, en *MünchKomm*. § 2353 BGB, núm. marg. 1.

Dentro de este marco legal general, toda la regulación se basa en una idea central: la intervención de un juez o una autoridad en la transmisión del patrimonio del *de cuius* no tiene carácter constitutivo, los herederos adquieren por voluntad de la ley y no como consecuencia de la observancia de procedimiento alguno.

En consecuencia, a la luz de lo anterior, ya podríamos dar por zanjada la cuestión de que sea *necesario* que los herederos, para adquirir sus derechos en aplicación de la legislación alemana, estén provistos de un documento denominado *Erbschein*. La respuesta es clara. En cuanto que la herencia se transmite y adquiere *ipso iure*, las demás previsiones legales –incluida la actividad de investigación y concreción de la identidad de los llamados a suceder, que culmina en la extensión de un documento acreditativo con unas determinadas características, por parte de la autoridad competente– cumplen la función de completar, mejorar o proteger la posición del heredero, que adquiere, junto con el activo del causante, también sus obligaciones y cargas y todo ello se confunde con su propio patrimonio. Para mitigar esta situación, el § 1942 enlaza –dice LEIPOLD (20)– con aquella adquisición inmediata del § 1922 y le da al sucesor la posibilidad de liberarse a través de la repudiación de la herencia ya adquirida. Dicho de otra forma, no es necesaria la aceptación de la herencia por parte del heredero ni una adjudicación administrativa o judicial de la misma (21).

La doctrina alemana sostiene que la adquisición automática de la herencia protege al heredero frente a terceros y favorece la seguridad jurídica tanto respecto del destino del patrimonio como de la posición del heredero (22). También destaca que, en la realidad de los hechos, lo más frecuente es que la aceptación sea la regla y la renuncia sólo una excepción, por lo que, en el ordenamiento alemán, atendiendo a sus prioridades, lo importante para el tráfico jurídico en general es identificar quién o quiénes sean los sucesores del causante. Algo que no siempre es obvio, que incluso puede presentarse como una cuestión muy dudosa, exigiendo una ardua labor de averiguación con trascendencia no ya meramente privada, sino como asunto de interés público. Desde el punto de vista sustantivo, se trata de evitar disposiciones contrarias a los intereses de los acreedores del causante y posibilitar la rectificación de los Registros públicos respecto de aquellos bienes susceptibles de inscripción registral (23).

(20) En *MünchKomm.* § 1942 BGB, núm. marg. 1.

(21) *Ibidem*, núms. margs. 1-3.

(22) *Ibidem*, núm. marg. 3.

(23) MAROTZKE, en *von Staudingers Komm.* § 1922 BGB, núm. marg. 43; así como § 82, 82a y 83 GBO, estos preceptos prevén un procedimiento de corrección de oficio del contenido del Registro.

Para responder a estas necesidades, es para lo que la legislación alemana prevé que el resultado final de tal investigación se plasme en un documento denominado *Erbschein*, que es lo que nos ocupa (24).

3. Relación entre ambos sectores y coordinación entre sistemas.

La preocupación por la relación entre el sector de la competencia judicial internacional y ley aplicable y, en última instancia, la relación misma entre el régimen jurídico de la sucesión *mortis causa* en ambos sistemas surge porque en ausencia de Tratados internacionales en la materia (25), su ordenación está unilateralmente determinada –como no puede ser de otra manera– por el legislador de cada país y esta circunstancia nos obliga a analizar hasta qué punto pueden discordar, llegando a resultados no deseados o perjudiciales, contrarios a la voluntad del causante o a los legítimos intereses de los herederos.

Observamos a partir de los desarrollos anteriores que, si bien en materia de competencia judicial desde el punto de vista del ordenamiento español, estamos ante un supuesto de competencia compartida, condicionada al domicilio del causante o la situación de los bienes, en el ordenamiento alemán hay coincidencia –al menos jurisprudencial– en que se trata de una materia de la que sólo conocen los tribunales patrios cuando la sucesión se rija por la *lex patriae*.

Esta particularidad –como ya indicara GONZÁLEZ CAMPOS (26)– permite percibir resabios de una concepción formal y publicista del Dipr basada en un reparto de competencias. La competencia judicial internacional condicionada a la ley aplicable, si bien buscaba favorecer al nacional al mismo tiempo que pretendía respetar un espacio reservado a otros ordenamientos en presencia, abría también una brecha que, en el peor de los casos, si no se habilitaran foros de necesidad en el propio ordenamiento alemán, llevaría a la denegación de justicia. Y, sin ir tan lejos, en otros casos puede acabar en soluciones que apenas reflejen la realidad de la situación familiar y patrimonial en el momento del fallecimiento (27).

(24) PROMBERGER, en *Münch.Komm.* § 2353 BGB, núm. marg. 1.

(25) Excluye las sucesiones de su ámbito de aplicación el Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (régimen institucional que sustituye parcialmente al Convenio de Bruselas de 1968 del mismo nombre), *cfr.* art. 1.2 a), y el Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la Sucesión, de 1 de agosto de 1989, cuenta con muy pocas ratificaciones, entre las que no figuran España ni Alemania.

(26) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Les Liens...”, *cit.*, p. 319.

(27) Hay muchos extranjeros afincados en aquel país desde hace muchos años que han perdido o se ha debilitado su vinculación con su país de origen. Sus descendientes suelen desconocer hasta el idioma de sus padres, sin mencionar idiosincrasias de naturaleza cultural o

En el ordenamiento español, la apertura de un foro de competencia judicial internacional, cuando la sucesión tenga vinculación con nuestro territorio, previene estos problemas y en esa medida se ajusta mejor a las necesidades actuales, sin que quepa preguntarse si el ordenamiento alemán quiere que intervenga el juez o autoridad española en la sucesión de un ciudadano alemán, puesto que no se trata de una materia para la que pueda justificarse una declaración de exclusividad por parte de los Tribunales alemanes (28).

Por otra parte, en orden a la coordinación entre sistemas (29), la cuestión de la sucesión de un nacional alemán, analizada desde la perspectiva del juez o notario español, presenta un grado de internacionalidad más intenso que cuando el mismo asunto se plantea en foro propio (sucesión de un nacional alemán en Alemania), aunque encierre algún elemento de extranjería, como podría ser el lugar de situación de ciertos bienes. Interpretada en terminología acuñada por JITTA, ésta sería una situación “relativamente internacional” (30), dado que su internacionalidad sólo se aprecia con claridad cuando conoce el juez o la autoridad española. En cambio, desde la perspectiva del ordenamiento alemán, se tiende a considerarla de Derecho interno, al haber coincidencia *forum / ius*. El juez alemán aplica su propia ley, incluso si hubiera bienes situados fuera de su territorio, puesto que el estatuto sucesorio alemán responde a los principios de unidad y universalidad. Postura en la que el juez alemán suele persistir aun cuando, llegado el caso, fuera necesario someter el régimen jurídico de algún bien a la ley de su situación (31).

Por otra parte, la solución valorada desde el sector de la ley aplicable

religiosa. En este sentido, entre otras, Sentencia OLG (Tribunal Superior de Justicia) Zweibrücken, de 27.09.2001, 3 W 124/01, en la que la aplicación del Derecho iraní a la sucesión de un bien inmueble sito en Alemania es impugnada por uno de los descendientes del causante por discriminatoria. Por otra parte, para evitar situaciones de denegación de justicia, debido al predominio de la *Gleichlauftheorie*, hay que fundar un foro de necesidad, así, KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, 7.^a ed., Munich, 1995, pp. 775 y ss.; muy crítico GEIMER, R., cit., núms. margs. 1042 y ss. y en relación con los foros de necesidad, núms. margs. 1024 y ss.

(28) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Les Liens...”, cit., p. 319; tampoco hay que admitir la necesidad de “aprobación” por parte de la *lex causae* para aplicar su ley por los jueces o autoridades españolas; en este sentido crítico, SCHWIMMAN, M., “Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der Lex Causae?”, *RebelsZ*, 34, 1970, pp. 201-222 (esp. 205-207).

(29) En relación con este asunto en el ámbito del Derecho de familia, BUCHER, A., “La Famille en Droit International Privé”, *RCADI*, t. 283, La Haya, 2000, pp. 49 y ss.

(30) JITTA, D. J., *La Méthode du Droit International Privé*, La Haye, 1890, pp. 48 y 200 y ss.

(31) En virtud del § 3. 3.º EGBGB. Interpreta el sentido y alcance de este precepto THOMS, C., *Einzelstatut bricht Gesamtstatut*, Tübingen, 1996, *passim* (esp. pp. 57-62), en sentido estricto, en una confrontación entre estatuto patrimonial y estatuto real, la norma de conflicto alemana cede (así lo dispone el § 3.3.EGBGB) sólo cuando el resultado de su aplicación no sea “ejecutable” en el lugar de situación del bien.

se presenta coordinada, considerando que en ambos sistemas se aplica la misma ley: la ley alemana. En consecuencia, en esta interacción de convergencias y divergencias de sistemas jurídicos, al remitir ambos a la misma ley, no cabe la clásica preocupación por la búsqueda de una armonía internacional de decisiones, que habitualmente se centra en los resultados realizables a través de la admisión o no de un posible reenvío. Aquí los puntos de conexión coinciden en ambos sistemas sin necesidad de técnica correctiva alguna, algo que si no fuera así –dicho sea de paso– tampoco se conseguiría con el reenvío de primer grado, que todo lo más llevaría a un simple legeforismo (32).

Al no producirse formalmente el tradicional “conflicto de leyes”, el único problema de coordinación de sistemas posible –si es que cabe plantearlo en estos términos– radicaría en una eventual aplicación defectuosa de la ley rectora de la sucesión por parte de los jueces o autoridades españolas, dando lugar a resultados no deseados en detrimento, quizá, de intereses familiares de naturaleza patrimonial, pero igualmente necesarios de protección en el ámbito del Derecho de familia. En consecuencia, en este caso, la armonía internacional de decisiones dependería, en concreto, de una correcta información del contenido y aplicación del Derecho extranjero reclamado que incumbe al juez o a la autoridad interviniente española y que adquiere una importancia preponderante en el proceso de transmisión *mortis causa* de bienes de nacionales alemanes en nuestro país (33).

Efectivamente, desde el momento en que dicha armonía está garantizada porque la cuestión sucesoria se resuelve por las normas materiales de un mismo ordenamiento, con independencia de a quién corresponda aplicarlas, en la práctica, esto presupone, eso sí, que el juez nacional o el fedatario interviniente español deberá decidir “como si” se tratase del juez o autoridad de la *lex causae*, de manera que las expectativas o los derechos de las partes encuentren idéntica respuesta en Derecho. Objetivo éste que se materializa, precisamente, mediante una aplicación cuidada del Derecho extranjero reclamado, empezando por la averiguación de su contenido (34).

Esta tarea es para el notario relativamente más simple dado que sus fuentes de información son más amplias y flexibles que las de los jueces,

(32) PÉREZ VOITURIEZ, A., “El Reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1995, 13, pp. 257 y ss. (esp. 268).

(33) PÉREZ VOITURIEZ, A., *La información de la ley extranjera en el derecho internacional privado*, Madrid, 1988, p. 220.

(34) *Id.* p. 221, indicando los fallos que se han observado tradicionalmente en esta materia: 1) la renuncia a conocer el Derecho extranjero, y 2) la aplicación deficiente del Derecho extranjero.

al estar autorizado a utilizar incluso su propio conocimiento (35). Sin embargo, en la medida en que es cuestión esencial determinar sin lugar a dudas la identidad de los llamados a suceder al causante y en qué orden, aun en un supuesto de sucesión testada, no es inusual que el notario suela acudir a la práctica de pedir a las partes que aporten un *Erbschein* o certificado de declaración de herederos, expedido por el órgano competente alemán encargado de cuestiones sucesorias.

La aparición de este documento en la primera fase de instrucción de un Acta de notoriedad ante notario español cumpliría, en realidad, la función de zanjar el problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero. Lo cual no deja de suscitar ciertas críticas, abriendo una serie de interrogantes desde el punto de vista de técnica jurídica que abordaremos en la tercera parte de este estudio, después de analizar a continuación los aspectos considerados más relevantes del documento que nos ocupa.

II. Segunda parte: El *Erbschein*

1. Concepto.

Los §§ 2353 a 2370 del Código civil alemán (en adelante, BGB) contienen la regulación sustantiva y procedimental del *Erbschein*, que se completa con preceptos de la Ley procesal civil alemana (en adelante, ZPO), la Ley que regula la Jurisdicción voluntaria (en adelante, FGG) y el Reglamento del Registro de la Propiedad (en adelante, GBO), entre otros.

Los aspectos históricos de la institución se remontarían al Derecho prusiano (36), mientras que la justificación de su existencia hay que bus-

(35) Artículo 168 4.º RN, teniendo en cuenta que sólo hace referencia a cuestiones de capacidad; asimismo, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., artículo 12, apartado 6.º, en ALBALADEJO y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 1054 y ss.

(36) Cfr. § 72 Hypothekenordnung de 1783; así, SCHILKEN, E., en *von Staudingers Komm.* Introd. §§ 2353-2370, núms. margs. 50 y ss.; LANGE/KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrecht*, Munich, 1989, pp. 779 y ss., originariamente se procedía a la puesta en posesión judicial del heredero posterior a una toma de posesión simbólica. Esta situación daba lugar en muchos casos a contiendas que se resolvían judicialmente en favor de aquel que en apariencia gozara de mejor derecho. Posteriormente se instituyó para determinados casos un proceso sucesorio que acaba en una puesta en posesión reflejada en un documento llamado *Einsatz*, producto de una fusión de doctrina romano-germana, que no era todavía identificable con el *Erbschein*. Éste en realidad surge de las exigencias de la aparición paulatina de registros públicos, especialmente los registros hipotecarios, que debían concordar con la realidad extrarregistral aun en casos de fallecimiento del titular. Con esta finalidad comenzó a ser habitual la obtención de un certificado de heredero expedido por la autoridad competente, dotado de fe pública, que acabó introduciéndose en los distintos ordenamientos germanos ya con la denominación de *Erbschein*.

carla en la transmisión *ipso iure*, ya mencionada, y en la consiguiente necesidad de saber quiénes son los que ocupan la posición jurídica del *de cuius*, titulares *ex lege* de la herencia ya adquirida. Su contenido consiste en la protocolización de los derechos sucesorios. En realidad —señala PROMBERGER— constituye un verdadero “dictamen” autorizado por parte del *Rechtspfleger* (secretario judicial (37)) acerca de la situación de la herencia con repercusión en cuestiones relacionadas con la publicidad de los derechos (38). Aunque no goza del monopolio de la prueba porque para el acceso a registros públicos pueden utilizarse otros medios probatorios, éste se considera el mejor (39). No obstante, debido a que no es el único, no se extiende de oficio, sino a instancia de parte (40).

En Derecho comparado, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, en todos los ordenamientos surge la necesidad de arbitrar un mecanismo de legitimación de los llamados a suceder al causante para que puedan hacer valer sus derechos, no sólo frente a los demás herederos, sino también frente a terceros. En Derecho alemán esta función la realiza el *Erbschein*, similar en contenido y efectos a documentos del Derecho griego e israelí. El Derecho austríaco, por su parte, con una mayor intervención judicial en el proceso de decisión acerca de los destinatarios de la herencia, abre un procedimiento —*Verlassenschaftsverfahren*— que culmina en una resolución —*Einantwortungs-Verordnung*— y el otorgamiento de un documento —*Einantwortungs Urkunde* (41)—. En los ordenamientos de inspiración latina existen otros mecanismos de legitimación entre los que se cuentan nuestras *Actas de notoriedad*, de factura estrictamente notarial no jurisdiccional, en nuestro caso (42).

2. Naturaleza jurídica

Tomando como referencia los §§ 2.353 y siguientes del BGB cabe afirmar que el *Erbschein* es, en primer lugar, un certificado con unas determinadas características, cuyo contenido se construye sobre la base de un estudio valorativo realizado por el órgano competente en materia de su-

(37) Coincidiendo en la traducción con MOYA ESCUDERO, M., “El Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales y Documento Públicos con Fuerza Ejecutiva en Materia Civil y Mercantil”, *REDI*, 1985, 1, p. 157 (n. 8), aunque tal vez con las mismas o parecidas reservas. Se trata de un funcionario diplomado cuya titulación no se corresponde exactamente con la del secretario judicial español, aunque sus funciones son muy similares, *vid.* *Rechtspfleger Gesetz*. § 16.

(38) PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2353 BGB, núm. marg. 2.

(39) SCHILKEN, en *von Staudingers Komm*, § 2353 BGB, núms. margs. 11 y ss.

(40) *Id.* núm. marg. 4.

(41) *Id.* núms. margs. 1-3.

(42) Artículos 209 y ss. RN.

cesiones, partiendo de los datos y pruebas aportados por el o los solicitantes, con la finalidad de determinar quiénes son los herederos del causante y en qué medida y de qué forma cada uno de ellos está llamado a sucederlo. Este certificado está dotado por el legislador de una concreta fuerza probatoria, regulada en el § 2365 del BGB y § 35, apdo. 1.º, del GBO (43).

En otras palabras, su objeto es una resolución respecto de la posición jurídica de cada uno de los herederos, incluidas sus limitaciones, en relación con una sucesión hereditaria sometida a la investigación de un juzgado de primer nivel encargado de cuestiones sucesorias (44). Se determina el derecho a suceder tal como se manifiesta en el momento del fallecimiento del causante. Objetivamente, en el contexto del § 2353 del BGB, debe entenderse que se trata de un derecho a suceder fundado en los preceptos del Código civil alemán vigentes en ese momento, no, por ejemplo, un derecho a suceder ya derogado o un derecho a suceder regido, circunstancialmente, por un ordenamiento extranjero, salvo que este último extremo conste expresamente (45). Por lo tanto, los herederos reciben una certificación que no sólo en la forma se denomina *Erbschein*, sino que su contenido se ajusta a las disposiciones de los §§ 2353 y 2357 del BGB (46).

Es además un **documento público** (47) al que acompaña una presunción de autenticidad conforme al § 437 de la ZPO. Su contenido versa sobre una cuestión de derecho, no de hecho, incluso en lo que se refiere a las limitaciones [por ejemplo, las derivadas de los §§ 2363 (sustituciones) y 2364 (albacea)], puesto que el documento se elabora sobre la base del contenido del Derecho de sucesiones. Esto significa que no es inatacable en una controversia sobre el derecho a suceder y por lo tanto por sí solo no es suficiente para fundar la revisión de otra decisión (48).

(43) PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2353 BGB, núms. margs. 3-5.

(44) *Ibidem*.

(45) *Vid.*, *infra* Segunda Parte, Epíg. 4 (Clases): podría tratarse de un “*Erbschein* de objeto limitado”, referido a la sucesión en la titularidad de un inmueble situado en Alemania regida por el Derecho de un Estado adscrito al principio de unidad y universalidad de la sucesión como ocurre en el ordenamiento español. En un supuesto de esta naturaleza, el ordenamiento extranjero determinará quiénes son los llamados a suceder y el *Erbschein* servirá para garantizar el acceso al Registro de la Propiedad alemán.

(46) Así, SCHILKEN, E., en *von Staudingers Komm.* núm. marg. 4.

(47) En el sentido del § 415 y ss. de la ZPO, así, PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2353, núm. marg. 6.

(48) *Ibidem*.

3. Contenido y función.

La función del documento –legitimar al heredero *erga omnes* para disponer de los bienes hereditarios– determina su contenido. Debe indicar la totalidad de los herederos, de manera que se conozca la titularidad del patrimonio relicto en su conjunto. Constarán los derechos subjetivos derivados de la herencia, especificando si se trata de un único heredero o si concurre con otros, en cuyo caso habrá de manifestarse, además del patrimonio hereditario global, la cuota-parte que corresponda a cada uno, aunque excluyendo las operaciones de imputación-colación. En definitiva, debe expresar a quién o a quiénes pertenece la herencia como *universitas*, quiénes son los titulares de los derechos –como derecho *in natura* (derecho real)– sobre el caudal relicto. Se incluyen por lo tanto todas las menciones que limitan las facultades de disposición que pesan sobre la misma, aunque no los derechos de crédito que puedan dirigirse en su contra, puesto que no modifican en nada la asignación de la titularidad del patrimonio hereditario. Tampoco es necesario que se indiquen las causas del llamamiento hereditario, salvo en el caso en el que un heredero sea llamado por diversos títulos (49).

Cuando se extiende un *Erbschein*, la regla general será que la sucesión se rija por el Derecho material alemán y así se entiende implícito cuando no se manifieste lo contrario. En el caso excepcional de que una parte de caudal relicto conste de bienes sujetos a otra legislación interna (régimenes especiales distintos al Código civil, como los de la antigua RDA o régimenes agrarios) o extranjera (por la situación de los bienes), este extremo deberá constar expresamente, aunque en estos casos, al producirse un fraccionamiento de la herencia, no se mencionará la composición del resto del patrimonio (50).

El hecho de que el *Erbschein* certifique la situación de la herencia en el momento inmediatamente posterior al fallecimiento del causante significa que todas las subsiguientes modificaciones en la titularidad del patrimonio hereditario no derivadas directamente de la voluntad del causante, respecto de los bienes hereditarios, no constarán en el mismo. Asimismo tampoco recoge el activo hereditario líquido, ya que se limita a determinar el sucesor o los sucesores universales del causante, excluyendo susti-

(49) *Id.* núms. margs. 8-10.

(50) *Id.* núm. marg. 11, puesto en relación con núm. marg. 35. Para comprender estas afirmaciones en toda su extensión hay que tener en cuenta que los principios de unidad y universalidad se ven trastocados por situaciones tales como: en el caso de nacionales alemanes, la posible elección por parte del testador de sujeción de bienes inmuebles situados en el extranjero a la ley extranjera, cuando ésta lo permita (art. 4.2 EGBGB). (Esta misma opción la tienen los extranjeros sometiéndolos al ordenamiento alemán, art. 25.2 EGBGB). Así como la imposición por parte de la ley del lugar de situación de su estatuto real (art. 3.3. EGBGB).

tuciones, reservatarios, herederos forzosos o legitimarios, legados y demás limitaciones legales y disposiciones testamentarias que generen derechos de crédito (51).

En síntesis, se puede afirmar que el *Erbschein* tiene un contenido mínimo considerado necesario: la identidad del causante, del heredero único o de los herederos concurrentes, incluidas sus respectivas cuotas de participación y las limitaciones de las facultades de disposición. A estas menciones se añadirán las particularidades que correspondan a algunas de las distintas clases de certificados de este tipo (52). Puede complementarse con una identificación detallada del causante, mencionando el lugar de residencia en el momento del fallecimiento y profesión, así como otros datos relacionados con el sucesor o sucesores; por ejemplo, parentesco en el caso de sucesión intestada. La ausencia de estas menciones complementarias no afecta a la validez del documento (53).

Funcionalmente, a pesar de su naturaleza provisional y declarativa, desprovista de la consideración de cosa juzgada material, que señalan los autores, la finalidad de protección del tráfico jurídico se lleva a cabo mediante la presunción legal del § 2365 del BGB, que establece que su contenido se tiene por exacto y la ficción establecida en los dos preceptos siguientes a favor del tercero adquirente de buena fe. Mientras que la presunción legal libera al heredero de la carga de la prueba de su derecho, la ficción, como consecuencia de la protección que le confiere la fe pública, convierte al adquirente de buena fe en titular de un derecho o lo libera de una carga, aunque luego la presunción de exactitud resulte refutada (54).

En orden a asegurar que el contenido del documento continúa siendo correcto, el órgano emisor está encargado de mantenerse vigilante e investigar de oficio en caso de que surjan dudas, aún después de agotados todos los recursos, a fin de prevenir que el *Erbschein* ya otorgado acabe resultando incorrecto. Esto puede suceder, por ejemplo, si con posterioridad se descubre la existencia de un testamento. En este caso se prevé una declaración de ineficacia y un procedimiento de retirada del certificado ya expedido, acompañado de su correspondiente recurso (55).

(51) *Id.* núm. marg. 36. Asimismo, LANGE/KUCHINKE, *op. cit.*, § 1, p. 7; este autor señala que hay que tener en cuenta que la estructura del Derecho de sucesiones alemán responde a la voluntad prioritaria del causante y los preteridos, *Pflichtberechtigte* (especie de legitimarios), sólo obtienen una compensación dineraria.

(52) *Id.* núm. marg. 38; *vid. infra* Segunda Parte, Epíg. 4. (Clases).

(53) *Id.* núm. marg. 39.

(54) SCHILKEN, en *von Staudingers Komm.*, §§ 2365, 2266 y 2367 BGB.

(55) LANGE/KUCHINKE, *op. cit.*, § 39, pp. 969 y ss. En relación con el recurso, PROMBERGER, en *MünchKomm.*, § 2353 BGB, núms. margs. 105 y ss. Cuestiones procedimentales comentadas sobre declaración de nulidad, retirada del documento y recursos en general, *vid.* WINKLER, en *Keidel/Kuntze/Winkler Komm. FGG*, §§ 84, 85 FGG.

4. Clases.

La forma más simple es la del *Alleinerbschein*, que certifica la posición del **heredero único** (56), seguido del *Gemeinschaftliche Erbschein*, que se extiende conjuntamente para el caso de que concurren **varios herederos** que suceden al causante (57). Pero también puede solicitarse un **certificado individual** para cada uno de los distintos sucesores (58), y eventualmente **agruparse varios individuales** en un certificado único, aunque no representen la totalidad de la herencia (59).

Siempre que exista más de un heredero será necesario reflejar las cuotas de participación de cada uno en el caudal relicto, lo cual puede generar dificultades en el supuesto de que no exista certeza del tamaño de alguna de las cuotas en el momento de su emisión; por ejemplo, porque un concebido no hubiera nacido aún. Para poder disponer de la totalidad del patrimonio *pro indiviso*, la jurisprudencia admite **certificados individuales de cuota** en los que se hace constar la existencia de una cuota incierta. En otros casos, cuando un heredero tiene asignada una cuota susceptible de ser incrementada, por ejemplo, por la eventual exclusión de alguno de los demás herederos, puede emitirse un **certificado de mínimo** (60) por la porción de cuota cierta, lo cual permite al heredero disponer de esa parte.

El **certificado "doble"** documenta la situación de una herencia única regida por más de un ordenamiento, debido a que cuando una parte de la misma queda sujeta a un Derecho extranjero se produce un fraccionamiento de la sucesión. También se da esta posibilidad cuando intervienen ordenamientos interlocales o especiales, como por ejemplo el relativo a la sucesión de explotaciones agrarias (61).

Existe otro tipo de **certificados parciales de objeto limitado**, entre los que se cuenta el certificado previsto en el § 2369 (62), que se limita a do-

(56) Cfr. § 2353 BGB, es la primera alternativa prevista por el legislador.

(57) Cfr. § 2357 BGB *Gemeinschaftliche Erbschein*.

(58) Cfr. § 2353 BGB como segunda alternativa *Teilerbschein* o certificado de cuota (o parcial).

(59) Esta forma de agrupar certificados de cuota está admitida por la jurisprudencia. Existe otro tipo de certificado en el que se agrupan certificados de cuota provenientes de herencias distintas, denominado *Sammelerbschein*; así PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2353 BGB, núm. marg. 47, señala que la utilidad de este procedimiento es dudosa en cuanto que no evita los costes de cada certificado de cuota y además debe coincidir en todos los casos la autoridad competente.

(60) *Mindesterteilerbschein* también de creación jurisprudencial, SCHILKEN, en *von Staudingers Komm*, § 2353 BGB, núm. marg. 75.

(61) *Doppelerbschein*, PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2353 BGB, núm. marg. 46. Respecto al posible fraccionamiento, *vid. supra* nota 50.

(62) *Fremdrechtterbschein*, *id.* núm. marg. 49, que no significa que su otorgamiento esté regido por un Derecho extranjero, sino que documenta una situación nacida al amparo de un ordenamiento extranjero.

cumentar la sucesión en la titularidad bienes muebles o inmuebles situados en Alemania, cuando no se verifique un criterio que permita afirmar la competencia del juez alemán para otorgarlo, generalmente porque se trate de la sucesión de un extranjero domiciliado en el extranjero, por ejemplo, de un nacional español (63) que deje bienes inmuebles (u otros objetos susceptibles de inscripción en un registro alemán o derechos que puedan ser reclamados ante un tribunal alemán, como en supuestos de reclamación de indemnización, según el apdo. 2.º del § 2369 BGB). Esta opción, fundada en una territorialidad estricta, desaparece si se produce una situación de *forum legis*, al regirse la sucesión de un extranjero por el Derecho material alemán, sea por admisión de un reenvío, sea como expresión de la autonomía de la voluntad del testador (64), lo cual fundaría inmediatamente un foro de competencia judicial internacional para extender un certificado conforme al § 2353 (65).

5. Autoridad competente.

La competencia judicial internacional para la extensión del certificado de heredero debe abordarse como cuestión autónoma perteneciente al ámbito de la jurisdicción voluntaria, aunque se encuentra fuertemente condicionada por la *Gleichlauftheorie* o teoría del paralelismo entre *forum* y *ius*, en cuya virtud sólo son competentes los tribunales alemanes cuando, conforme a la norma de conflicto del § 25 de la EGBGB, se aplique el Derecho alemán. En casos excepcionales, cuando deba aplicarse a la sucesión un derecho extranjero, y, por mor de la misma teoría, ningún

(63) La sucesión de un español en Alemania se rige por aplicación de la norma de conflicto alemana, artículo 25 EGBGB, por la ley de su nacionalidad, tanto para bienes muebles como inmuebles, el estatuto sucesorio determina quién sucede al titular fallecido, pero su acceso al correspondiente Registro alemán hará que sea necesario que los herederos vayan provistos de un *Erbschein* o alguno de los documentos equivalentes, *vid.* BIRK, *MünchKomm*, artículo 25, núms. margs. 166 y ss., en que se detalla la interacción entre estatuto sucesorio y real; también PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2369 BGB, núms. margs. 1 y ss.

(64) La norma de conflicto alemana, artículo 25.2 EGBGB, admite la posibilidad de elegir el Derecho material alemán como aplicable a la sucesión *mortis causa* de los bienes inmuebles sitos en ese país, BIRK, en *MünchKomm*, artículo 25, núms. margs. 21 y ss. En cuanto al régimen de los posibles reenvíos, artículo 4 EGBGB.

(65) SCHILKEN, en *von Staudingers Komm.* § 2369 BGB, núms. margs. 3 y ss., cita el siguiente ejemplo: un causante de nacionalidad británica, domiciliado en Londres, deja bienes muebles e inmuebles en Alemania. Con relación a los inmuebles había elegido en testamento la aplicación del Derecho alemán (§ art. 25.2 EGBGB), los muebles situados en Alemania por aplicación de la norma de conflicto alemana (§ 25 EGBGB) se regirán por las normas sustantivas del Derecho inglés. En relación con la parte de la herencia regida por el ordenamiento alemán (los inmuebles), se expedirá un certificado conforme al § 2353 BGB, mientras que la parte regida por el Derecho inglés (los muebles situados en Alemania) será objeto de un certificado conforme al § 2369 BGB.

tribunal resulte competente, acabamos de ver que el § 2369 prevé la posibilidad de extender un *Erbschein* que documente un derecho nacido al amparo de un ordenamiento extranjero, pero siempre limitado a bienes situados en territorio alemán.

En el ámbito territorial interno, el órgano competente es el *Amtsgericht*, juzgado de primer nivel con competencia en cuestiones sucesorias, mientras que la función concreta incumbe en supuestos de sucesión intestada al *Rechtspfleger* –figura próxima al secretario judicial, como quedó dicho (66)– o al juez siempre que exista un testamento, aunque luego éste resulte nulo (67). El juez puede delegar su elaboración en el secretario cuando, a pesar de la existencia de un testamento, el certificado se extiende sobre la base de una sucesión legal. Para ciertos tipos de certificados de objeto limitado el juez es el único competente. El § 147 EGBGB autoriza a los Estados federales –*Länder*– a traspasar estas competencias a instancias no judiciales, así en el Estado de Baden-Württemberg son competentes los notarios (68) y también en determinados supuestos en el Estado de Baviera (69). Asimismo eran competentes los notarios en los Estados de la antigua República Democrática Alemana.

6. Procedimiento y recursos.

El procedimiento previsto para su elaboración se encuentra regulado por las normas del Código civil alemán (BGB) y completado con carácter general por las de la Ley que regula la Jurisdicción voluntaria (FGG) (70).

Además del mencionado recurso por la retirada del documento ya otorgado, las distintas etapas del procedimiento de elaboración prevén una serie de recursos. Así, la negativa por parte del órgano competente a expedir el *Erbschein* solicitado abre la posibilidad de recurrir ante el mismo órgano y posteriormente ante un órgano de apelación. De igual manera en los demás estadios de su tramitación, los interesados, además de los cauces previstos para recurrir en el ámbito de jurisdicción voluntaria, pueden en cualquier momento acudir a la vía contenciosa en los Tribunales ordinarios (71).

Ello no obstante, tanto la anulación del documento como su declara-

(66) Vid. *supra* nota 37; cfr. § 73 de la FGG y la legislación que regula las funciones del *Rechtspfleger* (secretario): *Rechtspfleger Gesetz* § 3.2 c).

(67) WINKLER, en *Keidel/Kuntze/Winkler Komm.* § 72, núms. margs. 12 y ss., cita § 16. Nr. 6 *Rechtspfleger Gesetz*.

(68) Cfr. §§ 1, 36 y 38 de la Ley que regula la Jurisdicción voluntaria del Estado de Baden-Württemberg.

(69) Cfr. § 38 BayAG GVG y § 20 Rgto. notarial alemán BNotO.

(70) SCHILKEN, en *von Staudingers Komm.* § 2353 BGB, núms. margs. 32 y ss.

(71) LANGE/KUCHINKE, *op. cit.*, § 39, pp. 960 y 961.

ción de ineficacia están sujetas a unas reglas muy estrictas, previstas en el § 84 FGG y que en síntesis vienen a determinar que el recurso ante el mismo órgano sólo puede producir su anulación cuando todavía no ha sido entregado a sus destinatarios. La declaración de ineficacia del ya entregado lleva aparejada su retirada. En este último caso se prevé un régimen de publicidad previo de treinta días para que pueda hacerse valer. Por regla general, la declaración de ineficacia y la retirada suelen llevarse a cabo simultáneamente (72).

III. Tercera parte: Análisis del problema

1. Planteamiento.

A efectos de indagar sobre la necesidad o utilidad de traer al ordenamiento español un documento de las características del que venimos describiendo, debemos analizar los argumentos que suelen sustentar una respuesta en sentido afirmativo o negativo.

La sucesión de un nacional alemán se rige por las normas materiales de su ley personal, por lo que determinar quién o quiénes son los herederos del causante es una cuestión que bien puede resolver el notario o juez competente español en su caso, averiguando el contenido del Derecho extranjero y procediendo a su aplicación, sin que esta actuación plantee más problemas que los propios de la mencionada operación (73).

Por otra parte, tampoco en Derecho alemán es obligatorio para el heredero estar provisto de un *Erbschein* para hacer valer sus derechos derivados de su condición de tal (74). No obstante, ocurre que al documento en cuestión en el Estado de origen se le anudan unos determinados efec-

(72) WINKLER, en *Keidel/Kuntze/Winkler Komm FGG*, § 84 núm. marg. 10-15; *vid.* GERHARD HOHLOCH, comentario a la Sentencia OLG (Tribunal Superior de Justicia) Zweibrücken, 27.09.2001, 3W 124/01, *Juristische Schulung*, 2002, 5, pp. 500-501, *cfr. supra* nota 27, donde se puntualiza: 1) la competencia judicial para otorgar el *Erbschein* está sujeta a control de oficio, 2) los Tribunales alemanes no son competentes para expedir un *Erbschein* del tipo previsto en el § 2353 cuando la sucesión se rija por una legislación extranjera, 3) un *Erbschein* de estas características, expedido por Tribunal incompetente, es incorrecto, debe declararse ineficaz y procederse a su retirada sin necesidad de que sea recurrido. El caso comentado plantea el problema de la naturaleza discriminatoria de la ley aplicable a la sucesión y su presunta inconstitucionalidad, asunto sobre el cual el Tribunal no se pronuncia. Considera prioritaria la retirada del certificado.

(73) PÉREZ VOITURIEZ, A., *El Procedimiento de la información de la Ley Extranjera en derecho Español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, *passim*.

(74) PROMBERGER, en *MünchKomm*, § 2353, núms. margs. 2 y 4, también núms. margs. 141 y ss. en relación con otros documentos de acceso al Registro de la Propiedad como instrumentos de prueba de la condición de titular hereditario.

tos materiales, procesales y registrales que consolidan la posición del titular o titulares del caudal relicto, todos o algunos de los cuales podría quererse hacer valer en nuestro ordenamiento. Para que esto suceda y atendiendo a los efectos que interese revalidar, entendemos que sería necesario proceder a su reconocimiento, sobre la base de que, técnicamente desde el punto de vista del operador jurídico español, estaríamos ante una decisión de la jurisdicción voluntaria fruto de una actividad investigadora y homologadora que acaba instrumentándose en un documento final —el *Erbschein*.

Localizar la solución en el sector del reconocimiento, tratándose de una cuestión de la competencia de la jurisdicción voluntaria, no facilita la labor. Al contrario, nos conduce a un ámbito de perfiles difusos y, en ocasiones, susceptible de interpretaciones doctrinales diversas que, si bien no se excluye de la aplicación de algunos Convenios, en Dipr autónomo español es todavía un asunto pendiente de regulación *ad hoc* (75).

2. Delimitación conceptual.

En este orden de cosas, lo primero que hay que determinar es si se trata de una decisión o resolución judicial o si es un mero acto de certificación u homologación. Con carácter general, se entiende que, entre las funciones encomendadas a la jurisdicción voluntaria, existen una gran variedad de actos de naturaleza dispar: en algunos la intervención de la autoridad judicial tiene carácter de resolución constitutiva, mientras que en otros su función es meramente receptora de una declaración de voluntad privada (76).

En nuestro caso, la caracterización que del *Erbschein* ofrece la legislación alemana no permite catalogarlo con rigor dentro de ninguna de estas opciones. El funcionario competente realiza una labor de investigación y aplicación de las normas del derecho sucesorio alemán para averiguar la identidad de los herederos del causante y otorgar un documento revestido de fe pública que —afirma la doctrina alemana— constituye un verdadero “dictamen” respaldado por la autoridad de la que goza el *Rechtspfleger*” (secretario judicial) o el juez en un supuesto de sucesión testada. Sin embargo, la misma doctrina afirma que carece de eficacia constitutiva, dado que no crea derecho, ya que el derecho del heredero nace de la ley y no de la actividad del funcionario interviniente (77).

(75) Con carácter general, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de la Resoluciones Extranjeras de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 1997, *passim*, en particular, pp. 60 y ss.

(76) FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 287, 288.

(77) PROMBERGER, *MünchKomm*, § 2353, núm. marg. 2, opinión respaldada por otros comentaristas allí citados.

Al margen de lo anterior y con carácter general respecto de las decisiones de la jurisdicción voluntaria alemana, se destaca su naturaleza jurisdiccional, su eficacia *erga omnes* y su vinculación al principio constitucional de audiencia a los interesados (78). A nuestro juicio, la minuciosa regulación del procedimiento (79), la labor de investigación y garantías ligadas a su elaboración permiten concederle la condición de resolución, cuando menos, en sentido amplio (80).

Además, y sin pretender enmendar la caracterización de la doctrina alemana –aunque sin olvidar que la calificación de estos extremos incumbe a la ley española en cuanto *lex fori*–, es indudable que, pese a su naturaleza declarativa, desde la perspectiva del ordenamiento español debe ser significativo el hecho de que una serie de actuaciones y datos recogidos en el documento refuerzan la posición de sus titulares y consolidan su condición.

La confección del documento final está precedida de una actividad de investigación, que puede ser compleja y contradictoria, acerca de la cual la autoridad competente se pronuncia y resuelve. A continuación, sus decisiones pueden ser recurridas e incluso revisadas de oficio (81), pero una vez agotados los plazos señalados devienen firmes y, lo que parece más importante, van acompañadas por unas presunciones legales, que como mínimo invierten la carga de la prueba en detrimento de quien las ataca en el ámbito contencioso. Por lo tanto, cabe entender que su función trasciende la de un simple acto de certificación u homologación.

A esto habría que añadir la complejidad de calificar y dar virtualidad a las consecuencias jurídicas que se vinculan a las actuaciones del legitimado o legitimados por la labor judicial. Recordemos que al exponer el contenido y función del *Erbschein* pudimos comprobar que a unas menciones determinadas por la ley se le atribuyen ciertas funciones dotadas de una eficacia concreta que se manifiesta en clave de presunciones y ficciones legales (82).

(78) Sostiene, fundamenta y defiende enérgicamente estos extremos ordenando sus decisiones entre los actos jurisdiccionales, HABSCHEID, W., “Rechtspflegeakte in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Insolvenzverfahren”, *Der Deutsche Rechtspfleger*, 1, 2001, pp. 1-6 (esp. 2-3), destaca además que el carácter *erga omnes* refuerza su trascendencia jurídica, teniendo en cuenta que afectan a terceros mientras que las decisiones contenciosas suelen solventar enfrentamientos entre partes (p. 3).

(79) WINKLER, en *Keidel/Kuntze/Winkler Komm.*, §§ 84 y 85.

(80) *Ibidem*. HABSCHEID, W., *op. cit.*, p. 3, llega a esta conclusión, afirmando que la ausencia del carácter de cosa juzgada material no desmerece tal calificación.

(81) Clara expresión del principio de oficialidad que preside toda la actuación judicial que HABSCHEID, W., *op. cit.*, pp. 1-2, relaciona con la función asistencial de ciertas resoluciones de la jurisdicción voluntaria.

(82) *Vid. supra* Segunda Parte, Epígr. 3 (Contenido y función).

Respecto de esta resolución “funcionalmente constitutiva” –si se nos permite la licencia, justificada por la fuerza legitimadora que le concede la legislación de origen, la intensidad de las averiguaciones previas a su redacción y su función dirigida a agilizar el tráfico jurídico–, hay que concretar qué se entiende al afirmar que debe ser reconocida para produzca la extensión de sus efectos a otro ordenamiento jurídico, en este caso el nuestro. Con independencia de que éstos vengan determinados por los que le atribuya el ordenamiento alemán, si bien no podrá desplegar más efectos de los que se le otorga en el Estado de origen, puede producir menos, si algunos de ellos no son realizables en el nuestro y también surtir algún otro sin necesidad de reconocimiento (83).

3. Las vías del reconocimiento: reconocimiento material y procesal.

La distinta naturaleza de los efectos que se pretenden hacer valer genera algunas posturas confusas en la práctica de los despachos acerca de cuál sea el camino idóneo para alcanzarlos, puesto que con frecuencia toda la operación suele abordarse como una cuestión vinculada a la ley aplicable a la sucesión, intentando diferenciar los aspectos sustantivos y procesales de su regulación. El análisis discurriría en términos generales de la siguiente manera: la ley aplicable a la sucesión de un nacional alemán es la ley material alemana, entre cuyos preceptos se incluyen los que regulan el *Erbschein*. En consecuencia, constituye un requisito sustancial el que los herederos del causante se provean de un certificado de las características señaladas para conseguir los efectos previstos por el ordenamiento alemán.

A lo que suele oponerse que, aunque la regulación del mencionado certificado esté contenida en el Código civil alemán, lo que se está regulando en realidad es un procedimiento a cargo de una autoridad judicial, por lo no se trata de normas sustantivas, sino de marcado significado procesal y por lo tanto no resultan aplicables a la sucesión planteada ante autoridad española.

Aparte de que estas construcciones encierran, con frecuencia, un error de perspectiva que, al enfocar la cuestión desde el sector de la ley aplicable, repiten posiciones analizadas desde el ordenamiento alemán, olvidando la consustancial relatividad de las relaciones de tráfico jurídico ex-

(83) En relación con las distintas posiciones doctrinales en esta materia, GARAU SOBRIÑO, F., *Los Efectos de las Resoluciones Extranjeras en España*, Madrid, 1992, pp. 28 y ss. Por otra parte, señalando intereses típicos de la jurisdicción voluntaria favorables al reconocimiento y relativizando el absolutismo de las teorías de la extensión y de la equiparación, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pp. 37 y 38.

terno: no es lo mismo contemplarlas desde el ordenamiento del foro que desde la *lex causae*. Además, resultan contaminadas por una preocupación ajena a nuestro ordenamiento que afecta a todo el Derecho internacional privado de sucesiones alemán: la teoría del paralelismo o correlación *forum y ius* –también *Gleichlauftheorie*– que, en términos generales, sólo prevé la intervención de juez o autoridad alemana cuando ésta aplique su propia ley (84) y que ha llevado a la doctrina de aquel país a cuestionarse el valor en su propio foro de “declaraciones de herederos” provenientes de otros ordenamientos que pretendan cumplir o suplir la función del *Erbschein*.

Estos puntos de partida dan lugar a una serie de disquisiciones en torno a la naturaleza sustantiva o procesal de las normas que regulan el *Erbschein* (85), todo lo cual, trasladado a nuestro ordenamiento, se convierte en un enfoque estéril. A fin de cuentas no estamos contemplando si el notario o la autoridad competente española debe confeccionar un *Erbschein* aplicando las normas del Código civil alemán sobre la materia, sino simplemente nos planteamos la necesidad o, si acaso, la utilidad de tomar en consideración o incluso de reconocer un documento otorgado en el Estado de origen.

Desde la perspectiva del ordenamiento español la pregunta que procede es si el *Erbschein* expedido por funcionario autorizado alemán es susceptible de ser reconocido en nuestro país. Y, en caso afirmativo, con qué alcance. Por lo tanto, la respuesta acerca del papel que puede desempeñar, por ejemplo, en el proceso de elaboración de un Acta de Notoriedad, no puede basarse en dilucidar si su existencia deriva de una norma material del ordenamiento alemán (en cuanto *lex causae*) o de una norma procesal.

(84) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Las relaciones entre Forum y Ius en el Derecho Internacional Privado”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1977-1978, IV, pp. 89 y ss. (esp. p. 99); crítico, en el Derecho alemán, H. PINCKERNELLE/G. SPREEN, “Das Internationale Nachlaßverfahrensrecht”, Informe al IX Congreso del Notariado Latino, Munich, Salzburg, sept. 1967; *Deutsche Notar Zeitschrift*, 1967, p. 197.

(85) Es extensa la investigación en este campo, entre otros, WENGLER, W., “Fragen des deutschen Erbscheinsrechts für Nachlässe, auf die englisches Intestaterbrecht anwendbar ist”, *Juristische Rundschau*, 1955, vol. 2, pp. 41-43; H. PINCKERNELLE/G. SPREEN, *op. cit.*, pp. 195 y ss. (esp. 201-206); SCHLECHTRIEM, P., *Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren*, Karlsruhe, 1966, esp. pp. 101-104; SCHWIMANN, M., “Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der Lex Causae?”, *RebelsZ*, vol. 34, 1970, pp. 201-222; SCHOTTEN, G., “Probleme des Internationalen Privatrechts im Erbscheinsverfahren”, *Der Deutsche Rechtspfleger*, 5, 1991, pp. 181-189; GOTTHARDT, P., “Anerkennung und Rechtsscheinswirkungen von Erbfolgezeugnissen französischen Rechts in Deutschland”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2, 1991, pp. 2-13.

A. Reconocimiento material.

Siendo lo anterior cierto, no pretendemos negar la inherente dificultad de delimitar algunos aspectos materiales y procesales del documento que nos ocupa, que es donde radica el germen de la seductora fundamentación de la teoría de la *lex causae* o del reconocimiento material o conflictual en detrimento de un verdadero reconocimiento procesal (86).

Para aclarar ideas y ordenar los términos en que se construye esta reflexión, recordemos que la calificación de una norma en el ámbito material o procesal corresponde a la *lex fori*, que será la que nos indique qué preceptos se adscriben a uno u otro sector, sin que sea suficiente basarse en su colocación sistemática en un código civil o en una ley procesal, teniendo que recurrir, en cambio, a un juicio construido en torno al objeto de la norma, a su contenido y función (87). Plantear el problema en tales términos revela una confusión de planos que ya intentamos dejar bien delimitados al explicar separadamente cada uno de sus aspectos. Por un lado, la competencia del juez o funcionario autorizado de la jurisdicción voluntaria para decidir y certificar u homologar; por otro, el derecho aplicable a la redacción del documento (que responde a la regla *auctor regit actum*); en tercer lugar, las cuestiones de derecho que se recogen en su contenido (resultado de la aplicación de normas materiales del derecho de sucesión alemán) y, por último, sus efectos, que como veremos serán de distinta naturaleza. Los posibles efectos procesales que interesaría hacer valer son el efecto constitutivo, si lo hubiera, en algunos casos efectos registrales y al margen los meramente probatorios.

Sin embargo, por mucho empeño que se ponga, sigue teniendo un importante valor de simplificación el razonamiento que predica el reconocimiento material del efecto constitutivo mediante la mera constatación de que las normas materiales aplicables a la relación son las que lo determinan. En consecuencia, dicho efecto no derivaría de una decisión judi-

(86) En relación con ambos tipos de reconocimiento, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pp. 95 y ss.

(87) Es doctrina ampliamente aceptada, KELLER, M. y SIEHR, K., *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1986, p. 588. En este sentido nuestro propio ordenamiento contiene ejemplos de esta naturaleza. No es suficiente una formulación amplia como la del artículo 3 LEC, tampoco el derogado 8.2 C.c. lo resolvía porque dejaba mucho por concretar; así, CALVO CARAVACA y otros, *Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Granada, 2000, p. 359. Buscando un fundamento convincente para la máxima *lex fori regit processum*, GRUNSKY, W., "Lex fori und Verfahrensrecht", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1976, 89, pp. 241 y ss. (esp. 245-246), propone una distinción entre normas materiales y procesales que puede resultar útil. Materiales son las que eligen las partes inicialmente para regir sus relaciones futuras y por lo tanto pueden acomodar su comportamiento a las normas; cuando llegan al proceso los resultados materiales están ya realizados. Mientras que las normas procesales deben ser acatadas sobre la marcha, se desarrollan en el futuro. Las partes siempre pueden observar los plazos, si quieren.

cial, sino de la voluntad de la norma cuando ésta coincida por la designada por las normas de conflicto del foro. En otras palabras, la sucesión de un ciudadano alemán se rige, según el artículo 9.8.º C.c., por las normas materiales alemanas y si éstas crean o reconocen la eficacia de una determinada situación, que se certifica en un documento como el *Erbschein*, tal situación se recibe en nuestro ordenamiento, sin más, sin necesidad de consideraciones de índole procesal.

En apariencia esta solución es impecable, sencilla y también útil. Sin embargo, técnicamente deja bastante que desear, puesto que, entre otras objeciones, plantea el problema de que favorece la convalidación de decisiones donde coincidan *forum* y *ius* (88). No conviene olvidar que, a pesar de un cierto respaldo doctrinal y jurisprudencial, en el fondo se está trasladando indebidamente al sector del reconocimiento la correlación entre competencia judicial y ley aplicable, lo que restringe, haciendo menos flexible, la ordenación de las cuestiones sucesorias y es, además, ajeno a nuestro ordenamiento. De ahí sus detractores, dado que su simplicidad se consigue a cambio de trastocar principios fundamentales de la estructura sectorial del Dipr, adscribiendo al campo de la ley aplicable una cuestión que pertenece al sector del reconocimiento de decisiones extranjeras regido por normas procesales (89).

B. Régimen jurídico del reconocimiento procesal.

Si bien el Dipr autónomo no contiene directrices respecto del régimen jurídico de reconocimiento de resoluciones de la jurisdicción voluntaria, los convenios internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de los que España es parte no suelen excluirlo de su ámbito de aplicación. Así, por aplicación del artículo 1 del Convenio bilateral hispano-alemán (90), este asunto estaría encuadrado dentro de su ámbito de aplicación (91), corroborando que es correcto en-

(88) Si se decidiera en un foro distinto su convalidación dependería de que la solución coincidiera o fuera reconocible por la *lex causae*. Esta crítica la recoge DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pp. 137-138. Propuesta como solución específica de las resoluciones constitutivas, MILANS DEL BOSCH PORTOLES, I., "La eficacia extraterritorial de las decisiones de Jurisdicción Voluntaria", *RGD*, 1988, pp. 1181 y ss. (cita 1215).

(89) Más sobre esta cuestión, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pp. 137 y ss.

(90) Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983, BOE de 16 de febrero de 1988; corr. err. BOE de 24 de septiembre de 1992, Legislación básica de Derecho internacional privado, Madrid, 2000, pp. 353 y ss.

(91) MOYA ESCUDERO, M., "El Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de Resoluciones Judiciales y Documentos Públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983", *REDI*, 1985, 1, p. 156. Asimismo, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, p. 56 y n. 81.

focar esta materia desde la perspectiva del reconocimiento de resoluciones judiciales, en su acepción amplia (92), y no desde la consideración del Derecho aplicable (93). Se prevé, en el artículo 10 del mencionado Convenio, un reconocimiento automático sin necesidad de procedimiento especial, además de un mecanismo de reconocimiento y ejecución a título principal, en el capítulo III.

Al realizar una comprobación de las condiciones concretas que deben reunir las resoluciones, en el caso que nos ocupa, hay que considerar el requisito de firmeza del artículo 4, apdo. 2.º, del Convenio, que podría salvarse atendiendo al concepto de firmeza en sentido amplio sugerido por DE MIGUEL ASENSIO (94). Efectivamente, del *Erbschein* puede predicarse su firmeza una vez agotados los recursos previstos; de lo que en realidad carece es de eficacia de cosa juzgada material.

Hay que añadir que las resoluciones relacionadas con derechos sucesorios pueden ser sometidas, para su reconocimiento, a un control de ley aplicable al fondo, conforme al artículo 6.2.º del Convenio —lo que no supondrá problema alguno al tratarse de la sucesión de un nacional alemán regida por el derecho de ese Estado. A propósito de este requisito, hay que destacar que no se reproduce aquí el mecanismo del reconocimiento material o conflictual, sino que se prevé un examen, como condición previa del reconocimiento procesal, para determinar que la ley aplicada por el Estado de origen sea la que hubiese aplicado el Estado requerido (95). Finalmente, como consecuencia de la aplicación del citado Convenio, se produce una remisión a “las normas [de reconocimiento] más favorables de Derecho interno” (96). Esta expresión convencional del *favor recognitionis* nos abre todas las posibilidades de considerar otras opciones posibles de reconocimiento.

C. Negación de un reconocimiento autónomo más beneficioso.

En ausencia de normas positivas en nuestro Derecho autónomo, la jurisprudencia de nuestro TS tiende a rechazar el reconocimiento de los

(92) Junto al concepto de resolución se incluyen “Los acuerdos de un funcionario competente, judicial o coadyuvante de los Tribunales, mediante los cuales se fije el importe de los alimentos y las órdenes de ejecución ya firmes expedidas por el mismo”, artículo 2. 1 b); en este sentido, MOYA ESCUDERO, M., *op. cit.*, p. 157, hace referencia a la asimilación que se produce de las actuaciones del *Rechtspfleger* (secretario) a las sentencias judiciales.

(93) CALVO CARAVACA, A. L. y otros, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, 1997, pp. 550-551.

(94) *Op. cit.*, pp. 150-151 en relación con p. 58 y n. 84.

(95) Control que se valora negativamente por la doctrina, así, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., pp. 203-204, puesto que en el Derecho autónomo de ninguno de los dos Estados se subordina el reconocimiento a este requisito.

(96) Artículo 23, apdo. 2.º, del Convenio hispano-alemán.

actos de jurisdicción voluntaria mediante exequátur por la misma razón ya mencionada en relación con la aplicación convencional, la –doctrinalmente cuestionada– falta de firmeza (97). Excluido el exequátur, la alternativa se reduce a la vía estrecha de las normas previstas en la LEC/2000 para determinar el valor probatorio de los documentos públicos extranjeros, el artículo 323 de la misma, completado por el artículo 144 LEC, en sustitución de los derogados artículos 600 y 601 de la LEC de 1881. Cuando la verificación corresponda al notario, éste se ajustará a lo dispuesto en artículo 168.4.º RN.

A efectos prácticos, estos requisitos no parecen ni más ni menos onerosos que un reconocimiento automático con control previo de autenticidad, legalidad y traducción, pero el resultado no es en absoluto equiparable. En vía convencional se producirá un reconocimiento procesal en toda regla, mientras que en el segundo, como documento público extranjero homologado, sus efectos se limitarán a su valor probatorio. En uno u otro caso, el contenido del *Erbschein* siempre podrá tomarse en consideración con fines probatorios –*in maiore minus inest*–, por ejemplo, dentro de un procedimiento de instrucción de un acta de notoriedad.

Cuestión distinta y decididamente nada clara será determinar cómo podrían, si acaso, hacerse valer otros efectos del documento alemán que superen los meramente probatorios y otorgarle así la autonomía propia que adquiere a través del reconocimiento procesal automático. Por ahora, y hasta tanto no contemos con una regulación autónoma del reconocimiento de resoluciones de la jurisdicción voluntaria, que además resulte más beneficioso que el convencional, en orden a obtener su máximo rendimiento, debemos preferir esta última.

4. Significado del reconocimiento procesal.

Recapitulando, la razón de ser del *Erbschein* radica en su finalidad única, que consiste en investigar y certificar con efecto *erga omnes* la situación en que queda un patrimonio a raíz del fallecimiento de su titular y su sustitución *ipso iure* por uno o más titulares sobrevenidos. Refleja, al menos teóricamente (98), el volumen del caudal relicto como *universitas* y sus titulares de naturaleza real, aunque no necesariamente los cré-

(97) FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 288 y sentencias allí citadas.

(98) SCHOTTEN, G., *Das Internationale...*, *op. cit.*, § 7, núm. marg. 342, cita a WEITHASE (n. 342) respecto de la importancia práctica de incluir en el *Erbschein* otorgado conforme al § 2353 (podríamos denominarlo de alcance general) no sólo la sucesión regida por el ordenamiento alemán, sino también la existencia de un fraccionamiento de la misma por razón de la situación de bienes en el extranjero cuya sucesión deba regirse necesariamente por la *lex rei sitae*.

ditos que lo gravan. Lisa y llanamente, viene a determinar que los herederos son los indicados y no otros.

En calidad de documento público, regulado en los §§ 415 y 417 ZPO, goza de una presunción de autenticidad, como se establece en el § 437 ZPO. Pero, además, el legislador alemán ha querido dotarlo de una presunción de corrección de su contenido que acrecienta su valor probatorio, conforme al § 2365 del BGB.

Este reforzamiento de su eficacia resulta relevante si aspiramos a que en el ordenamiento español se produzca una aplicación del derecho material alemán de sucesiones, rector del caso concreto, de la misma manera y con idéntico alcance al que se realizaría en la jurisdicción del Estado de origen: la misma doctrina alemana, hemos visto, lo describe como un verdadero “dictamen” preparado por el funcionario público encargado de su confección –el *Rechtspfleger* o en su caso el juez– respecto de la situación legal del patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento (99).

Sabemos, sin embargo, que se trata de un pronunciamiento recurrible y, agotados los plazos, susceptible de un seguimiento permanente por parte del funcionario autorizante en prevención de que circunstancias sobreenvenidas desautoricen su contenido. Tampoco produce efecto de cosa juzgada material. No obstante, la confianza del legislador en su proceso de elaboración y en las tareas de averiguación encomendadas a los juzgados encargados de asuntos sucesorios es suficiente, en el ordenamiento de origen, para que, una vez autorizado por el funcionario competente y entregado a los destinatarios (100), su contenido tenga acceso a los Registros públicos pertinentes (101).

Esta acumulación de cautelas, al margen de las salvedades mencionadas, supone una garantía añadida para conocer la situación legal de la herencia, el volumen del patrimonio y sus titulares. En todo caso parece difícil que el notario español autorizante goce de una posición más beneficiosa para investigar tales extremos. El límite se establecería en la discrepancia entre lo certificado en el país de origen del causante y sus propias disposiciones de última voluntad protocolizadas ante notario español, sin que conste revocación expresa con fecha posterior.

(99) *Cfr. supra* n. 39.

(100) Hay que tener en cuenta que su elaboración supone un procedimiento dilatado en el tiempo; en este sentido, *vid. SCHILKEN*, en *von Staudingers Komm.*, § 2353, núm. marg. 59 y ss., se verifican distintas etapas desde la solicitud y su admisión hasta la entrega a los interesados. En las etapas intermedias no existe el documento como tal, sino un borrador sujeto a rectificaciones que posteriormente se convertirá en documento final que debe ser autorizado y protocolizado por el fedatario antes de su entrega; *cfr.* §§ 85 y 85 FGG.

(101) *Vid.* § 35 GBO.

Sin embargo, ante esta última eventualidad la aportación del *Erbschein* para su reconocimiento automático podría cambiar el destino de los bienes hereditarios, haciéndolo depender del efecto que podría producir la constancia fehaciente de que, en el momento de su otorgamiento, el testador no gozaba de una libertad absoluta para disponer *mortis causa* de los bienes en cuestión, basada, por ejemplo, en la existencia en aquel momento de un régimen económico matrimonial vigente (102).

Un ejemplo práctico no demasiado infrecuente ilustraría el problema. Un nacional alemán casado en su país de origen en régimen económico de participación (103) adquiere una vivienda en territorio español en régimen de copropiedad con una señora con la que mantiene una relación extramatrimonial, la cual efectivamente aporta la mitad del capital invertido en la adquisición. El señor otorga testamento en favor de su compañera por la cuota parte que a él le pertenece, ocultando su situación matrimonial y sin que conste, por lo tanto, el régimen económico matrimonial que continúa vinculándolo a su esposa. Si, fallecido, sostenemos que prevalece la voluntad del causante expresada en testamento otorgado ante notario español, omitiendo la aportación de un *Erbschein*, la heredera testamentaria consolidaría la titularidad de la totalidad de la vivienda y podría inscribir su adquisición testamentaria en el Registro, dejando desprotegidos los posibles derechos de la familia legítima del causante a la hora de la liquidación del régimen, para los que siempre queda abierta la vía contenciosa.

Pero, además, una vez investigada y constatada la identidad de los verdaderos herederos y cumplimentado el oportuno certificado, el legislador alemán dota de ciertas garantías jurídicas a los negocios de transmisión de los bienes hereditarios en que intervienen. Así, la ley vincula a la tenencia y exhibición de un *Erbschein* una serie de efectos respecto de terceros. Así ocurre con la ficción contenida en los §§ 2365 y 2366 BGB en favor del adquirente de buena fe al que en condiciones concretas se le reconoce un derecho subjetivo no reivindicable (104).

No es fácil que se den las circunstancias para la realización de este efecto en nuestro ordenamiento, aunque exista un reconocimiento procesal en regla que extienda los efectos “constitutivos” de la resolución,

(102) La indudable importancia del régimen económico matrimonial y los derechos del cónyuge supérstite es tenida en cuenta por toda la doctrina, así, SCHOTTEN, G., *Probleme...*, op. cit., pp. 182-183, señala su papel fundamental en la determinación de la cuota de participación del cónyuge en la sucesión.

(103) Régimen legal previsto en el § 1363 BGB *Zugewinnngemeinschaft*. Al liquidarse genera un crédito de valor o pecuniario.

(104) Destacando el valor de la apariencia en Derecho, MEDICUS, D., “Besitz, Grudbuch und Erbschein”, *JURA*, 2001, 5, pp. 294-299 (esp. 295 y 298, 299).

puesto que en general aquél vendrá vinculado a la transmisión *uti singuli* de bienes muebles por parte del heredero legitimado por la tenencia de un *Erbschein*. Cuando dicha transmisión se realice en territorio español, ésta se registrará por las leyes españolas en aplicación del artículo 10.1 C.c. por ser el lugar de su situación. Para que el efecto transmisivo se operara en aplicación de preceptos del ordenamiento alemán, haciendo efectiva la protección del adquirente de buena fe debería considerarse como transmisión de una parte del patrimonio hereditario *uti universi* (105), regido por el estatuto sucesorio, situación que no acabaría de encajar en las previsiones de nuestro ordenamiento en cuanto a los modos de adquirir la propiedad.

Un supuesto semejante al previsto en los §§ 2366 y 2367 del BGB, susceptible de producir la creación, modificación o extinción de un derecho, podría acaecer, sin considerarse una rareza, en cualquier lugar de la costa o las islas españolas. Tomemos por ejemplo una situación en que un nacional alemán residente en Canarias adquiere de otro, un vecino de su misma nacionalidad, un valioso cuadro que el primero, según la documentación que posee y exhibe –un *Erbschein* expedido en toda regla a su nombre–, habría adquirido recientemente como parte del patrimonio heredado de su fallecido tío. El comprador paga el precio pactado y el vendedor entrega la cosa, que pasa a decorar la vivienda de su nuevo propietario. A los pocos meses se le reclama judicialmente ante el juzgado de primera instancia de su domicilio en España la obra de arte adquirida de su vecino, por alguien que alega ser su legítimo propietario en calidad de sucesor a título universal del fallecido, que también era su tío. Estas alegaciones se corroboran por la posterior aparición de un testamento que habría dado lugar por parte del juez alemán a un procedimiento en curso de recuperación y sustitución del certificado emitido por ineficaz, conforme a lo establecido en el § 2361 BGB.

Partiendo de la base de la autenticidad formal del documento exhibido inicialmente (106), conforme al ordenamiento alemán, la primera adquisición sería válida e irreivindicable en atención a la protección de la buena fe del comprador. Planteada la cuestión en nuestro país, no cabe duda de que la reivindicación de una cosa mueble sita en España se decide conforme a la ley española (art. 10.1.º C.c.) y serán las normas materiales del Código civil español las que diriman la cuestión. El derecho nacido al amparo de una norma sustantiva del ordenamiento alemán, en el mejor de los casos, podrá alegarse como prueba de la buena fe del ad-

(105) VIRGÓS SORIANO, M., en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado*, Parte especial, Madrid, 1995, p. 242.

(106) Es suficiente la apariencia, el contenido puede no serlo, pero su corrección se presume por aplicación del § 2365 BGB.

quirente, pero con toda seguridad no actuaría de mecanismo automático para detener la acción reivindicatoria ante nuestros tribunales, los cuales deciden por aplicación de las normas del Código civil relativas a las adquisiciones a *non domino*. Las cautelas sustantivas que el legislador alemán establece para proteger a los terceros, cuya buena fe se funda en la apariencia de titularidad derivada de un *Erbschein*, no desplazarían en nuestro ordenamiento la misma eficacia (107).

En el ordenamiento alemán, la transmisión del patrimonio hereditario *ipso iure* hace necesaria la legitimación del heredero. Y esa es la función del certificado que nos ocupa, que, sin embargo, fuera del ámbito del ordenamiento que lo extiende perdería en tal caso parte de su virtualidad, debido a que la forma de suceder en la titularidad y posesión de la totalidad del patrimonio, que en el Derecho alemán se produce por voluntad de la ley con el fallecimiento del causante, no se proyecta luego a la transmisión de los bienes individualmente considerados en el ámbito de otro ordenamiento jurídico, que los enmarcará en el régimen jurídico del estatuto real.

5. ¿Cabe su acceso al Registro de la Propiedad?

No es posible elaborar una respuesta única aplicable a todos los casos. Por encima de toda consideración se coloca la estricta territorialidad de la normativa que regula la publicidad registral y la autonomía de la calificación que realice el registrador (108). Aceptados ambos presupuestos, ello no impide que el reconocimiento procesal automático de una resolución de la jurisdicción voluntaria, formalizada en un documento que tiene la condición de documento público en el Estado emisor –al que, dicho sea de paso, se anudan en origen importantes garantías de corrección, autenticidad y firmeza–, pueda llevarse acabo por el registrador en su condición de autoridad pública, en aplicación del ya citado Convenio bilateral hispano-alemán de 1983 (109).

(107) En absoluto desacuerdo, concluyendo de manera diametralmente opuesta, KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, pp. 778 y 779. Con un ejemplo similar indica que el *Erbschein* sirve a los intereses del tráfico, no a los sucesorios, y protege al adquirente de buena fe, también al extranjero en el extranjero porque sus efectos se rigen por el ordenamiento alemán. En nuestra opinión, este resultado sólo se alcanzaría si el bien permanece en Alemania, o la acción reivindicatoria se ejerciera en aquel país. En nuestro ejemplo, *sin traditio*, el comprador no hubiera sido propietario. En cuanto a la finalidad de protección del tráfico, esta última afirmación coincide con MEDICUS, D., *op. cit.*, pp. 298-299, aunque aquí sólo se hace referencia al tráfico regido por el ordenamiento alemán.

(108) FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 340-341; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y GARCIMARTÍN, F. J., en ALBALADEJO y otros, *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, artículo 11 C.c., t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 802-803.

(109) Artículos 1 y 2 del Convenio.

En el proceso de toma en consideración de un documento público extranjero que sirve de "título" (110) de la sucesión hereditaria en su país de origen, a nadie escapan las imprecisiones legislativas e interpretaciones diversas de que son objeto los preceptos pertinentes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento (111). Sin embargo, hay que distinguir dos planos claramente diferenciados y regidos por sectores normativos distintos. Por un lado, los aspectos conflictuales del título extranjero regidos por las normas de conflicto de nuestro ordenamiento y por otro los estrictamente registrales a los que se aplica la ley del Registro, de conformidad con el artículo 10.1 C.c. (112).

En el primero de estos aspectos, acreditada su procedencia, habrá que constatar si la resolución ha sido redactada por funcionario o el juez competente en el Estado de origen y si ha ganado firmeza, es decir, si se han agotado los recursos previstos en su ordenamiento para alcanzarla, conforme al artículo 4.1 y 2 del citado Convenio. El propio Convenio establece reglas para el control de la competencia en los artículos 7 y 8 y además, cuando la resolución valore derechos sucesorios, admite que el Estado requerido controle la ley aplicable para determinar que no es distinta a la que hubiese correspondido según sus propias normas de Dipr. En el caso que nos ocupa, ambos extremos parecen de fácil comprobación. El primero teniendo en cuenta la previsión convencional del artículo 7, apdo. 13, por ser el causante nacional del Estado de origen y el segundo, de suyo, por idéntica causa, con base en el artículo 9.8.º C.c.

Aunque no se prevea en el régimen de reconocimiento automático, entendemos que será también necesario la aportación de testimonio literal de la resolución, constancia de firmeza y, por tratarse de documentos extranjeros, la preceptiva traducción (art. 144 LEC), aunque sin necesidad de legalización y de otras formalidades (113).

Ahora bien, reconocida la "declaración de herederos" de procedencia alemana, queda por determinar si, conforme a la legislación registral, ésta

(110) Hay que reconocer que la expresión se utiliza en sentido amplio y no estrictamente técnico que recibe en nuestro ordenamiento. El régimen abstracto de transmisión de la propiedad vigente en el Derecho alemán hace innecesaria la existencia de un título en sentido estricto.

(111) BLANQUER UBEROS, R., "La escritura pública en la Unión Europea", en J. BOLÁS ALFONSO (Dir.), *Estudios sobre Derecho Documental*, Madrid, 1997, pp. 385-387; una aproximación distinta en MIQUEL CALATAYUD, J. A., *El documento extranjero ante el Registro de la Propiedad español*, Madrid, 2001, pp. 174 y ss.

(112) Distinción consustancial al Dipr. así, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pp. 802-803; con relación al procedimiento seguido en fase de acceso al Registro de la Propiedad, MIQUEL CALATAYUD, J. A., *op. cit.*, p. 196.

(113) Excluidas también para el reconocimiento a título principal o en fase de ejecución, artículo 16.2 del Convenio hispano-alemán de 1983.

es susceptible de integrar los requisitos del artículo 14 LH y de superar la calificación registral del artículo 18 LH, en cuyo control de legalidad registral entrará en juego la apreciación de la “fuerza en España” exigida por el artículo 4 LH para los títulos otorgados en el extranjero (114).

A la luz de los desarrollos anteriores y teniendo en cuenta el contenido absolutamente dispar de las distintas clases de *Erbscheine* –recorremos que los hay que conllevan pronunciamientos distintos y alcance limitado respecto de la situación actual del caudal relicto–, en consecuencia no siempre se ajustarán a las exigencias de la legislación hipotecaria. Otros, en cambio, son de factura muy simple y responderían bien a supuestos como el del heredero único, en que, conforme al artículo 14, párrafo 3.º, LH, se autoriza, en las circunstancias señaladas, a proceder a la modificación registral de la titularidad del bien. Algo similar podría ocurrir en aquellos casos en que exista más de un heredero y consten sus identidades y su cuota de participación en la titularidad de la herencia.

Reiterando lo dicho, la diversa manera de manifestarse la titularidad de la herencia mediante *Erbschein* en el ordenamiento alemán y el hecho de que la calificación registral incumba exclusivamente al registrador, ambas circunstancias impiden afirmar en todo caso su acceso al Registro de la Propiedad, haciendo depender la decisión de un procedimiento de valoración casuístico. Estas matizaciones no impiden señalar que, en nuestra opinión, existen argumentos legales suficientes para facilitarlo, en la medida en que quede razonablemente garantizada la legalidad registral.

6. Ventajas del reconocimiento procesal.

A. Conservación de la unidad y universalidad de la herencia.

Cuando la sucesión de un ciudadano alemán fallecido en España o en Alemania, que deja bienes muebles e inmuebles en ambos países, no se resuelve de forma conjunta en uno u otro país, o en los dos, pero teniendo en cuenta todos los bienes que integran el patrimonio del causante, sino que –y a pesar de que ambos ordenamientos, el español y el alemán, suscriban los principios de unidad y universalidad de la sucesión– las especialidades en cuanto al procedimiento y las formalidades para llegar a operar válidamente la transmisión de la propiedad a los herederos hacen que sea más expeditivo tramitarlo en cada país por separado –o en todos aquellos en que el causante deje bienes–, en ninguno de los países en cuestión se llega a consolidar formalmente una masa hereditaria unitaria

(114) MIQUEL CALATAYUD, J. A., *op. cit.*, pp. 220 y ss.

destinada a garantizar las pretensiones de todos los herederos, legatarios y demás acreedores del causante.

En consecuencia, lo que sucede con mucha frecuencia es que se asigna a los respectivos herederos legales o testamentarios en cada caso los bienes muebles e inmuebles que se encuentran en cada país, mientras que los situados en demás países se transmiten por un procedimiento autónomo. Indudablemente, esta manera de proceder puede suponer un fraude a los acreedores de la herencia, sin mencionar su trascendencia fiscal. Sin embargo, no es menos cierto que esta actuación viene “aconsejada” en la práctica, en buena medida, por las disparidades procedimentales entre uno y otro ordenamiento, y también por las especialidades nacionales respecto de los documentos con acceso a los Registros públicos.

Mientras que en nuestro ordenamiento se requiere un título, en principio, alguno de los documentos reseñados en los artículos 76 al 88 RH (115), en Derecho alemán es suficiente que el heredero esté provisto de un *Erbschein*, al ser éste documento idóneo para realizar la rectificación de la inscripción registral en relación con los bienes inscribibles adquiridos por voluntad de la ley. En este sentido, si la apertura de la herencia tuviera lugar ante notario español, teniendo en cuenta que sus actuaciones se rigen por el principio *auctor regit actum*, es decir, se llevan a cabo conforme su propia ley, éstas darán como resultado la instrucción de un acta de notoriedad, insuficiente desde el punto de vista de la ley material alemana (116). Así, por ejemplo, si el patrimonio de un causante español incluye la titularidad de derechos sobre bienes inmuebles sitos en Alemania –según la opinión generalizada, aunque a nuestra manera de ver infundada e irremisiblemente cuestionable–, los documentos notariales españoles no tendrán acceso al Registro de la Propiedad alemán para su inscripción, a menos que se solicite a la autoridad competente del lugar de situación del inmueble (o del derecho susceptible de inscripción registral) la expedición de un *Fremdrechtterbschein* o certificado de objeto limitado (117).

Frente al remedio del fraccionamiento de la sucesión para eludir de manera expeditiva las especialidades, hay que valorar positivamente la existencia de un *Erbschein* en la medida en que garantiza la inclusión de todos los herederos (si hubiera más de uno) y su cuota de participación, al mismo tiempo que queda reflejado el caudal relicto, asegurando la efectividad de su sujeción a un único estatuto, el sucesorio. De esta manera

(115) Artículos 2 y 3 LH y 33 y 34 RH.

(116) Muy explícitos en este sentido H. PINCKERNELLE/G. SPREEN, *op. cit.*, pp. 195 y ss. (esp. 196 y 202-203).

(117) PROMBERGER, *Münch.Komm.*, § 2353, núm. marg. 49.

se preserva el principio de unidad de título y también de universalidad del patrimonio, revelando la identidad de todos los llamados a suceder, aunque, como se ha visto, no de todos aquellos otros con posibles pretensiones legítimas sobre la masa (118).

La otra solución –la que se resuelve mediante la apertura de procedimientos separados, incluyendo, a veces, disposiciones testamentarias parciales, referidas a un único bien o a un conjunto de bienes concretos, donde el causante determina su destino en atención al lugar de su situación– impide la formación de la masa hereditaria y la estimación de su valor global, pudiendo perjudicar seriamente los posibles intereses de algunos herederos y de terceros.

Desde la óptica del ordenamiento alemán, la tramitación separada por un motivo de simplificación, como el que se acaba de exponer, se intenta justificar aplicando el artículo 3.3 EGBGB, que algunos autores entienden autoriza a establecer excepciones a la adscripción del Derecho de sucesiones alemán al principio de unidad y universalidad de la herencia (119). El resultado de esta interpretación lleva a sostener que la sucesión de inmuebles situados fuera del territorio alemán puede resolverse conforme a la *lex rei sitae* cuando ésta así lo determine. Expresado en estos términos, es obvio que ésta es una lectura desde cualquier punto de vista improductiva, porque cuando en un determinado ordenamiento la sucesión de los inmuebles se rija por la ley del lugar de su situación será indiferente lo que diga el ordenamiento alemán al respecto (120). Sin embargo, quedarse con una interpretación tan fácil es desconocer la importante carga dogmática del artículo 3.3 EGBGB y, en lo que al Dipr español de sucesiones se refiere, no atender al contenido de nuestra legislación, ya que de la literalidad de nuestra norma de conflicto –el art. 9.8.º C.c.– se desprende que no se cumple el más importante de los requisitos para la aplicación del artículo 3.3 EGBGB: que los bienes en cuestión estén sujetos a “normas especiales” en el lugar de su situación. El artículo 9.8 C.c. alude a la sucesión “cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren”, sin hacer reserva alguna al régimen sucesorio.

(118) Recordar que sólo se recogen los derechos reales, no los de crédito (Segunda parte, Epíg. 3. Contenido y función).

(119) Crítico en este sentido THOMS, C., *op. cit.*, *vid. supra* n. 31.

(120) Esto será siempre cierto cuando sea necesaria la intervención del juez o autoridad pública del lugar de situación de los bienes inmuebles; así, SONNENBERGER, H. J., “Die Question anglaise als Problem deutsch-französischer Nachlaßspaltung: Das Appartement des deutschen Erblassers an der Côte d’Azur”, *IPRax*, 2002, 3, pp. 169-179, si la partición no se alcanza por acuerdo entre las partes implicadas, al acudir a la partición judicial, en el caso que se comenta, se hará conforme a la legislación francesa por ser el lugar de situación del inmueble y teniendo en cuenta legítimas que el ordenamiento alemán (de nacionalidad del causante) desconoce con idéntico alcance de naturaleza real.

rio aplicable a nacionales extranjeros en relación con los bienes inmuebles situados en territorio español.

Ahora bien, si aun manteniendo como solución más rápida el plantear la transmisión de los bienes sitos en España ante notario español, con el consiguiente acceso inmediato al Registro de la Propiedad que corresponda, el notario procede a partir de un *Erbschein* expedido por la autoridad competente alemana, estará actuando con una mayor garantía de conocimiento de la posición jurídica de todos los legitimados y una constancia de la existencia de una masa hereditaria, previniendo que la transmisión se realice en fraude de algunos de los que pudieran tener expectativas legítimas derivadas de la titularidad de esos bienes.

Ello no obstante, por el momento no es posible afirmar la gran utilidad del *Erbschein* mientras no exista una cierta garantía de que siempre podrán hacerse valer las pretensiones de los acreedores del causante con carácter transfronterizo, si bien estas reflexiones nos llevarían mucho más lejos de lo que nos hemos propuesto, ya que habría que analizar incluso la posibilidad de que en uno de los dos países el patrimonio se encuentre técnicamente en situación de insolvencia.

Sin ir tan lejos, si la introducción del certificado en cuestión permitiera la constancia ante notario español de la totalidad de la masa hereditaria y sus sucesores, incluidos los derechos del cónyuge supérstite, ello serviría para evitar algunas irregularidades, como podría suceder respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial, como en el ya citado ejemplo, en que una de las partes hubiera adquirido, sin el conocimiento del otro cónyuge, bienes inmuebles, en régimen de copropiedad con otra persona, a la que designa heredera de su cuota-parte, en fraude de los intereses de su cónyuge y de sus herederos.

B. Sustitución de la prueba del Derecho extranjero aplicable.

Las anteriores consideraciones no suelen ser las prioritarias cuando un notario español solicita a las partes interesadas en una transmisión de bienes *mortis causa*, regida por el Derecho alemán, la aportación de un *Erbschein* expedido por la autoridad competente alemana. Esta circunstancia suele estar casi siempre relacionada con la necesidad de que, en nuestro Derecho, las partes aleguen y prueben el Derecho extranjero aplicable, y en este sentido el documento en cuestión contiene prácticamente todo y, a veces, más de lo que puede considerarse esencial en cuanto al llamamiento, su orden y las cuotas, la formación de la masa y demás menciones para una correcta aplicación del Derecho material alemán. En otras palabras, el *Erbschein*, por su contenido, se convierte en un mecanismo de averiguación del contenido de la ley extranjera aplicable.

En este último sentido, al tratarse de un documento otorgado por un juez o funcionario extranjero, para afirmar su fuerza probatoria en España no se exige más que los requisitos previstos para la validez de documentos públicos extranjeros en nuestro país (121). Por lo que su utilidad práctica es indiscutible.

C. *Recapitulación.*

A modo de cierre, habría que insistir en que es más que dudosa –y la conclusión a la que nos conducen los desarrollos anteriores permiten ser más categórico y negar sin más– la absoluta necesidad de su aportación.

Ahora bien, si se quieren hacer valer los principios que informan el Derecho de sucesión, tanto en el ordenamiento español como en el alemán –la unidad y universalidad de la sucesión–, la práctica contraria, centrada en una sucesión solventada en ambos países con adjudicación de los bienes de forma parcial y sin que exista constancia ni en uno ni en otro país de la existencia de otros bienes que integrarían la masa y que se transmiten a unos herederos, que tampoco consta que sean los únicos herederos del causante, es cuando menos una incoherencia en la consecución de principios esenciales.

Técnicamente, sin embargo, y sin perjuicio de su indudable utilidad, desde la perspectiva del ordenamiento español, el *Erbschein* es un documento de la jurisdicción voluntaria alemana de legitimación del heredero alemán y ordenado por normas procesales de ese ordenamiento (122), por lo tanto carente de función específica en el nuestro, aun cuando se esté dirimiendo la sucesión de un ciudadano alemán por aplicación de su ley nacional. Su extensa regulación en el Código civil alemán y su carácter de documento público portador de la fe pública no justifica una alteración de esta calificación (123).

Finalmente, no conviene olvidar que todos los argumentos expuestos en favor de su tenencia no eximen de la imprescindible apreciación caso por caso del grado de vinculación del causante y sus causahabientes con el medio social de su país de origen. Cuando se dé la circunstancia de personas domiciliadas en nuestro territorio de manera estable, que hubieran perdido el arraigo con el suyo de origen o éste estuviera muy debilitado, carece de sentido insistir en que se provean de dicho documento.

(121) Artículos 323 y 144 LEC.

(122) Una parte de esas normas están contenidas en el BGB (Código Civil alemán), completadas con la regulación relativa a la FFG (Jurisdicción voluntaria), salvo en los casos en que intervengan tribunales especiales.

(123) En este mismo sentido, WITZ, C. y BOPP, T., “Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte im Erbscheinsverfahren”, *IPRax*, 2, 1987, pp. 83 y ss.

Su obtención en muchos casos supondría un desplazamiento y esfuerzo muy superior a lo razonable, sin mencionar su costo en tiempo y dinero. Un excesivo celo en este sentido podría conculcar derechos fundamentales de los herederos. El juicio de razonabilidad y proporcionalidad de costes y beneficios incumbe siempre al funcionario interviniente.

LA “SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA” EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES (*)

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat de València*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** SENTIDO Y FIN DE LA “SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA”. **A)** La regulación de la “nueva empresa”, como finalidad inicial. **B)** La reforma legislativa, como finalidad sobrevenida. **C)** Empresa y sociedad en el pensamiento del legislador. **III.** RÉGIMEN JURÍDICO DE LA “SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA”. **A)** Premisa. **B)** Perfil tipológico de la “sociedad limitada nueva empresa”. **1.** *Planteamiento legislativo: una subespecie de la sociedad limitada.* **2.** *Un pequeño apunte de Derecho comparado.* **3.** *Algunas paradojas de la opción del legislador español.* **a)** *La escasa justificación de la “sociedad limitada nueva empresa” como subespecie de la sociedad limitada.* **b)** *El papel reducido de la autonomía de la voluntad.* **C)** Aspectos concretos del régimen jurídico de la “sociedad limitada nueva empresa”. **a)** *Premisa.* **b)** *Caracteres generales y constitución.* **a’)** *Iden-*

(*) Texto de la conferencia impartida en el Colegio Notarial de Valencia el día 1 de abril de 2003, dentro de las Jornadas sobre la sociedad limitada nueva empresa organizadas por el Instituto Valenciano de Estudios Notariales.

tificación de la figura. b') Número de fundadores. c') Proceso de fundación y libertad contractual. e) Capital y participaciones. d) Órganos. e) Modificación de estatutos. f) Cuentas anuales. g) Disolución y transformación. D) La reforma de la LSRL ajena a la regulación de la "sociedad limitada nueva empresa". IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. Introducción

La figura de la "sociedad limitada nueva empresa", objeto de regulación en la Ley 7/2003, de 1 de abril (BOE 2 de abril de 2003), merece atención detenida, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, dada su evidente inserción en este sector del ordenamiento jurídico y, más concretamente, en el ámbito definido por la sociedad de responsabilidad limitada de la que vendría a constituir, aparentemente, una modalidad singular.

A diferencia de otras reformas, todavía recientes, en el Derecho español de sociedades, la regulación de la "sociedad limitada nueva empresa" no responde, en sentido estricto, a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a las normas de la Unión Europea. Como es bien sabido, una vez producido el ingreso de nuestro país en la Unión Europea, los dos tipos básicos de sociedad de capital, pero sobre todo la anónima, necesitaban una profunda reforma de su régimen jurídico a fin de armonizar nuestro ordenamiento con las directivas aprobadas por la Unión respecto de las sociedades de capital. Esa adaptación se produjo, como también es sabido, a través de un intenso proceso de reforma legislativa del que son piezas esenciales el nuevo régimen de la sociedad anónima, contenido en su Ley reguladora de 22 de diciembre de 1989 y también, pero en menor medida, la nueva disciplina de la sociedad de responsabilidad limitada, reflejado en la Ley de 23 de marzo de 1995.

Cumplido ese trámite, que ha ido acompañado por una relevante modificación del régimen de ambos tipos societarios en aspectos no afectados por las normas europeas, cabía pensar que, al menos por el momento, esa compleja tarea de armonización normativa había quedado concluida. Parecía llegada la ocasión de proceder a una ordenación más sistemática y rigurosa de los diversos estratos de nuestro Derecho de sociedades, reduciendo su heterogeneidad y facilitando, a la vez, su armonía interna y

su aplicación práctica (1). Tal propósito, nada fácil de realizar, pero altamente valorado por la doctrina española, se afronta con la “Propuesta de Código de sociedades mercantiles”, elaborada en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y difundida por el Ministerio de Justicia en el mes de noviembre de 2002, y sobre la que aquí, obviamente, no es posible pronunciarse.

Con anterioridad a esa fecha, se iniciaron, desde el Ministerio de Economía, los trabajos para elaborar el régimen jurídico de la “sociedad limitada nueva empresa” que concluyen ahora, tras el correspondiente procedimiento parlamentario, en el texto que se acaba de aprobar (2). Según se deduce de su Exposición de motivos, la “sociedad limitada nueva empresa” constituye una singular figura societaria enmarcada en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, a la que se dota de un tratamiento específico, con importante incidencia en diversos ámbitos normativos y también en el campo particular de la fe pública, tanto notarial como registral. Se enriquece y diversifica, de este modo, nuestra tipología societaria, introduciéndose una figura con la que habrá que contar en el futuro para esa tarea de ordenación sistemática de nuestro Derecho de sociedades, hoy solamente apuntada. Esta circunstancia cancela, por el momento, la reflexión más constructiva en la materia y obliga, por mor de la vigencia normativa, a examinar con particular cuidado el régimen jurídico de la “sociedad limitada nueva empresa”.

(1) La unidad de las diversas instituciones integradas en el Derecho de sociedades es una afirmación ampliamente compartida entre nosotros. Con independencia de que se materialice en una regulación unitaria, como sucede, por ejemplo, en Portugal, lo cierto es que la referida unidad se encuentra ya en la materia estudiada, en los propios elementos de lo que denominamos Derecho de sociedades. En este sentido, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, p. 3. Alrededor de la evolución de nuestro Derecho de sociedades, véase, recientemente, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de sociedades: un balance”, en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, I, Madrid, 2002, pp. 159 y ss.; en este trabajo se termina abogando por la promulgación de una “ley general de sociedades” para el Derecho español (p. 191).

(2) La tramitación parlamentaria se inicia el 14 de junio de 2002, fecha de publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes generales* del Proyecto de ley 121/000098, de la sociedad limitada nueva empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

II. Sentido y fin de la “sociedad limitada nueva empresa”

A) La regulación de la “nueva empresa”, como finalidad inicial.

A lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, se han ido poniendo de manifiesto las finalidades perseguidas con su elaboración. Inicialmente, la regulación proyectada aparecía vinculada exclusivamente al tratamiento de la “sociedad limitada nueva empresa”, disponiendo al efecto una serie de normas de carácter societario, en lo esencial, a las que se acompañaban otras tributarias y de diverso orden, por la amplitud de consecuencias derivadas de su tipificación. Como causa explicativa de su regulación en el Derecho español, se aducía en la Exposición de motivos la necesidad de configurar un entorno favorable a la creación de empresas, promoviendo, en particular, la constitución de PYMES en un contexto de simplificación administrativa y facilitándoles la debida asistencia técnica con dicho motivo y en los primeros años de actividad empresarial. A ese propósito también contribuye la decidida política de apoyo a las PYMES por parte de la Unión Europea y, con carácter más general, de favorecimiento de la constitución de empresas y de promoción del espíritu empresarial y de la competitividad. La Exposición de motivos abundaba en argumentos de este orden y mencionaba con detalle las principales iniciativas de la Unión posteriores a la aprobación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada en nuestro país (3).

B) La reforma legislativa, como finalidad sobrevenida.

Esta orientación inicial del proyecto de ley se ha mantenido constante a lo largo de su tramitación parlamentaria, pero en el Senado se introdujeron otros aspectos, ajenos, cuando menos formalmente, al propósito inspirador inicial. Sin modificarse, por ello, apenas las líneas generales del texto prelegislativo, tanto en lo que se refiere a su preámbulo como a su disciplina positiva, se añadieron en dicha Cámara parlamentaria una serie de cuestiones de índole societaria, básicamente, que han alterado un tanto la homogeneidad originaria de aquél. El objetivo de estos cambios, como nos aclara la nueva Exposición de motivos, consiste en resolver una serie de problemas aparentemente comunes a las empresas concretados en su financiación, en el mantenimiento del control por los socios mayo-

(3) En realidad, el apoyo a las PYMES no es una novedad en la política de la Unión Europea. Ya en los años ochenta encontramos diversas iniciativas orientadas al mismo fin. Véanse las referencias contenidas en EMBID IRUJO, J. M., *Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de sociedades español*, Noticias CEE, 43-44 (1988), pp. 14-15, nota 25.

ritarios y en la propia supervivencia de la empresa una vez producida la sucesión generacional, de tanto relieve para las empresas de carácter familiar. Para materializar normativamente estos propósitos, se han modificado algunos preceptos de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, admitiendo expresamente la licitud de las participaciones sin derecho de voto y flexibilizando la disciplina de la autocartera, muy restrictiva en la versión original de dicha ley, sin perjuicio, además, de otros cambios puntuales. Pero, al mismo tiempo, se reforman también algunos preceptos del Código civil, con la finalidad específica de servir más adecuadamente a los supuestos de sucesión en la titularidad de la empresa, intentando favorecer su supervivencia, como ya ha quedado dicho (4).

Esta convergencia sucesiva de objetivos en un único texto legislativo merece algunas reflexiones. De entrada, como finalidades de política jurídica, las dos grandes ideas que en él se contienen han de recibir un juicio positivo. Que se pretenda facilitar la creación de empresas, simplificando su momento más crítico, el de la constitución, en beneficio, particularmente, de las empresas de menor tamaño, es, sin duda, positivo. No es seguro, en cambio, que dicha finalidad requiera inexorablemente el enriquecimiento de nuestra tipología societaria mediante la configuración de una variedad específica de la sociedad de responsabilidad limitada, como tendremos ocasión de ver más adelante. Por otra parte, que se intente afrontar la resolución de ciertos problemas típicos del funcionamiento de las empresas entre nosotros, tal y como se ha indicado, ha de merecer, igualmente, un juicio positivo. A este respecto, sin embargo, no es tampoco seguro que se haya optado por la mejor solución ni que se hayan contemplado, a la vez, todos los instrumentos idóneos para el tratamiento de dichos problemas. Sirva, como ejemplo, en lo que a la mejora de la financiación empresarial se refiere (5), el recurso exclusivo a las participaciones sin derecho de voto. Aunque eran numerosos los autores que consideraban válida su creación en el seno de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (6), su reconocimiento expreso ahora servirá para despejar las dudas sobre su licitud. Su utilidad, en cambio, no parece tan clara a la vista del muy escaso empleo que se ha hecho de las acciones sin voto en sede de sociedad anónima, a cuya disciplina legal se remite, sin matices, el nuevo artículo 42 bis de la Ley de limitadas.

(4) Sobre todo ello, *infra* III, D).

(5) Últimamente, GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, Madrid, 2003.

(6) Al respecto, MIQUEL, J., "Comentario al artículo 53", en ARROYO, I./EMBIJ, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 580-581, donde encontramos una presentación sintética de las opiniones emitidas al respecto.

C) Empresa y sociedad en el pensamiento del legislador.

Con todo, la duda de mayor calado que cabe formular sobre la oportunidad y adecuación del texto legislativo en examen se refiere al uso no muy preciso de la noción de empresa y a su conexión con las figuras del Derecho de sociedades, con la repercusión que todo ello tiene en el régimen jurídico previsto. Y, dentro de este ámbito, ha de advertirse la no clara congruencia que se dibuja en el texto entre la tipología empresarial y societaria existente en nuestro ordenamiento y las categorías y conceptos que en el mismo se regulan. Para empezar, la norma se mueve, como criterio inspirador, en el ámbito empresarial, ampliamente entendido, aludiendo desde luego a las PYMES (7) y también a empresas de dimensión no necesariamente reducida. Quizá el rasgo común a las diversas categorías consideradas sea el de su ajenidad al mercado de valores como instrumento de configuración y mecanismo privilegiado de financiación. Y así, dentro del elenco de problemas que la ley intenta resolver, algunos han de considerarse comunes a todas las empresas contempladas, sean o no PYMES, como los relativos a la financiación o a la sucesión en su titularidad (con especial incidencia, según es sabido, en las empresas familiares), en tanto que otros serían específicos de las pequeñas y medianas empresas, como sucede con algunas de las cuestiones consideradas en sede de constitución.

Las soluciones ofrecidas por el legislador aparecen concentradas, en cambio, en la esfera estrictamente societaria y, más específicamente, en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada, lo que, además de suponer una cierta asimetría conceptual, reduce el conjunto de empresas susceptible de ser beneficiado por la reforma. Esta circunstancia, a nuestro juicio, renueva la duda sobre el sentido de fondo de la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa”. Desde la perspectiva particular del Derecho de sociedades, no es seguro que los instrumentos contemplados por el legislador sean idóneos exclusivamente para una figura como la ahora regulada y no quepa, por tanto, ampliar su vigencia a otros tipos societarios. Por poner un ejemplo fácil de entender: el hecho de simplificar el trámite de constitución de la sociedad, positivo, sin duda alguna, hasta convertirlo en una fase de realización cuasiautomática, es susceptible de extenderse a otras sociedades, mercantiles o no, con el límite, quizá, de las grandes sociedades abiertas, cuya fundación parece requerir un trámite algo más lento (8). Pero, incluso para éstas, algunos aspectos

(7) Alrededor de su concepto, GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, cit., pp. 45 y ss.

(8) Sobre la sociedad anónima abierta, en general, SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid, 2001; sobre los intereses

contenidos en la nueva ley podrían ser útiles, sobre todo en lo que se refiere a los medios telemáticos o electrónicos, como modo o vehículo idóneo para flexibilizar un proceso de por sí más complejo de lo que sería deseable. Esta reflexión, desde luego, podría extenderse a otros aspectos de la disciplina establecida para la “sociedad limitada nueva empresa”.

Por otra parte, la aspiración de hacer del proceso fundacional una fase de realización prácticamente automática trae consigo, de modo paradójico, un efecto quizá no buscado por el legislador. Se trata de que, por su propia naturaleza, un proceso tan rápido como el que se pretende viene a resultar incompatible con el ejercicio regular de la autonomía de la voluntad, sobre todo en lo relativo a la determinación del contenido de los estatutos (9). Como no podía ser menos, la propia norma reconoce el papel de la autonomía de la voluntad en punto a la elaboración de los estatutos (art. [nuevo] 134, 1.º *in fine* LSRL); pero este reconocimiento parece ser, más bien, una constatación formal, ante el escaso tiempo del que disponen notario y registrador en lo que atañe a la autorización de la escritura y su calificación, respectivamente.

Además, la disposición adicional décima, 2.º, de modo congruente con la finalidad simplificadora que informa a todo el texto, indica que “por Orden del Ministro de Justicia se aprobará un modelo orientativo de estatutos de la Sociedad Nueva empresa”, con lo que se viene a cerrar nítidamente las puertas al ejercicio constante de la autonomía de la voluntad de los socios. Podrá decirse, no obstante, que esa norma reglamentaria contendrá un modelo no vinculante, y sólo indicativo, de los estatutos y que, por lo demás, en la práctica de numerosas sociedades, cualquiera sea tu tipo, se termina recayendo en formularios más o menos difundidos en la realidad (10). Siendo todo ello cierto, no puede ocultarse la idea de fondo que venimos exponiendo y que denota una considerable rigidez en el planteamiento legislativo. A nuestro juicio, la simplificación de los trámites administrativos no tendría por qué haber implicado, de hecho, una tan grande restricción al uso de la libertad contractual.

en ella presentes, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, 246 (2002), pp. 1653 y ss.

(9) Al respecto, en general, EMBID IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *RdS*, 7 (1996), pp. 11 y ss.

(10) Se trata de un fenómeno habitual en la práctica del Derecho de sociedades, y no sólo entre nosotros; al respecto, HOPT, K., *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa –Generalbericht–*, en LUTTER, M./WIEDEMANN, H. (eds.) *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht (Sonderheft 13 ZGR)*, Berlín-New York, 1998, p. 139, que destaca el temor a introducir, por vía cautelar, figuras nuevas o poco usuales en la práctica de determinados ordenamientos en materia de sociedades.

III. Régimen jurídico de la “sociedad limitada nueva empresa”

A) Premisa.

El estudio del régimen jurídico de la “sociedad limitada nueva empresa” no es una tarea que pueda ser afrontada exclusivamente desde la perspectiva estricta del Derecho de sociedades. Aun refiriéndose, en esencia, a este sector del ordenamiento, son muchos los aspectos de otras disciplinas jurídicas afectados por su tipificación, desde los tributarios hasta los relativos a la fe pública, pasando por cuestiones de orden administrativo. No es menor la incidencia en el tratamiento de la nueva figura de aspectos no propiamente jurídicos, conectados al empleo de medios telemáticos y electrónicos, así como a la necesaria coordinación entre instituciones públicas de diverso nivel. En este trabajo, no obstante, nos limitaremos a considerar únicamente los aspectos societarios, con el propósito de ofrecer, en lo posible, una perspectiva clara de la figura creada por el legislador y de sus principales características. Y todo ello desde una planteamiento sintético, evitando, en lo posible, la consideración de los múltiples asuntos de detalle que la “sociedad limitada nueva empresa” es susceptible de originar.

B) Perfil tipológico de la “sociedad limitada nueva empresa”.

1. Planteamiento legislativo: una subespecie de la sociedad limitada.

En realidad, la figura que nos ocupa no es un tipo más de sociedad, susceptible de añadirse al elenco contenido en el artículo 122 C. de c. Como se indica en la Exposición de motivos, en lo que atañe “al régimen jurídico de la Nueva Empresa, debe partirse de una expresión simplificada de la Sociedad de Responsabilidad limitada”; por su parte, el (nuevo) artículo 130 LSRL dispone, en la misma línea, que “la Sociedad Nueva Empresa se regula por el presente capítulo como especialidad de la Sociedad de responsabilidad limitada”. A la vista de esta delimitación como entidad “simplificada” o “especializada” respecto del tronco constituido por la sociedad de responsabilidad limitada, ha de confirmarse, por tanto, el hecho de que no se añade un nuevo tipo al Derecho español de sociedades, sino que, más bien, se enriquece la tipología existente con una subespecie de una figura ya conocida. Esta orientación se confirma plenamente en la ley a la hora de establecer las líneas maestras de su régimen jurídico. En tal sentido, la propia Exposición de motivos nos indica el carácter “compuesto” de dicho régimen jurídico que vendrá integrado, en consecuencia, por las disposiciones singulares ahora adoptadas, y que

añaden un nuevo capítulo (el XII) a la vigente LSRL, así como por las normas contenidas en esta última.

2. *Un pequeño apunte de Derecho comparado.*

El planteamiento del legislador español de configurar una subespecie de un tipo societario ya regulado no constituye una gran novedad en el reciente panorama del Derecho europeo de sociedades. Así, cabe registrar fenómenos parecidos en Francia y en Alemania durante la primera mitad de la década de los noventa, si bien orientados, en lo esencial, hacia finalidades diferentes. Con la creación de la “sociedad anónima simplificada” en el Derecho francés (11) y la “pequeña sociedad por acciones” en el ordenamiento alemán (12), se pretendía, básicamente, flexibilizar la naturaleza de las normas societarias de ambos países referidas a dicho tipo, caracterizadas por su naturaleza esencialmente imperativa (13). Mediante la configuración de ambas modalidades de sociedad anónima, se intentaba dar mayor relieve a la autonomía de la voluntad de los socios con la finalidad de competir más adecuadamente en el “mercado” societario, atrayendo la inversión extranjera y haciendo más idónea la forma de la anónima para empresas cerradas y de dimensión no necesariamente grande. Como hemos tenido ocasión de ver, la figura de la “sociedad limitada nueva empresa” coincide con estos ejemplos foráneos en el modo de insertarse en la estructura del Derecho de socieda-

(11) Mediante ley de 3 de enero de 1994. Un balance sintético de la figura en GUYON, Y., *Droit des affaires. Tome 1: Droit commercial général et Sociétés*, 8.ª ed., París, 1994, pp. 487 y ss.; entre nosotros, ESTEBAN VELASCO, G., “La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación a la desregulación y contractualización del Derecho de sociedades de capital”, *RdS*, 1994, pp. 431 y ss. Más recientemente, SALGADO SALGADO, M.ª B., “La société par actions simplifiée: la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés”, *RDM*, 241 (2001), pp. 1515 y ss.

(12) Mediante ley de 2 de agosto de 1994. Al respecto, LUTTER, M., *Das neue “Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts”*, *Die AG*, 1994, pp. 429 y ss.; más extensamente, SEIBERT, U./KÖSTER, B./KIEM, R., *Die kleine AG*, 3.ª ed., Köln, 1996. Entre nosotros, véanse ESCRIBANO GÁMIR, R., “La ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y de desregulación del Derecho de sociedades por acciones”, *RdS*, 1994, pp. 451 y ss., y MIQUEL, J., “La reforma de la ley alemana de sociedades anónimas”, *RJC*, 2 (1995), pp. 205 y ss.

(13) Detrás de todo ello está la idea de “desregulación”, tan usual dentro del Derecho de sociedades de los años noventa, que conduce a la sustitución de las normas imperativas por otras de carácter dispositivo. Sobre la cuestión, GUYON, Y., *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5.ª ed., París, 2002, pp. 20 y ss.; también SPINDLER, G., *Deregulierung des Aktienrechts?* *Die AG*, 1998, p. 54. Con alusiones a las normas francesas y alemanas mencionadas en el texto, PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las “joint ventures”*, Valencia, 2002, pp. 429 y ss. En general, sobre la naturaleza jurídica de las normas del Derecho de sociedades, CHEFFINS, B., *Company Law. Theory, Structure and Operation*, Oxford, 2000, pp. 216 y ss.

des, pero se separa claramente de ellos en cuanto al tipo elegido (la limitada) para segregar una forma simplificada, en las finalidades de política jurídica pretendidas y en el modo de conectarlas con la realidad empresarial, así como, por último, en la manera de entender el protagonismo de la autonomía de la voluntad con motivo de su constitución y funcionamiento.

Estos elementos diferenciadores con los ejemplos francés y alemán mencionados merecen, tal vez, una cierta reflexión. Por lo que se refiere al tipo societario elegido, no habría, en principio, demasiadas observaciones que hacer, a la vista de la autonomía de que ha de disfrutar el legislador para llevar a cabo la adaptación del ordenamiento jurídico a las necesidades de cada momento. Cabe observar que el tipo elegido en Francia y en Alemania es el de la sociedad anónima, cuya difusión y relieve empresarial en ambos países es, ciertamente, distinto: la sociedad anónima es una figura polivalente en la práctica empresarial francesa, si bien, desde el punto de vista cuantitativo, su difusión es inferior a la de la sociedad de responsabilidad limitada (14); la sociedad por acciones alemana, en cambio, es la forma jurídica idónea para empresas abiertas, sin aparente posibilidad de dar cobertura a empresa de dimensión reducida, y disfruta, por ello, de una difusión más bien discreta en el panorama empresarial de Alemania frente al protagonismo dominante de la sociedad limitada (15). Ambos tipos coinciden, no obstante, en la naturaleza de sus normas reguladoras, básicamente imperativa, con mayor intensidad, si cabe, en el caso alemán (16). A la vista de estas ideas, se entenderá con claridad el intento de “abrir” la forma jurídica regulada, desde un criterio simplificador, a otras iniciativas empresariales, permitiendo un más amplio campo de aplicación a la libertad contractual.

Este planteamiento de “especialización tipológica”, cabría decir, observado en los ordenamientos francés y alemán, no ha tenido continuidad en Europa, dentro de lo que nos es posible conocer. De hecho, la muy reciente reforma del Derecho de sociedades en Italia, aprobada por De-

(14) En 1986 se constituyeron en Francia 125.000 sociedades anónimas frente a 400.000 limitadas (GUYON, Y., *Droit des affaires*, cit., p. 499). En 1999 se constituyeron 164.462 anónimas (de las cuales 2.398 simplificadas) frente a 789.890 limitadas (SALGADO SALGADO, M.ª B., “La société par actions simplifiée...”, cit., p. 1517, nota 6). Sin que la anónima quede relegada en Francia al papel de dar cobertura jurídica a la gran empresa, se reduce notoriamente su importancia cuantitativa frente a la limitada.

(15) Al respecto, KÜBLER, F., *Derecho de sociedades*, 5.ª ed. (trad. esp. Michèle Klein), Madrid, 2001, pp. 276 y ss. Señala el autor que las anónimas en Alemania no superan el número de 3.000.

(16) Sobre este asunto, HIRTE, H., *Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit*, en LUTTER, M./WIEDEMANN, H. (eds.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 61 y ss.

creto Legislativo de 17 de enero de 2003, se mantiene en el cauce clásico de la “estabilidad tipológica”. Las numerosas reformas contenidas en dicho texto normativo se trasladan al *Codice civile* sin alterar sustancialmente la delimitación de tipos tradicional en Italia. Otra orientación parece advertirse en el Derecho de sociedades de Estados Unidos, donde a su particular modo de entender este sector del ordenamiento se ha venido a añadir en años recientes una cierta importación del modelo alemán de sociedad de responsabilidad limitada, bajo la vestidura jurídica, allí denominada, de *limited liability company* (17). Se ha incrementado, de este modo, el interés doctrinal por el estudio de dicha modalidad de sociedad “cerrada”, rompiendo un tanto la tendencia mayoritaria a concentrar la atención en la forma jurídica de la sociedad “abierta” (18).

3. Algunas paradojas de la opción del legislador español.

a) *La escasa justificación de la “sociedad limitada nueva empresa” como subespecie de la sociedad limitada.*

En el Derecho español se ha optado por seguir el planteamiento de la “especialización tipológica”, configurando una modalidad de sociedad limitada como instrumento jurídico al servicio de las PYMES, esencialmente, sin hacerse particular cuestión en torno al relieve, en su seno, de la autonomía de la voluntad. El hecho de modular el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada con vistas a la reseñada finalidad de política jurídica parece, en principio, adecuado, a la vista de que ese tipo es el prevalente en nuestra realidad societaria, por ser el destino habitual de las empresas de menor dimensión. Aunque no faltan sociedades anónimas que, de hecho, son titulares de auténticas PYMES, es lo cierto que las reformas legales llevadas a cabo entre nosotros en los últimos años han desplazado a dicho tipo social a un ámbito empresarial sensiblemente distinto y, desde luego, más reducido (19).

(17) Véanse, en tal sentido, las consideraciones de LUTTER, M., *Limited Liability Companies and Private Companies*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XIII, 2.º, Tübingen, 1998, pp. 176-181.

(18) La bibliografía al respecto es ya amplia. Algunas referencias recientes pueden verse en el “Symposium: unincorporated business entities”, publicado en *The Journal of Corporation Law*, 4 (2001) y, dentro de él, las indicaciones de McCAHERY, J. A., *Comparative perspectives on the evolution of the unincorporated firm: an introduction*, pp. 803 y ss., con amplia bibliografía.

(19) Sin perjuicio de las diferencias legales y de práctica empresarial, la situación española en el tema que nos ocupa se encuentra muy cercana, de hecho, a la que se observa en Alemania. Para la evolución de las cifras de constitución de sociedades entre nosotros, véase, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 24 ed., I, Madrid, 2002, pp. 231-232.

En cualquier caso, sorprende que el legislador haya optado por crear una subespecie de la sociedad limitada en vez de modificar su régimen jurídico en aquellos aspectos necesitados de reforma, por resultar, quizá, inadecuados para las necesidades específicas de las pequeñas y medianas empresas. Y esta sorpresa encuentra mayor fundamento en que la reforma abordada no constata la existencia de particulares defectos en la regulación de la LSRL y en su puesta en práctica, desde la finalidad que se pretende alcanzar con la “sociedad limitada nueva empresa”. Presupuesto de una normativa como la que analizamos ha de ser, a nuestro juicio, el deficiente funcionamiento de las instituciones tradicionalmente destinadas a satisfacer dicha finalidad. Nada de eso se indica en la Exposición de motivos y sólo se alude a la necesidad de mejorar y simplificar las condiciones necesarias para la creación de empresas, con particular relieve para las de menor dimensión.

Como ya se ha indicado más arriba (20), no es del todo seguro que los propósitos aludidos puedan realizarse plenamente mediante la creación de la “sociedad limitada nueva empresa”, como subespecie de la sociedad de responsabilidad limitada. De identificarse algunos defectos en la regulación de esta última, hubiera resultado lógico resolverlos mediante la oportuna modificación legislativa, dejando a la sociedad de responsabilidad limitada como forma jurídica básica para las pequeñas y medianas empresas. Esta proposición no es, desde luego, un *desideratum* intelectual o un argumento *a priori*, sin contraste práctico; parece suficientemente sólido el favor de nuestros medios empresariales por la sociedad limitada, según se deduce de su abrumador predominio cuantitativo. A tal éxito no son ajenas la rigidez y la complejidad de la regulación de la anónima (21), así como –por qué no decirlo– una cierta “desafección” psicológica por este tipo, tradicionalmente prevalente y polivalente en nuestra práctica societaria (22). Sin entrar en el mayor o menor acierto de estas valoraciones, ha de afirmarse sin género de duda que la sociedad limitada es hoy la sociedad habitualmente elegida por los emprendedores, que encuentran en ella, por lo general, una estructura organizativa razonablemente adaptada a sus necesidades, sólo necesitada de algunas reformas puntuales para alcanzar plena efectividad (23).

(20) Véase *supra* II, B).

(21) Para el estudio de su régimen jurídico, véase, entre otros, ARROYO, I./EMBED, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Madrid, 2001.

(22) Al respecto, MENÉNDEZ, A. (dir.) *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992.

(23) La bibliografía sobre la sociedad limitada es, ciertamente, muy amplia. Como exposiciones de conjunto cabe considerar, entre otras, las siguientes: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./GARCÍA VILLAVEDE, R./FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., ALONSO UREBA, A./VELASCO SAN PEDRO,

Tales reformas bien podían haber sido abordadas, como objeto único, por la ley que ahora nos ocupa. No ha sido así, y al introducir una figura nueva en el ámbito de dicho tipo social puede producirse, en los primeros momentos de su vigencia, una cierta confusión entre los emprendedores, que necesitarán un adecuado asesoramiento técnico para decidir si les resulta más conveniente la sociedad limitada “general” o la “sociedad limitada nueva empresa”. Esta opción, desde luego, no es irrelevante, si bien, con acierto, el legislador no “ha roto los puentes” entre la forma “general” y la que, por abreviar, podríamos denominar “simplificada”; de tal modo, el artículo (nuevo) 144 LSRL permite a esta última continuar sus operaciones bajo la modalidad “general” mediante una adaptación estatutaria que se podrá acordar sin los requisitos usuales de la modificación de estatutos. Dicha posibilidad es mencionada, asimismo, en el artículo (nuevo) 140, 2.º, LSRL, con ocasión de un aumento del capital que supere el límite máximo establecido en el artículo (nuevo) 135, 1.º, LSRL. En un caso concreto, sin embargo, ese tránsito de la forma “simplificada” a la “general” no es voluntario, sino forzoso; se trata del supuesto contemplado en el artículo (nuevo) 136, 3.º, LSRL, como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales a personas jurídicas.

Conviene advertir, en este momento, que sólo es posible el paso de la “sociedad limitada nueva empresa” a la sociedad de responsabilidad limitada, y no al revés. No estamos, por tanto, ante una posibilidad bilateral (24), sino más bien ante un camino de un solo sentido; es la forma “simplificada” únicamente la que puede modificarse para pasar a ser un ejemplo más de sociedad limitada “general”. A la “sociedad limitada nueva empresa” sólo se puede acceder, en consecuencia, por vía de elección voluntaria de dicha modalidad, mediante el oportuno proceso fundacional, tal y como ahora se regula. No cabe, aunque sea lógico, que una sociedad limitada “general” se convierta en la modalidad “simplificada” por vía de una adaptación estatutaria, ni tampoco –lo que resultaría absurdo– por vía de transformación. Y si bien se regula la transformación de la “sociedad limitada nueva empresa” en todos los tipos sociales respecto de los que se admite, asimismo, la transformación de la limitada “general”

L./ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, GARRIDO DE PALMA, V. (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, vol. I (Madrid, 1996), vol. II (Madrid, 1998), ARROYO, I./EMBIID, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997, NIETO CAROL, U. (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, BERCOVITZ, A. (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Pamplona, 1998.

(24) Como sucede en el Derecho inglés en la relación entre *public* y *private company*. Para la delimitación de esta última, dentro del panorama del Derecho comparado, LUTTER, M., *Limited Liability Companies and Private Companies*, cit., *passim*.

(art. [nuevo] 143 LSRL) (25), lo que, a nuestro juicio, no resulta necesario, nada se dice de la proposición inversa, circunstancia ésta que, dado lo que se acaba de indicar, resulta, cuando menos, llamativo. A su tenor podría, quizá, pensarse que la “sociedad limitada nueva empresa” es, en el pensamiento del legislador, una extraña fortaleza jurídica a la que se puede acceder, y de cuyos beneficios cabe disfrutar, sólo por la concreta elección de dicha subespecie de sociedad de responsabilidad limitada. Bien miradas las cosas, sin embargo, esta conclusión resultaría equivocada, pues la regulación específica de la “sociedad limitada nueva empresa” ha de integrarse con la establecida, de manera general, para la sociedad limitada, y también, por lo tanto, con las normas relativas a la transformación de esta última, que han de afectar sin duda a aquélla (26).

b) *El papel reducido de la autonomía de la voluntad.*

En cualquier caso, según acontece usualmente en el Derecho de sociedades, es recomendable decidir con cuidado la opción por el tipo societario o, más propiamente y como sucede ahora, por la modalidad concreta del tipo que se desee adoptar. La razón de este especial cuidado reside, como es bien sabido, en la necesidad de encontrar la estructura jurídica adecuada para el proyecto empresarial pretendido, lo que dependerá, por un lado, de las particulares características de éste y, por otro, de la naturaleza y efectos del régimen jurídico de cada tipo societario (27). Una nota relevante de esta última vertiente viene constituida por el espacio reconocido a la libertad contractual de los socios, mayor en las sociedades cerradas, como la limitada, y menor en las sociedades abiertas, constituidas regularmente bajo forma de sociedad anónima (28).

Ese mayor juego de la autonomía de la voluntad en la sociedad de responsabilidad limitada ha de entenderse operativo, al menos en teoría, en la “sociedad limitada nueva empresa”. Y, al mismo tiempo, también servirán para esta última los límites a que viene sometida aquélla, de acuerdo con los términos que se contienen en el artículo 12, 3.º, LSRL (29). Adviértase, no obstante, que, además de las leyes y los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, la figura que ahora

(25) Véase *infra* III, C), g).

(26) Véase, en tal sentido, *infra* III, C) g).

(27) Al respecto, véanse, en el marco del Derecho francés, las consideraciones de GUYON, Y., *Les sociétés*, cit., pp. 25 y ss.

(28) Sobre la contraposición entre autonomía de la voluntad e intervención estatal en el marco del Derecho de sociedades, CHEFFINS, B., *Company Law*, cit., pp. 126 y ss.

(29) Cfr. CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R., “Comentario a los artículos 12 y 13”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabi-*

examinamos se ve sometida –o, mejor, los pactos o condiciones que se inserten en la escritura social– a la normativa específica que para ella se dispone. No de otra forma cabe interpretar lo que establece el artículo (nuevo) 134, 1.º, LSRL, a cuyo tenor “en la escritura de constitución se podrán incluir los pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente, siempre que no contravengan lo prevenido en este capítulo”.

Prescindiendo, ahora, de esta relevante cuestión, el enunciado del precepto que acabamos de transcribir permite entender, además, que el legislador presupone, como regla general, la naturaleza imperativa del régimen previsto para la “sociedad limitada nueva empresa”, sin perjuicio, claro está, de aquellos preceptos expresamente enunciados como dispositivos. Se altera, de este modo, una opinión ampliamente difundida entre nosotros que otorgaba, en principio, naturaleza dispositiva a las normas reguladoras de la sociedad de responsabilidad limitada, salvo que otra cosa se dedujera de su particular contenido (30). Cabe señalar, por ello, que el legislador ha reducido de manera injustificada el margen de la libertad contractual, tanto en sede de constitución como en punto a su organización y régimen interno. Las escasas normas dictadas para perfilar su régimen particular adolecen de un estilo reglamentarista, con poco espacio para el establecimiento de soluciones concretas en función de los intereses de cada empresa que recurra a la modalidad que nos ocupa. Quizá el afán de promulgar unas reglas suficientemente idóneas para la “sociedad limitada nueva empresa” ha relegado a un segundo plano el juego de la libertad contractual. Hubiera sido bueno encontrar un camino único en el que poder conjugar la idea de simplificación –verdadero *leit motiv* de la figura– con la necesaria flexibilidad de su régimen, presente ya en los postulados básicos de la LSRL.

C) Aspectos concretos del régimen jurídico de la “sociedad limitada nueva empresa”.

a) *Premisa.*

Pretendemos repasar, en este momento, las normas dedicadas por el legislador a la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa” desde

idad limitada, cit., pp. 126 y ss., especialmente 179-186. Si bien referido a la sociedad anónima, tiene interés la lectura de DUQUE, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en ALONSO UREBA, A./DUQUE DOMÍNGUEZ, J./ESTEBAN VELASCO, G./GARCÍA VILLAVERDE, R./SÁNCHEZ CALERO, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, Madrid, 1991, pp. 91 y ss.

(30) En este sentido, EMBID, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Libertad de configuración estatutaria*, cit., p. 22.

la perspectiva estricta del Derecho de sociedades. No es posible, dentro de un trabajo de estas características, analizar cumplidamente todos y cada uno de los numerosos problemas que dicha figura es susceptible de ocasionar. Quizá uno de los asuntos que cabe considerar permanente es el de la relación entre la sociedad limitada “general” y la “simplificada” o, más exactamente, la integración de sus respectivos regímenes a la hora de perfilar la disciplina jurídica de esta última. En ese estudio, como se verá, surge de continuo la duda sobre la adecuación de las instituciones elaboradas específicamente para la “sociedad limitada nueva empresa”, sobre su posible generalización a la sociedad limitada “general” y, en última instancia, sobre el verdadero papel que aquélla puede desempeñar en el panorama empresarial de nuestro país. Dicho de otra forma, el análisis de la disciplina societaria de la “sociedad limitada nueva empresa” actualiza y concreta las reflexiones anteriormente expuestas alrededor del sentido y fin de la figura (31).

b) Caracteres generales y constitución.

a') Identificación de la figura.

Aunque quizá no sea una cuestión trascendental, no parece acertada la denominación establecida para designar a la figura regulada. Incluir en la denominación social la fórmula “nueva empresa” resulta, cuando menos, llamativo y pone más énfasis del debido en la caracterización de un singular agente en el mercado. Es cierto que el legislador ha querido distinguir esta subespecie de la sociedad limitada con un particular tratamiento y con notas específicas; pero estos fines, sin duda legítimos, no requerían, a nuestro juicio, una forma de designar a la sociedad susceptible de evocar, en cierto modo, el fantasma de la discriminación –cuando menos, nominal– por parte de otros agentes económicos del mercado. Como ya indicamos más arriba (32), el calificativo de “simplificada”, además de cuadrar bien con la teleología de la norma, serviría para sintetizar con suficiente claridad las particularidades de la nueva figura ahora regulada.

Con independencia, en cualquier caso, del calificativo elegido, es un acierto indiscutible establecer una forma de denominación que resulte inequívoca, mediante la inclusión de un código alfanumérico al lado de “los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores” (art. [nuevo] 131, 1.º, LSRL). Para instrumentar adecuadamente este sis-

(31) Véase *supra* II.

(32) Véase *supra* III, B) 3, a).

tema, se crea, al efecto, una subsección especial de la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil central (art. [nuevo] 131, 4.º, LSRL). Es de suponer que, a través de este procedimiento, se agilice la constitución de la “sociedad limitada nueva empresa”, evitándose además los abundantes conflictos derivados de las confusiones, posibles o reales, entre denominaciones sociales o entre éstas y los signos distintivos (33).

b') Número de fundadores.

Para constituir la “sociedad limitada nueva empresa” no se alteran las reglas generales en sede de sociedad limitada en punto al número mínimo de fundadores. Cabe, por ello, su fundación por un solo sujeto o por varios que, eso sí, habrán de ser personas físicas necesariamente (art. [nuevo] 133, 1.º, LSRL). A diferencia de lo que cabe deducir del régimen general de la sociedad limitada unipersonal, no cabe en esta sede que se pueda ser socio único de más de una “sociedad limitada nueva empresa”, ya sea por vía de constitución directa o por adquisición de participaciones (art. [nuevo] 133, 2.º, LSRL). Se fija, no obstante, el número máximo de fundadores en cinco personas, sin perjuicio de que con motivo del ulterior desenvolvimiento de la vida social pueda superarse ese número, sobre todo a través de la transmisión de participaciones sociales (art. [nuevo] 136, 2.º, LSRL). El requisito que, sin embargo, no se puede obviar es el de que de los socios sean personas físicas; si también por vía de transmisión de participaciones sociales se integra en la “sociedad limitada nueva empresa” alguna persona jurídica, con independencia de su diversa naturaleza jurídica, deberán enajenarse dichas participaciones a personas físicas en el plazo de tres meses. De lo contrario, como ya advertimos, quedará aquélla sometida *ministerio legis* a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada (art. [nuevo] 136, 3.º, LSRL).

En términos generales, los datos expuestos en torno a los fundadores de la “sociedad limitada nueva empresa” sugieren que nos encontramos, en principio, ante una forma jurídica pensada para empresas de reducidas dimensiones, donde se pretende que primen las relaciones personales y de confianza entre los socios. Así lo confirman, en particular, la exclusión de las personas jurídicas del círculo de socios, las limitaciones impuestas a la situación de unipersonalidad y la fijación de un número máximo de socios fundadores. Se trata, en los tres casos, de requisitos

(33) Sobre este asunto, MIRANDA SERRANO, L. M., *Denominación social y nombre comercial*, Madrid, 1997; del mismo autor, “¿Hacia una consideración normativa interdisciplinar del Derecho de las denominaciones sociales y el Derecho de los signos distintivos de la empresa?” en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, I, cit., pp. 331 y ss.

esencialmente nuevos en nuestra tradición jurídica, con la excepción parcial del último de ellos. Como se recordará, en la LSRL de 1953 (art. 1) se fijaba en cincuenta el número máximo de socios (34), habiéndose suprimido tal extremo en la vigente LSRL. Cabe apreciar, no obstante, alguna diferencia con el caso que ahora nos ocupa, pues en aquélla el número máximo de socios había de respetarse desde la fundación hasta la extinción de la sociedad; en la “sociedad limitada nueva empresa”, en cambio, se trata de un número sólo vinculante en sede de fundación, susceptible de incremento, únicamente, por vía de transmisión de participaciones. No sería posible, a nuestro juicio, que se elevara el número de socios a través, por ejemplo, de la asunción de participaciones sociales con motivo de un aumento de capital. En todo caso, la regla establecida no parece demasiado acertada, además de ser compatible, en principio, con iniciativas empresariales muy diversas, así como con relaciones personales de diferente significado, rompiéndose, de este modo, la unidad del propósito legislativo.

c) *Proceso de fundación y libertad contractual.*

También en sede de constitución de la “sociedad limitada nueva empresa” es oportuno referirse, si bien brevemente, al trámite fundacional al hilo de la extensa y minuciosa disciplina contenida en el artículo (nuevo) 134 LSRL. No cabe reseñar aquí todos los detalles del procedimiento contemplado en la norma ni analizar los aspectos de la intervención en él de los fedatarios públicos, materia esta última que ha de quedar reservada a otros participantes en las Jornadas. Como rasgos generales, pueden destacarse, no obstante, el ya reseñado “automatismo” del *iter* fundacional, desde el punto de vista de sus formalidades constitutivas. El propósito de simplificación normativa ha traído consigo, en este plano, la reducción del tiempo disponible, con especial incidencia, particularmente, en las competencias de análisis y calificación jurídica de notarios y registradores mercantiles sobre las características concretas de la “sociedad limitada nueva empresa” susceptible de constitución y posterior inscripción en el Registro Mercantil. Se desplaza sobre ambos fedatarios, y sobre su adecuada comunicación, la labor esencial en punto a la rápida y eficaz constitución de la figura. Entre otros efectos, cabe suponer que esta veloz tramitación traerá consigo la pérdida de relieve de los supuestos de sociedad en formación, sobre todo, y de sociedad irregular, am-

(34) Al respecto, puede consultarse la obra de CARLON, L., “Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, XXIII, Madrid, 1984, pp. 49-51.

bos pertinentes en sede de sociedad de responsabilidad limitada (art. 11, 3.º, LSRL) y, por ello mismo, también aquí, al menos en teoría (35).

Por lo que se refiere a la calificación del registrador, más concretamente, se pone de manifiesto, una vez más, la significativa restricción de la autonomía de la voluntad operada por el “automatismo” y brevedad del proceso fundacional. No se niega, obviamente, ese deber de calificación ni se impide –sería absurdo– que el registrador pueda llegar a calificar negativamente el título presentado; pero si se hiciera uso de los estatutos que, de modo orientativo, aprobará el Ministerio de Justicia (disposición adicional décima de la ley), “el registrador mercantil deberá calificar e inscribir, en su caso, la escritura de constitución en el plazo máximo de veinticuatro horas, contado a partir del momento del asiento de presentación o, si tuviere defectos subsanables, desde el momento de presentación de los documentos de subsanación” (art. [nuevo] 134, 6.º, LSRL). Está claro, por tanto, que hay calificación registral siempre que se funde una “sociedad limitada nueva empresa”; pero el uso de los estatutos estandarizados reduce al mínimo el tiempo disponible para la misma, convirtiéndolo, de hecho, en un control de regularidad formal y aparente, más que de contenido.

Pero el que los estatutos de cada “sociedad limitada nueva empresa” que se constituya terminen convirtiéndose en la reproducción de un formulario, no quiere decir que la libertad contractual de sus socios no pueda encontrar espacios adecuados para expresarse. Es bien sabido el relieve que los pactos parasociales tienen en la genérica realidad societaria y también en la de nuestro país (36) como fórmula idónea para expresar la “constitución real” de la sociedad frente a su “constitución formal”, que se plasmaría en los estatutos inscritos en el Registro mercantil (37). Su uso en la práctica es, ciertamente, notable, lo que no ha conducido, sin embargo, a que el legislador se ocupe de ellos con detalle, al margen,

(35) De la muy amplia bibliografía existente sobre estas cuestiones, cabe remitir al lector a los trabajos de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *La sociedad de capital en formación*, Madrid, 1996, y FARIAS BATLLE, M., *La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales*, Granada, 2001.

(36) Entre nosotros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., voz “Pacto parasocial”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 4712 y ss., PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la Junta general de la sociedad anónima*, Valencia, 1996. De gran interés, en el marco del Derecho francés, GUYON, Y., *Les sociétés*, cit., pp. 315 y ss.

(37) Sobre estos calificativos, ROJO, A., “La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y técnica legislativas”, en AA.VV., *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, y MASSAGUER, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *RGD*, 603 (1994), p. 12961. Aunque emitidas estas opiniones en el marco de la sociedad limitada, serían trasladables, en buena medida, al supuesto de la sociedad anónima.

claro está, de su inoponibilidad frente a la sociedad a la que se refieran (art. 11, 2.º, LSRL; art. 7, 1.º, *in fine* LSA). Sólo en sede de sociedades cotizadas encontramos alguna referencia a su necesaria publicidad (38) y, más recientemente, la Propuesta de Código de sociedades mercantiles establece una detallada regulación al respecto (arts. 371-375), también referida, exclusivamente, a las sociedades cotizadas (39). En todo caso, no sería extraño que, cumplido el trámite estatutario respecto de la “sociedad limitada nueva empresa” –y nunca mejor empleada la palabra trámite–, se concluyeran entre sus socios algunos pactos relativos, lógicamente, a su papel en dicha sociedad, al ejercicio del derecho de voto, a su comportamiento futuro, etc., en la línea de lo que es usual dentro de la rica práctica de los pactos parasociales.

Por lo que al objeto social se refiere (art. [nuevo] 132 LSRL), encontramos, inicialmente, una aparente restricción que, en realidad, no es tal. El párrafo 1.º del citado precepto indica una serie de actividades que, en su totalidad o en parte, constituyen el objeto propio de la “sociedad limitada nueva empresa”. Tales actividades, se ejerzan por la entidad o no, se transcribirán literalmente en los estatutos de acuerdo con la enumeración del artículo (nuevo) 132, 1.º, LSRL. La amplitud de la formulación utilizada hace dudar de que nos encontremos ante un objeto limitado, como cabría, a primera vista, pensar. Que ese objeto pueda ser “industrial, comercial o de servicios”, además de las restantes menciones contenidas en la norma, permite dudar fundadamente del citado planteamiento. Pero, por si no pareciera suficiente la enumeración legal, el artículo (nuevo) 132, 2.º, LSRL permite incluir en el objeto social estatutario “cualquier actividad singular distinta de las anteriores” (40); si esa inclusión diera lugar a una calificación negativa por el registrador mercantil –consecuencia, a primera vista, sorprendente–, “no se paralizará su inscripción, que se practicará sin la actividad singular en cuestión” (41). De nuevo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los socios en el marco estatutario, posible, según los términos de la ley, respecto del objeto social, viene some-

(38) Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa*, cit., pp. 159 y ss.

(39) La tendencia a dar publicidad a los pactos parasociales respecto de las sociedades “abiertas” se recoge en la reciente reforma del Derecho de sociedades en Italia, aprobada por Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, que introduce los artículos 2.341 bis y ter en el *Codice civile*.

(40) Una de tales actividades podría ser, quizá, la minera, no enumerada expresamente en el precepto. Adviértase que la agricultura y la ganadería, tradicionalmente ajenas al Derecho mercantil, se conectan con dicha disciplina, sin perder su verdadero carácter, al ser objeto de una entidad, como la que nos ocupa, que es mercantil por razón de la forma (art. 3 LSRL).

(41) Dicha inscripción se practicará “en la forma y plazos establecidos en el artículo 134, siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad a ella” (art. [nuevo] 132, 2.º, *in fine*).

tido a una cierta “penalización”, justificada, en este caso, a través de la celeridad que se quiere imprimir al proceso fundacional de la “sociedad limitada nueva empresa”.

A la vista de la disciplina aprobada en esta materia, cabe concluir que nos encontramos ante un objeto social complejo o plural (42), lo que confirma el propio artículo (nuevo) 132, 3.º, LSRL al afirmar que en ningún caso podrán incluirse en el objeto social aquellas actividades “cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo” (43). En el caso de la “sociedad limitada nueva empresa”, la pluralidad del objeto viene establecida, no por los socios en ejercicio de su autonomía, sino por la propia ley, superándose, en cierto sentido, la tradicional temática en torno a la determinación o, mejor, indeterminación del objeto social (44). Por lo demás, el supuesto de una sociedad con objeto plural permite el tránsito de unas actividades a otras sin necesidad de modificación estatutaria; quedan, no obstante, sin considerar por el legislador los problemas, sobre todo de orden interno, que una circunstancia de ese tipo es susceptible de producir en la sociedad (45).

c) *Capital y participaciones.*

El artículo (nuevo) 135 LSRL dispone que “el capital social de la Sociedad Nueva Empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos euros”. Además de fijar un capital mínimo idéntico al de la sociedad limitada “general” –cosa seguramente innecesaria–, establece el precepto un capital máximo en la línea de la antigua LSRL de 1953 (art. 3), que, como se sabe, hablaba de una cifra de cincuenta millones de pesetas (46). Con ese modelo, asumido quizá de manera inconsciente, la “sociedad limitada nueva empresa” puede llegar a disponer de un capital social claramente superior al que, de

(42) Sobre este asunto, en términos generales, ILLESCAS, R., “La sociedad anónima de objeto plural”, en *AAMN*, XXXIV, 1995, pp. 109 y ss., cuyas conclusiones pueden trasladarse, sin demasiado problema, a nuestro caso. Sintéticamente, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pp. 80-85.

(43) Y tampoco las que exijan para su ejercicio la forma de sociedad anónima.

(44) Así, ILLESCAS, R., *La sociedad anónima de objeto plural*, cit., p. 121. En punto al tema de la determinación, véase SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, cit., pp. 68 y ss.

(45) Y que son, entre otros, los del órgano social que tiene la facultad de iniciar el desenvolvimiento de todas y cada una de las diversas actividades integradas en el objeto social; la preferencia cronológica con la que dicho desenvolvimiento ha de llevarse a cabo y la cuantía con la que los diversos recursos disponibles serán destinados al desempeño de unas y otras de las actividades diferenciadas constitutivas del objeto (son palabras textuales de ILLESCAS, R., *La sociedad anónima de objeto plural*, cit., pp. 126-127).

(46) Al respecto, CARLON, L., *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 58-59.

hecho, tengan numerosas sociedades anónimas. Respecto de éstas, como es sabido, el capital mínimo alcanza la suma de sesenta mil noventa y seis euros (art. 4), la cual, curiosamente, constituía también el capital máximo de la figura que nos ocupa en el proyecto de ley remitido por el Gobierno.

No es fácil adivinar las razones que están detrás de esa elevación, que se compadece mal con el reiterado propósito de que la “sociedad limitada nueva empresa” sea una forma jurídica idónea para empresas de reducida dimensión. Adviértase, en todo caso, que la dimensión, en cuanto a capital social se refiere, no puede ser inferior a la que es común a todas las sociedades de responsabilidad limitada. Y, en lo que atañe al capital máximo, podrá suceder en el futuro que existan ejemplos de “sociedad limitada nueva empresa” con una dotación de capital superior, desde luego, a muchas sociedades limitadas y mayor también que el de numerosas sociedades anónimas. Puestos a mantener la idea de la “reducida dimensión” de la figura que nos ocupa, hubiera sido conveniente volver al capital máximo establecido inicialmente en el proyecto del Gobierno, tal y como sugería una enmienda presentada en el Senado (47). De este modo, se justificaría mejor, si bien no totalmente, la simplificación contable a la que se refiere la disposición adicional duodécima, en punto a los modelos de cuentas anuales.

En todo caso, la integración del capital social mínimo (48) habrá de hacerse exclusivamente mediante aportaciones dinerarias (art. [nuevo] 135, 2.º, LSRL) que, al igual que sucede en la sociedad limitada “general”, serán desembolsadas en su totalidad. No se explica el porqué de limitar las aportaciones al capital mínimo a la “sociedad limitada nueva empresa” a las de carácter dinerario, a no ser, de nuevo, el propósito de acelerar al máximo el proceso fundacional y disponer de una base patrimonial, aunque reducida, desde el momento mismo de la constitución. Tal y como aparece formulado el precepto, no es fácil resolver la duda de si el carácter dinerario de las aportaciones sólo se requiere para la integración de la cifra mínima de capital o si se impone con carácter genérico, cualquiera sea la cifra de capital que se elija. El tenor literal de la norma no resulta claro a este respecto, si bien, del propósito de automatizar el proceso constitutivo, cabría deducir una interpretación favorable a las aportaciones dinerarias como las únicas posibles. De esta manera, se evitarían, desde luego, los problemas de valoración de las aportaciones *in natura*, las cuales, como es sabido, no han de someterse en el régimen general

(47) En concreto, la enmienda número 6 del Grupo Parlamentario Socialista.

(48) Aunque la ley dice, erróneamente, “la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada por aportaciones dinerarias”, la integración del capital habrá de producirse en todo caso, se elija o no la cifra mínima establecida por la ley.

de la LSRL a la supervisión de los expertos independientes. Del mismo modo, se obviarían los problemas de responsabilidad por la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias a los que se refiere el artículo 21 LSRL (49).

Ya hemos hecho referencia más arriba a algunas reglas específicas en materia de transmisión de participaciones sociales, mediante las cuales cabe ampliar el número inicial de cinco socios, y que vincula la adquisición de participaciones sociales a que el adquirente sea persona física. Si alguna persona jurídica termina adquiriendo alguna participación social, quedará la “sociedad limitada nueva empresa” sometida *ministerio legis* al régimen general de la LSRL, “sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse para ello el correspondiente acuerdo en los términos previstos en el artículo 144 de la presente ley” (art. [nuevo] 136, 3.º, LSRL).

En la línea de simplificación del régimen general de la sociedad limitada ha de entenderse lo dispuesto en el artículo (nuevo) 137 LSRL, que permite acreditar la condición de socio “mediante el documento público en el que se hubiese adquirido la misma”. Se prescinde, de este modo, del Libro-Registro de Socios que viene establecido, con carácter general, en el artículo 27 LSRL. En realidad, como se ha dicho entre nosotros (50), el Libro-Registro tiene una finalidad organizadora de las relaciones socio-sociedad, pero carece de eficacia legitimadora para el ejercicio de los derechos del socio, y tampoco tiene carácter constitutivo respecto de los mismos o del nacimiento de eventuales derechos reales y gravámenes registrados sobre las participaciones sociales. Por ello, y dado el sistema establecido en el artículo (nuevo) 137 LSRL sobre estas cuestiones, nos parece positiva la supresión del Libro-Registro.

d) Órganos.

No se altera la estructura orgánica básica de la LSRL, y sólo se contemplan algunos matices respecto del régimen general de la Junta y del

(49) Sobre dicha norma, BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R., “Comentario al artículo 21”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coord.), *Comentario a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 254 y ss. Sin embargo, de la intervención en las Jornadas de la Ilma. Sra. Directora general sobre PYMES, del Ministerio de Economía, se obtuvo la idea de que también caben las aportaciones no dinerarias, sobre todo –precisó– con motivo de un aumento de capital que pudiera hacerse con posterioridad a la constitución de la “sociedad limitada nueva empresa”. Esta interpretación “auténtica” no parece del todo congruente con el tenor literal de la ley y es susceptible de ocasionar numerosos problemas en los que no resulta posible entrar ahora.

(50) Cfr. ALONSO ESPINOSA, F. J., “Comentario al artículo 27”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 322-323.

órgano de administración. Respecto de aquélla, cuya supremacía sobre los administradores parece acentuarse, se matiza el sistema de convocatoria, introduciendo modalidades que hagan posible su conocimiento por el socio sin necesidad de recurrir al anuncio en el *BORME* y en la prensa diaria. Se cita expresamente, en tal sentido, el correo certificado con acuse de recibo y la comunicación telemática, de manera que, en ambos casos, se haga posible al socio el conocimiento de la convocatoria. No hay nada que objetar, tampoco, a esta modificación, que reduce el coste de la convocatoria sin afectar al derecho de los socios de conocer su contenido. No es seguro que esta reforma fuera necesaria y, mucho menos, que aparezca limitada formalmente a la “sociedad limitada nueva empresa”. Los procedimientos citados parecen convenientes para todas las sociedades limitadas e, incluso, para las sociedades anónimas cerradas; respecto de las primeras, no ha de hacerse mucho esfuerzo hermenéutico para encajar la convocatoria de la Junta por correo certificado con acuse de recibo en el contexto del vigente artículo 46, 2.º, LSRL. Quizá también sea posible postular dicha solución respecto de la comunicación electrónica, aunque esta interpretación pueda discutirse (51).

Por lo que se refiere al órgano administrativo, se suprime la posibilidad de constituir Consejo de Administración. Es verdad que esta forma no es muy usada en la limitada “general”, correspondiendo la primacía, en términos cuantitativos, al administrador único (52); en cualquier caso, desaparece el control sobre la administración por la vía de la impugnación de los acuerdos sociales del Consejo, tal y como regula el artículo 70 LSRL. Sea cual sea la forma de organizar la administración social, se requiere la condición de socio para desempeñar el cargo de administrador en una norma (art. [nuevo] 139, 3.º, LSRL) que parece imperativa. Quizá los estatutos puedan modular esa circunstancia estableciendo plazos más o menos amplios de disfrute de la condición de socio para poder ser nombrado eficazmente administrador.

Se alude expresamente a que el administrador “podrá ser un cargo retribuido en la forma y cuantía que decida la Junta general” (art. [nuevo] 139, 3.º, *in fine* LSRL). El enunciado de la norma no destruye la presunción de gratuidad que informa al régimen general de los administradores en la LSRL. Al decir “podrá” se está reconociendo, implícitamente, que el administrador de una “sociedad limitada nueva empresa” no es *per se* un

(51) No es posible entrar ahora en el importante asunto de las relaciones entre la realidad societaria e Internet; al respecto, FERNÁNDEZ DEL POZO, L./VICENT CHULIÁ, F., “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación”, *RDM*, 237 (2000), pp. 915 y ss.

(52) En el año 2000, el 48 por 100 de las sociedades limitadas optaban por el administrador único, frente al 13 por 100 que lo hacía por el Consejo de Administración (son porcentajes que tomamos de SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, cit., p. 512).

cargo retribuido. Para destruir esta presunción, sin embargo, no se requiere, aparentemente, que los estatutos establezcan un sistema retributivo específico. Bastará con que la Junta decida, sin mayores condicionamientos, la “forma y cuantía” de esa retribución. Se pretende, con ello, liberar a la Junta de un supuesto corsé estatutario en punto a la retribución de los administradores, si bien, a nuestro juicio, el acuerdo que se adopte, en su caso, habrá de moverse en el marco establecido por el artículo 66 LSRL, respetando, en particular, los derechos de los socios cuando aquélla se verifique por vía de participación en los beneficios (53).

Se confirma, asimismo, la duración indefinida del cargo de administrador, si bien la Junta general podrá, con posterioridad a la constitución de la sociedad, señalar un período determinado de duración (art. [nuevo] 139, 4.º, LSRL). La novedad frente al régimen general (art. 60, 1.º, LSRL) consiste, una vez más, en prescindir de posibles consideraciones estatutarias al respecto, entregando a la Junta general, aparentemente, la facultad de fijar temporalmente la duración del cargo de administrador (54). Cabe la duda, entonces, de si la norma excluye cualquier fórmula que no sea la competencia estricta de la Junta general en el tema que nos ocupa.

El párrafo 5.º del ya reseñado artículo (nuevo) 139 LSRL reproduce, en su primera parte, lo dispuesto en el artículo 68 LSRL en punto a la separación del administrador, sustituyendo dicho término por el de “remoción”. No era necesario, ciertamente, repetir para la “sociedad limitada nueva empresa” lo que ya le afecta por el hecho de constituir una subespecie de la sociedad limitada “general”. Es nuevo, en cambio, el impedir al socio afectado por dicha remoción el ejercicio de su derecho de voto en la Junta general que debatirá sobre dicho asunto; se amplía, de este modo, el elenco de supuestos de conflicto de intereses definido en el artículo 52 LSRL (55), siendo conveniente indicar que tal caso podría, sin problema alguno, extenderse a todas las sociedades limitadas, para lo que sería oportuna la modificación expresa de este último precepto.

(53) Sobre dicho precepto, EMBID IRUJO, J. M., “Comentario al artículo 66”, en ARROYO, I./EMBID, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 695 y ss.

(54) Véanse las consideraciones de MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario al artículo 60”, en ARROYO, I./EMBID, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 656 y ss.

(55) Esa ampliación expresa parecía necesaria, dado el criterio, casi unánime en nuestra doctrina, favorable a la interpretación estricta del citado precepto. Sobre el mismo, dentro de una amplia literatura, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia, 1999, y SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital (artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Pamplona, 2000.

e) *Modificación de estatutos.*

En este tema nos encontramos, de nuevo, con la restricción de la autonomía de la voluntad, repetidamente indicada, que informa la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa”. Así, el legislador ha reducido la posibilidad de modificar los estatutos a los exclusivos supuestos de la denominación, el domicilio y el capital, con la advertencia en este último caso de que se produzca en el marco definido por las cifras mínima y máxima. De no ser así, y si se aumenta el capital por encima de esta última cifra, el acuerdo de modificación deberá precisar, además, si se “opta por la transformación de la Sociedad Nueva Empresa en cualquier otro tipo social o si continúa sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, conforme a lo establecido en el artículo 144”. Parece innecesario advertir que, cuando proceda, la modificación de estatutos de la “sociedad limitada nueva empresa” se llevará a cabo en el marco de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes LSRL.

f) *Cuentas anuales.*

Con especial intensidad incide en el plano contable el propósito de simplificación que recorre toda la disciplina de la “sociedad limitada nueva empresa”. Se trata, no obstante, de un propósito simplificador no precisado plenamente y en el que se advierte una cierta mezcla de conceptos no necesariamente idénticos, como son contabilidad, cuentas anuales y registros contables. A todos ellos se hace alusión en el artículo (nuevo) 141 LSRL, que ha de ser completado con la disposición adicional duodécima, antes aludida, sobre modelos de cuentas anuales, a redactar, en su momento, por el Ministerio de Economía.

Al margen de la unificación de registros contables, medida sin duda acertada, la simplificación contable anunciada se hace depender, en el precepto citado, de una posterior norma reglamentaria, en la que habrá de precisarse, desde luego, si se trata de que la “sociedad limitada nueva empresa” pueda llevar su contabilidad, en el sentido que a dicho término dan los artículos 25 y siguientes C. de c., de una forma distinta al resto de los empresarios, o si se trata, más bien, de que sus cuentas anuales sean formuladas de modo más sencillo que el que, hasta ahora, es común a las sociedades de capital. Incluso cabría plantearse la posibilidad de que se tratara de ambas cosas a la vez, a lo que daría pie la utilización en el mismo precepto de los términos “contabilidad” y “cuentas anuales”. Sin perjuicio de lo que, *a posteriori*, pueda aclarar la norma reglamentaria prevista, nos parece más congruente con la finalidad de la regulación examinada el que se pretenda simplificar la formulación de las cuentas anua-

les. A esta interpretación también coadyuva lo establecido en la disposición adicional duodécima.

No obstante, parece conveniente exponer dos matices a la disciplina propuesta desde la perspectiva que, en punto a su interpretación, acabamos de indicar. La primera de ellas se refiere a la posibilidad misma de que el legislador español pueda relajar los requisitos sobre las cuentas anuales establecidos en la LSA (arts. 171 y ss.) para todas las sociedades de capital con motivo de la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa”. Téngase en cuenta que las citadas normas provienen de la cuarta directiva de la Unión europea en materia de sociedades y que, en principio, la figura que ahora examinamos estaría afectada por ellas al tratarse de una modalidad concreta de sociedad limitada y, por tanto, de sociedad de capital. El margen de maniobra de nuestro legislador es, por tal razón, necesariamente reducido; tal cosa no quiere decir, es obvio, que queden desatendidas las empresas de menor dimensión en punto a sus deberes de formular cuentas anuales. Como es sabido, desde la entrada en vigor de la LSA, se admite la rendición de cuentas simplificada [art. 181 LSA, para el balance, y art. 190 LSA, para la cuenta de pérdidas y ganancias (56)], lo que, por lo demás, exime a las sociedades afectadas de someter a auditoría sus cuentas anuales [art. 203, 2.º, LSA (57)].

El segundo matiz afecta, con independencia de lo que se decida respecto del argumento precedente, a que la simplificación contable se restrinja exclusivamente a la “sociedad limitada nueva empresa”. Podría aducirse a su favor el hecho de la “reducida dimensión” de las empresas, que, en principio, se acogerán a tal forma jurídica; se trata de un argumento deducido directamente de la disposición adicional duodécima, que no parece del todo lógico a la vista de que, con idéntico capital mínimo, la LSRL no permite relajación alguna de la disciplina de las cuentas anuales, salvo los matices antes vistos, a las empresas que opten por constituirse bajo el modelo “general” de sociedad limitada. Por otro lado, y como ya se advirtió, con la cifra de capital máximo establecida para la “sociedad limitada nueva empresa” no resulta del todo coherente sostener la idea de la “reducida dimensión” de las empresas organizadas con dicha forma jurídica.

(56) Sobre ambos preceptos, véanse los comentarios de MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., en ARROYO, I./EMBID, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, III, cit., pp. 1813-1822 y 1839-1852. Alrededor de la memoria abreviada, véase GALÁN CORONA, E., “Notas en torno a la memoria abreviada de las cuentas anuales”, en *Derecho de sociedades. Libro-Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, II, cit., pp. 2119 y ss.

(57) Cfr. GALÁN CORONA, E., “Comentario al artículo 203”, en ARROYO, I./EMBID, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, cit., pp. 1967-1968.

g) *Disolución y transformación.*

Además de las causas de disolución contempladas en el artículo 104 LSRL, se introducen dos causas específicas para la “sociedad limitada nueva empresa” en el artículo (nuevo) 142, 1.º, LSRL. Dejando al margen la enunciada en la letra b), dedicaremos algún comentario a la derivada de “pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social durante al menos seis meses, a no ser que se restablezca el patrimonio contable en dicho plazo”. Para empezar, resulta sorprendente esta nueva causa desde el punto de vista de su compatibilidad con la contenida en el artículo 104, 1, e), LSRL, también referida, como es bien sabido, a la disolución por pérdidas (58). Quizá la razón de ser de la nueva norma radique en el plazo de seis meses que, con carácter mínimo, se introduce a fin de constatar temporalmente la cuantía de las pérdidas señaladas. No obstante, la compatibilidad es dudosa y no parece lógico que la producción de pérdidas dé lugar a dos causas de disolución, a nuestro juicio sucesivas en el tiempo. A su vez, no es nada clara la idea de “restablecimiento” del patrimonio contable en dicho plazo, como circunstancia que serviría para enervar la causa de disolución, salvo que se interprete como aumento o reducción “en la medida suficiente”, tal y como se indica en el artículo 104, 1.º e), LSRL.

Por lo expuesto, entendemos carente de sentido la mencionada causa de disolución que, además de resultar contradictoria en el sistema de la LSRL, introduce un mayor rigor en el tratamiento de la “sociedad limitada nueva empresa” frente a la sociedad limitada “general”, contra lo que, a primera vista, cabría deducir de la “filosofía” de la ley. Se entiende, por ello, que alguna enmienda en el Senado intentara suprimirla (59).

No hay mucho que decir sobre la transformación contemplada en el artículo (nuevo) 143 LSRL. De un lado, es una norma incompleta, ya que sólo prevé la transformación *de* la “sociedad limitada nueva empresa”, pero no *en* ella; habrá que suponer, no obstante, que, desde este punto de vista, todas las entidades enumeradas en el precepto también podrán transformarse en “sociedad limitada nueva empresa”, como consecuencia,

(58) Sobre esta cuestión, últimamente, ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Derecho de sociedades. Libro-Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, II, cit., pp. 1437 y ss. También en torno a la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución, RUIZ MUÑOZ, M., “Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5. LSRL): análisis contractual-representativo”, *RDM*, 244 (2002), pp. 469 y ss.

(59) Enmienda número 15, del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, de Convergència i Unió.

entre otras cosas, de ser esta última una subespecie de la sociedad limitada, cuyo régimen jurídico ha de seguir, en principio, salvo modificación expresa, que, desde luego, no se produce en este tema. Por este motivo, tal vez la norma sea innecesaria. Pero, de otro lado, hay, sí, un pequeño matiz cuando se pretenda conseguir la transformación de la “sociedad limitada nueva empresa” en sociedad civil. El enunciado no tiene restricción alguna, a diferencia de lo que sucede en el artículo 87, 2.º, LSRL, que permite la transformación de la sociedad limitada “general” en sociedad civil sólo cuando el objeto de aquélla no sea mercantil (60). Como sabemos, el objeto de la “sociedad limitada nueva empresa” incluye, desde luego, actividades que han de ser calificadas, en principio, como civiles. Pero no ha de limitarse, a nuestro juicio, la posibilidad de su transformación en sociedad civil a aquellos supuestos en los que la actividad ejercida de hecho sea puramente civil. En este punto ha de preferirse la norma especial del artículo (nuevo) 143 LSRL, que no pone restricciones a esa transformación, frente a la norma general del artículo 87, 2.º, LSRL.

D) La reforma de la LSRL ajena a la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa”.

Aun sin referirse expresamente a la “sociedad limitada nueva empresa”, la ley que nos ocupa reforma un puñado de preceptos de la LSRL, y alguno también del C.c., con el propósito, según se dice en la Exposición de motivos, de “resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional”. Como se advirtió más arriba (61), esta circunstancia era ajena al proyecto de ley inicialmente remitido por el Gobierno, concretado en exclusiva alrededor de la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa”. Las enmiendas que, al efecto, se presentaron en el Senado han traído consigo las reformas legales indicadas, otorgando al texto legislativo resultante una imagen dual y un tanto heterogénea.

Los cambios normativos derivados de los propósitos de política jurídica que se acaban de referir se concentran, en primer lugar, en el régimen de la autocartera, contemplada con un criterio muy restrictivo en la disciplina originaria de la LSRL 1995. Ahora se modifican numerosos preceptos, alineando su tratamiento, en buena medida, con el que es ca-

(60) Al respecto, LEÓN SANZ, F., “Comentario al artículo 87”, en ARROYO, I./EMBID, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 859-861.

(61) Cfr. *supra* II, B).

racterístico de dicho asunto en la LSA. Se reforma, en tal sentido, una porción considerable del artículo 40 LSRL, se añaden dos preceptos nuevos, los artículos 40 bis y 40 ter, relativos al régimen de las participaciones propias y a las consecuencias de la infracción de dicho régimen, y se retocan otros preceptos en materia de transmisión de participaciones [art. 29, 2.º, c), y art. 32, 2.º] y de separación y exclusión (art. 97, 2.º, y arts. 101-102), con el objetivo de facilitar en dichos supuestos la adquisición de participaciones por la propia sociedad. A la vez, y por lo que se refiere al valor de las participaciones propias que puedan ser adquiridas o enajenadas, se introduce ahora la idea del “valor razonable”, completando y generalizando los cambios normativos producidos en LSA y LSRL por obra de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

Estas modificaciones, ya sugeridas por la doctrina más atenta al estudio de la autocartera (62), pretenden ayudar a los socios mayoritarios a mantener el control de la gestión social. A esta misma idea tiende también la creación de las participaciones sin derecho de voto en el artículo 42 bis, que ahora se introduce, así como a favorecer la financiación de la sociedad. La disciplina de estas especiales participaciones no reviste mayor singularidad, al declarar aplicable el legislador lo dispuesto en los artículos 90 a 92 LSA, referidos, como se sabe, a las acciones sin derecho de voto (63). Aunque una buena parte de nuestra doctrina consideraba lícita la creación de participaciones sin derecho de voto en el marco de la originaria LSRL 1995, la expresa consideración de este asunto despejará las dudas que, al respecto, persistían.

Es de suponer que las nuevas normas sobre autocartera encuentren una inmediata posibilidad de aplicación. No es seguro que suceda lo mismo, en cambio, con las participaciones carentes del derecho de voto. La no muy estimulante experiencia que, al respecto, se ha podido apreciar en sede de sociedad anónima pone algún interrogante serio a la adecuación de la figura elegida para favorecer la financiación de las sociedades de responsabilidad limitada y, por ello mismo, también de la “sociedad limitada nueva empresa”.

(62) Véanse, en tal sentido, las consideraciones de VELASCO SAN PEDRO, L., en sus “Comentarios a los artículos 39 a 42 LSRL”, recogidos en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pp. 457 y ss. Del mismo autor, puede consultarse, asimismo, su monografía *Negocios con acciones y participaciones propias*. Estudios jurídicos, Valladolid, 2000.

(63) Sobre dichos preceptos, véanse los comentarios de FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, I, cit., pp. 877 y ss.

Por último, parece oportuno aludir a la modificación del artículo 1.056, 2.º, C.c., orientada a resolver los cuantiosos problemas derivados de la sucesión generacional, manteniendo, como en el caso de los instrumentos anteriores, el control de la gestión de la empresa. Tal problema, especialmente vivo en las empresas de carácter familiar, recibe ahora un tratamiento pormenorizado centrado, en lo esencial, en las circunstancias relativas al pago en metálico de la legítima a los demás interesados. Al margen de las particularidades de este punto, que se pondrán de manifiesto por los especialistas en la materia, resulta conveniente destacar, de un lado, que “la conservación de la empresa”, y no sólo el interés de la familia, es ahora presupuesto de la disciplina establecida en el artículo 1.056, 2.º, C.c. De otro, se equipara al propósito de “preservar indivisa una explotación económica” el hecho de que el testador pretenda mantener “el control de una sociedad de capital o grupo de éstas”.

La consecución de estos objetivos no se reconoce, sin más, por el legislador; exige, más bien, como presupuesto legitimador, la conservación de la empresa o el interés familiar. Adviértase, no obstante, que no son circunstancias del todo equiparables la preservación indivisa de una explotación económica con el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de éstas. Aquélla aspira a evitar el desmembramiento de la explotación económica, por causa de la sucesión, en tanto que ésta se orienta a mantener la estructura de poder sobre la empresa, prescindiendo ahora de su concreta configuración jurídica. Ha de notarse, también, que el legislador se limita a considerar la “sociedad de capital o grupo de éstas” como supuestos concretos en los que puede operar la disciplina legal. No se comprende muy bien la razón de restringir a las diversas sociedades de capital la facultad que se reconoce al testador en el artículo 1.056, 2.º, C.c., al margen, claro está, de que en dicha categoría encontremos las formas jurídicas habituales de nuestra práctica empresarial, si se prescinde, desde luego, de la casi desconocida sociedad comanditaria por acciones. De otro lado, tampoco se entiende del todo el motivo que ha conducido al legislador a contemplar exclusivamente el grupo integrado por sociedades de capital. Además de no definirse la figura del grupo, lo que no es raro en la práctica más reciente de nuestro legislador, se pone una dificultad innecesaria a la aplicación de la norma, pues de su ámbito quedarán excluidos todos los grupos integrados por otro tipo de personas jurídicas, así como, en principio, los que, estando compuestos mayoritariamente por sociedades de capital, acojan también a otras personas jurídicas (64).

(64) Al respecto, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003.

IV. Consideraciones finales

A la hora de formular algunas conclusiones, prescindiremos de las reformas de la LSRL y del C.c. que acabamos de analizar, para centrarnos exclusivamente en el sentido y significado de la “sociedad limitada nueva empresa”, así como en la idoneidad de la regulación establecida al efecto. Hemos de indicar, en primer término, que no termina de justificarse debidamente la creación de esta subespecie de la sociedad limitada, a la vista, en particular, de la aptitud de esta última para acoger todo tipo de empresas y, en particular, las de menor dimensión. Para mejorar o afinar, en su caso, la adecuación de la sociedad limitada “general” a los objetivos reseñados, hubiera bastado con algunas reformas puntuales a su régimen jurídico, en la línea de lo que, asimismo, afronta la ley, o quizá, incluso, yendo más allá hacia otros problemas. Al introducirse, en todo caso, esta sociedad limitada “simplificada” –que, repetimos, no es un tipo nuevo, sino una subespecie de la limitada “general”– puede generarse una cierta confusión entre los operadores económicos sobre la estructura jurídica idónea para su empresa. Por otro lado, no siempre está perfectamente trazada la compatibilidad entre el régimen básico de la sociedad limitada y el régimen específico de la “sociedad limitada nueva empresa”, ni está del todo perfilado el tránsito entre la forma “general” y la “simplificada”. Así como resulta posible, según hemos podido ver, la conversión de la “sociedad limitada nueva empresa” en sociedad de responsabilidad limitada, lo contrario no se contempla expresamente, ni tampoco el que otras figuras societarias puedan transformarse en aquélla.

En segundo lugar, y al margen del juicio que, como tal, pueda merecer la “sociedad limitada nueva empresa”, su regulación en la ley que se acaba de aprobar incrementa la heterogeneidad de nuestro Derecho de sociedades, dificultando su plena operatividad en la práctica empresarial. Se intenta compensar este “aumento de entropía” con una disciplina que se pretende de aplicación cuasiautomática, como prueba de manera notoria el proceso de constitución de dicha sociedad y la sensible reducción de la autonomía de la voluntad, tanto en esa fase constitutiva como en el posterior desarrollo de la figura. El automatismo es, desde luego, una tentación del Derecho y, muy especialmente, del Derecho mercantil, materia perfilada históricamente por la rapidez, falta de formalismo y especial relieve de la buena fe. Es más, ese automatismo se manifiesta de manera evidente en el terreno de los contratos y de las prestaciones debidas por su previa conclusión: las garantías a primera solicitud, algunas figuras aseguradoras (póliza estimada, seguro de caución, etc.), en cierto sentido, también la dogmática clásica de los títulos-valor, etc. Pero una cosa es el automatismo de las prestaciones, o, más exactamente, orientado a

hacerlas actuales sin mayor dilación, y otra el automatismo aplicado a los procesos de constitución y desarrollo de las organizaciones (65). En este ámbito, por lo demás, el propósito pretendido por el legislador con la regulación de la “sociedad limitada nueva empresa” puede tener efectos no deseados: al reducir, de hecho, el papel de la autonomía de la voluntad estatutaria, se puede desplazar hacia la órbita de los pactos parasociales el contenido de las concretas pretensiones de los socios, dificultando su conocimiento y su control.

Por último, no es fácil predecir el desarrollo ulterior de la “sociedad limitada nueva empresa” una vez entrada en vigor su ley reguladora. La consideración de otros instrumentos, como los tributarios, o su rápida constitución, mediante el recurso a los medios telemáticos, parece propiciar y, desde luego, promover su empleo por los operadores económicos que, además, se ven asistidos por una actividad relevante de asesoramiento técnico (disposición adicional octava, números 5 y 6). El conjunto de todos estos datos, al lado de la sintética disciplina societaria establecida, ha de servir de piedra de toque para determinar, finalmente, el uso que de esta subespecie de la sociedad limitada pueda hacerse en nuestro país.

Pero, con independencia de esta circunstancia, hoy de difícil averiguación, y para concluir, llama la atención, de manera muy notoria, la tutela, a nuestro juicio, excesiva que el legislador presta a los operadores económicos que opten por constituir la “sociedad limitada nueva empresa”. Automatismo procedimental, normas imperativas, notable restricción a la autonomía de la voluntad, instrumentos tributarios de apoyo y asesoramiento gratuito constituyen, como sabemos, las líneas maestras de su regulación y, en su conjunto, configuran una “malla envolvente” de las iniciativas de los emprendedores, situándolos en una suerte de “minoría de edad” que viene a ser compensada por la intervención del Estado. Se prescinde, por ello, de la filosofía de liberalismo económico, tan habitual en nuestros días, para acercarnos, más bien, al campo de un cierto “asistencialismo”, característico, en apariencia, de una determinada forma de entender la cláusula de nuestra Constitución sobre el Estado social, hoy tan discutido desde muy diferentes puntos de vista. Y se desemboca, por lo expuesto, en una forma jurídica “tutelada”, que contrasta llamativamente con lo que ha sido y sigue siendo carácter esencial de la regulación de las sociedades mercantiles.

(65) Alude a la aplicación automática de las normas imperativas en el Derecho de sociedades, CHEFFINS, B., *Company Law*, cit., p. 219.

ARBITRAJE Y ARBITRAMENTO: EL “ADMINISTRADOR DE LA DUDA NEGOCIAL” (*)

PEDRO ANTONIO LUCENA GONZÁLEZ

Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MODELO. III. JUSTIFICACIÓN DEL MODELO PROPUESTO. IV. EPÍLOGO.

I. Introducción

A la hora de resolver conflictos, en España la vía judicial sigue siendo la más utilizada; sin perjuicio de ello, en el ámbito de las relaciones transfronterizas, la vía arbitral se consolida cada día más. La mediación, sobre todo en el ámbito familiar, y la conciliación –particularmente en el ámbito de la audiencia previa– han visto revitalizado su papel e importancia procesal.

(*) Con posterioridad al cierre del presente trabajo se ha publicado en el *BOCG* del día 3-X-2003 el “Proyecto de Ley de Arbitraje”, cuya lectura se recomienda.

En el ámbito interno, la vía arbitral avanza con mucha dificultad, debiendo superar atávicos y –cada vez más– infundados resquemores. A veces, la solución arbitral aparece pactada con entusiasmo; otras muchas, sin embargo, se recurre a ella como mal menor, frente a la pretendida lentitud judicial. En general, más que como vía alternativa, la vía arbitral sigue contemplándose como vía subsidiaria de la judicial.

La proliferación de normativas autonómicas, cuyos contenidos y calificación –para determinar la norma de conflicto aplicable– no siempre son fácilmente cognoscibles (particularmente ex art. 16,1,2 C.c.), previsiblemente contribuirá a arraigar en nuestra cultura la importancia de la equidad como criterio organizador de la vida jurídica.

La Comisión de las Comunidades Europeas, en su “Libro Verde sobre las «Alternative Dispute Resolution» (en adelante, ADR), en el ámbito del derecho civil y mercantil”, se ha hecho eco de un renovado interés en el seno de la Unión Europea por las modalidades alternativas de solución de conflictos.

El Libro Verde es el nombre dado a un informe presentado por la Comisión en Bruselas el día 19-04-2002 [COM (2002) 196 final]. Curiosamente, la Comisión excluye de dicho libro al arbitraje por cuanto, aun cuando constituye un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos aplicado por un tercero imparcial, “es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las medidas alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia”.

En realidad, dichas ADR –en general– son muy antiguas, siendo tan sólo nuevo el interés que suscitan.

Se recomienda la atenta lectura de dicho Libro Verde, en el que se abordan cuestiones tan trascendentes como los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de la confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados de ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad.

Dos de estas técnicas ADR atrajeron en su día mi atención: La “On Line Dispute Resolution” (ODR) y el “Dispute Adjudication Board” (DAB), un órgano imparcial ideado en 1999 por una asociación profesional internacional con sede en Suiza (“Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils” –FIDIC–) para resolver las disputas surgidas en la ejecución de determinados contratos-modelo internacionales de ingeniería por ella publicados. Ambas técnicas, entre otras que pudiéramos referir, consiguen, con admirable rapidez y aparente sencillez, solucionar, siquiera sea provisionalmente, los conflictos negociales; no obstante, plantean sombras de inconstitucionalidad a la luz del principio de tutela judicial efectiva.

Gracias a una de dichas ODR, en un tiempo récord y sin necesidad de plantear un procedimiento por infracción de marca, importantes empresas como Banesto o Cortefiel consiguieron la titularidad de nombres de dominio (“banesto.org”, “cortefiel.com”), en manos de cibercupas “avezados” que pretendían vendérselos.

El procedimiento, ideado por la “Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (ICANN), es bien simple:

— Todo solicitante de un dominio ha de someterse expresamente a determinado procedimiento de resolución de disputas –de antemano regulado– para el caso de que un tercero plantee una reclamación.

— El procedimiento se sustancia ante determinado proveedor de servicios de resolución de disputas aprobado por la ICANN, cuya resolución tiene un muy limitado contenido, no impeditiva del acceso a la justicia de cualquiera de los interesados: Se limita a ordenar al Registro del nombre de dominio su cancelación o transferencia al solicitante, sin pronunciamiento alguno respecto al derecho sobre los nombres implicados.

En España, las nuevas técnicas ODR han recibido expreso apoyo legal en el artículo 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio (“Ley Internet”). Por su parte, la Unión Europea ultima su “Red Extrajudicial Europea” para la resolución de los conflictos de consumo en las transacciones comerciales intracomunitarias.

El DAB es un comité imparcial que dicta una decisión obligatoria y definitiva para las partes, salvo que alguna de ellas la recurra dentro de un corto plazo; en este último caso, la resolución recurrida se hace efectiva provisionalmente hasta la emisión del laudo arbitral. Como se ve, el DAB asume una función complementaria, no sustitutiva, del árbitro. En efecto, el árbitro puede llegar siempre, en último término, a conocer del asunto, ya sea porque ante él se impugne en plazo la decisión del DAB, ya porque se pretenda de él la emisión de un título ejecutivo –bajo la forma de laudo arbitral–, caso de incumplimiento de la decisión del DAB no impugnada.

Para la construcción del eurotúnel –tunnel transmanche– se utilizaron los modelos FIDIC entonces vigentes. El Banco Mundial suele incorporar, en los contratos que financia, los modelos FIDIC, pero, en lugar de establecer el DAB como vía de resolución de conflictos, introduce un “Dispute Review Board” (DRB), cuya decisión no es vinculante para las partes, sino que tiene en todo caso el carácter de mera recomendación.

En las líneas que siguen exponemos un modelo de poder, que denominamos “Poder para Administración de la Duda Negocial”, a insertar en las escrituras con contenido contractual, desde luego no como cláusula de estilo.

Quien esté familiarizado con el Common Law columbrará en él la figura del “administrador del contrato”, típica en su entorno. Pero nosotros, partiendo de nuestra propia tradición, preferimos ver en el administrador de la duda un “moderno arbitrador”, cuyas funciones se han visto adaptadas a la realidad social del tiempo en que la institución toca

ser aplicada. Es bueno, en cualquier caso, la confluencia de figuras, lo que ciertamente ha de facilitar el tráfico comunitario.

La figura del arbitrador se encuentra presente en las Partidas. Por ejemplo, la Ley 9 del título 5 de la Partida V aludía al tercero designado por las partes para determinar el precio en los siguientes términos:

“... e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio dessaguisadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonce deve ser enderegado el precio según alvedrío de omes buenos.”

La figura del “administrador de la duda negocial” no es una panacea. No es juez. Tampoco árbitro ni su sustituto. Es un amigable mediador, conciliador y, en último término, arbitrador, que, actuando imparcial y confidencialmente respecto de terceros, intenta por todos los medios a su alcance que, lo que al principio no es más que un simple roce entre las partes, se convierta con el paso del tiempo en un conflicto declarado.

El administrador de la duda negocial ha de ser imparcial (art. 1.256 C.c.). La apariencia de imparcialidad, en sí, no le es estrictamente exigible, aunque sí conveniente. A diferencia de los auditores de cuentas, que llegan a estar obligados legalmente, no sólo a ser, sino también a *parecer* independientes (art. 8.1 Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas).

La obligación de confidencialidad atañe a las partes en primer lugar. La información intercambiada entre ellas durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un eventual procedimiento judicial o arbitral posterior. La franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento se verán así incentivadas. Excepcionalmente, una parte podrá revelar tal o cual aspecto del procedimiento, si así se hubiese pactado entre ellas o resultara obligada por Ley; podrá asimismo revelar el acuerdo final a los fines de su aplicación o ejecución. Este aspecto de la confidencialidad atañe a la buena fe y lealtad contractual entre las partes y no son objeto de nuestro estudio.

La obligación de confidencialidad incumbe también al administrador de la duda negocial, pero sólo respecto de terceros. Pues sin duda viene obligado a actuar reservadamente frente a dichos terceros. Ahora bien, frente a las partes, la confidencialidad no le es exigible. Por razones de transparencia y preservación de su apariencia de imparcialidad. Cualquiera que sea la función, mediadora, de conciliación o decisoria, en que actúe.

Con todo ha de reconocerse que conciliación y mediación no son incompatibles, desde un punto de vista lógico, con la confidencialidad. El hecho de que la información que cada una de las partes comunique al tercero (conciliador o mediador) no pueda ser revelada por éste a la parte contraria, es algo que la conciliación tolera y que la mediación aplaude, de cara a la consecución de sus respectivos objetivos. En cambio, por razones de equidad, cuando el tercero ha de adoptar una decisión al término del proceso, la posibilidad de escuchar confidencialmente a una u otra de las partes debe excluirse.

En conclusión, **recomendamos que el administrador de la duda negocial se abstenga** desde un principio **de escuchar confidencialmente a una u otra de las partes**. Corre el riesgo de que su arbitramento sea considerado “ini-cuo”.

La figura del “administrador de la duda” tanto ha de valer cuanto prestigio y reconocimiento alcance.

Conviene que el administrador de la duda negocial, además, goce de un alto nivel de preparación y así se lo parezca a las partes. Sólo así podrá desplegar útilmente su autoridad.

Recomendamos que el arbitrador tenga formación jurídica o al menos sea auxiliado por un perito en Derecho: Pues la materia sujeta a su arbitramento puede estar parcialmente regida por normas imperativas. Dichas normas imperativas habrán de ser respetadas y, en su caso, aplicadas a la hora de pronunciar el arbitramento.

Las peculiaridades de la materia atinente al consumo hacen aconsejable que las funciones de arbitrador se encomienden a instituciones *ad hoc* sin fin de lucro.

Al administrador de la duda negocial sólo puntualmente se le concede cierto poder, en verdad nada despreciable. No puede adoptar medida cautelar alguna. Pero su arbitramento puede franquear el proceso monitorio a una cualquiera de las partes.

El éxito del proceso monitorio ha sido espectacular. Su futuro, aún más halagüeño, pues cabe predecir que **próximamente el límite máximo de 30.000 euros para acceder a la vía monitoria será suprimido**. Así lo exige –prescindimos de matices– el cumplimiento de la Directiva Comunitaria (aún no traspuesta por el legislador español (1) 2000/35/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuyo artículo 5 dispone: “Los Estados Miembros velarán porque se pueda obtener un título ejecutivo, *independientemente del importe de la deuda*, normalmente en un plazo de noventa días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o de cuestiones de procedimiento...”.

Por lo demás, a nuestro juicio, el crédito derivado de una letra de cambio, cheque o pagaré, es susceptible de ser reclamado a través del proceso monitorio, con independencia de que además pueda serlo por el juicio cambiario del artículo 819 ss. LEC.

(1) La trasposición debió hacerse efectiva a más tardar el día 8 de agosto de 2002. Aunque tarde, la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, ha adaptado en diversos puntos la legislación española a la directiva de referen-

Es prácticamente seguro que las partes vaciarán *toda* su argumentación ante el administrador de la duda negocial. No por razones de buena fe. Tampoco por confianza ciega en la observancia del deber de confidencialidad. Sólo porque el arbitramento pasa a formar parte integrante de la relación negocial.

El hecho de que el arbitrador resulte dotado por las partes de un amplio margen de actuación –equidad– dificultará gravemente la impugnación de su arbitramento. Aún más, llegado el caso de impugnación, la posición del disconforme con el arbitrador resulta francamente empeorada; pues la práctica enseña que es mucho más penoso ser demandante que demandado.

En conclusión, **no convendrá a ninguna de las partes reservarse todo o parte de su argumentación** para el hipotético juicio que entre ellas y en un futuro pudiera entablarse.

Propuesta de reelaboración de la Ley de Arbitraje

Tanto el arbitramento como el arbitraje se basan en la confianza depositada en un tercero. Cuanto incrementemente la confianza en una institución beneficiará a la otra. En esta línea, abogamos por una reelaboración de nuestra actual Ley de Arbitraje, que la haga más “competitiva” y, por ende, apetecible a nivel transfronterizo.

No apreciamos obstáculo en nuestra actual legislación que impida la **inmediata puesta en práctica** por los particulares y aplicación por los Tribunales de las sugerencias que a continuación detallamos. Basta a tal fin *reinterpretar* nuestras vigentes normas, particularmente la Ley de Arbitraje, conforme a la realidad social del tiempo en que toca aplicarlas. Con todo, la reelaboración legislativa que propugnamos habrá de servir en un futuro a hacer conocida, y por ende segura, la figura del administrador de la duda negocial.

Dicha reelaboración de nuestra actual Ley de Arbitraje, a nuestro juicio, deberá tener presente lo que sigue:

1. Debe reconocerse legalmente la compatibilidad entre el proceso monitorio y el arbitraje. Evitaremos así que quienes otorguen el poder que proponemos se vean compelidos a renunciar a la vía arbitral.

cia. En lo que a nosotros interesa, a saber, el contenido de su artículo 5 (Procedimientos de cobro de créditos no impugnados), la Directiva 2000/35/CEE no ha sido aún traspuesta al ordenamiento jurídico español.

El proceso monitorio no debe estar vedado al arbitraje, como tampoco le están vedadas las medidas cautelares ni el auxilio judicial. Sin perjuicio, claro está, de que, en caso de oposición del deudor, se remita la cuestión a la vía arbitral (cfr. arts. 818 y 730,3 LEC).

Se trata de deslegitimar la oposición del deudor al proceso monitorio basada única y exclusivamente en la excepción declinatoria de arbitraje (art. 63.1 LEC).

2. El arbitraje de equidad es una vía alternativa, no subsidiaria, a la judicial. Debe promocionarse el acceso de las partes a la equidad.

La diferencia entre el árbitro de derecho y el árbitro de equidad radica en que el primero viene obligado a aplicar las normas dispositivas legalmente previstas, en tanto que el segundo no viene sujeto a tal obligación:

— El arbitraje de derecho, a diferencia del arbitraje de equidad, no constituye una vía alternativa, sino subsidiaria, a la vía judicial; y ello por cuanto, dejando aparte lo procedimental, aplica las mismas normas.

— El arbitraje de derecho viene a suplir carencias de la vía judicial (falta de especialización, lentitud). En cambio, el arbitraje de equidad encierra una visión propia —distinta del Derecho Positivo— de la Justicia.

En determinadas materias, particularmente en materia arrendaticia, podría resultar conveniente estimular *legalmente* la reconducción del conflicto entre las partes a la vía arbitral. **Proponemos la inclusión de una cláusula estandarizada de sumisión a arbitraje en el modelo legal de arrendamientos urbanos**; naturalmente, la cláusula sería opcional y el arbitraje propuesto de tipo institucional. Se trata de discriminar positivamente el arbitraje, por considerarlo beneficioso. La reciente reintroducción parcial de las tasas judiciales ofrece una buena ocasión al efecto (2).

No parece que la incorporación de tal cláusula al modelo resulte inconstitucional.

Más dudoso resultaría que la ley directamente presumiera la voluntad de las partes de someter determinadas cuestiones a arbitraje; naturalmente, salvo que otra cosa se manifieste por alguna de ellas *al tiempo de formalizar su relación* (3).

(2) La gratuidad de la justicia no deriva de la Constitución. Depende de lo que disponga la Ley (art. 119 CE):

— La DA 4.^a de la nueva LEC reintrodujo las tasas por la obtención de copias de documentos e instrumento que consten en autos.

A finales de 2002, vía enmienda en el Senado a la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden Social —Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado—, se recuperaron las tasas judiciales para las grandes empresas.

— Está por ver si en un futuro se reintroducirán plenamente las tasas judiciales.

(3) Tal vez, llegado el caso, nuestro TC sugiera garantías añadidas para admitir la constitucionalidad de tal presunción legal de sometimiento a arbitraje: Posibilidad de retractación en determinado plazo por cualquiera de las partes o, mejor aún, otorgamiento ante notario, quien bajo su responsabilidad —expresa advertencia en la escritura— habrá de garantizar un consentimiento informado de las partes sobre la cuestión.

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado sobre el arbitraje impe-

3. Se impone racionalizar el comprensible recelo que en nuestro sistema despierta la equidad.

La equidad no puede ser nunca pretexto para saltarse el *ius cogens*. Es comprensible la reticencia de la Justicia ante una *desaforada* invasión por los particulares del ámbito imperativo. Por ejemplo, resulta intolerable que un administrador de la duda negocial pueda privar, so pretexto de ejercicio de sus funciones, a un arrendatario de vivienda de la duración mínima de su contrato prevista en el artículo 9 LAU.

La equidad no garantiza la observancia de la norma escrita imperativa; por eso es mirada con desconfianza en los sistemas jurídicos de tipo continental, en los que predomina la Ley escrita. En cambio, la equidad puede servir a impedir los pactos contrarios a *Derecho* (norma no escrita); por eso está sólidamente arraigada en el mundo del Common Law.

— Es consustancial a un Estado de Derecho de tipo continental (ley escrita) como el nuestro, no permitir que los particulares pacten *libérrimamente* la resolución conforme a equidad de sus disputas; de otro modo, decaería la fuerza de sus normas imperativas (4). Dicho en otras palabras, la equidad *per se* no garantiza en nuestro sistema la observancia de la norma de obligado cumplimiento.

— Lo contrario ocurre en los países del Common Law, donde la carencia de norma escrita permite que la “Equity” por sí sola impida los pactos contrarios a Derecho.

No debe, pues, resultar extraño que la equidad en nuestra cultura jurídica goce de escaso arraigo. A diferencia de lo que ocurre en el mundo anglosajón (5).

rativo. Niega su constitucionalidad, pues “resulta contrario a la Constitución que la Ley prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia a arbitraje” (s. 23-11-1995). Concretamente, ha declarado inconstitucional el párrafo 1.º del artículo 38.2 de la Ley 16/87, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que literalmente decía así:

“Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario.”

(4) La coherencia con el sistema impone el tenor literal del artículo 3.2 C.c.: “Las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita”.

Repárese en que la norma va dirigida a los jueces, no a los particulares. Es lógico que los jueces, cuya función consiste en aplicar el Derecho, hayan de acomodarse a éste en todas sus actuaciones. En cambio, los particulares, haciendo uso de su proverbial libertad de pactos, podrán libérrimamente acordar cuanto tengan por conveniente, siempre que no contravengan norma alguna de obligado cumplimiento (en expresión del art. 1.255 C.c., las leyes, la moral o el orden público).

(5) La equidad, entendida, no como criterio mitigador del rigor de la ley, sino como criterio directamente regulador del negocio de que se trate, desafía a la Ley.

Por el contrario, en el ámbito del Common Law existe una gran cultura y tradición de la “Equity”. Con todo, el mundo anglosajón se ve obligado a integrar una cada vez más abundante legislación escrita (“Statutory Law”) en su tradicional sistema de norma no escrita; particularmente, a raíz de su integración comunitaria.

4. La competencia, siquiera sea “exclusiva”, de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de determinada cuestión no impide su sometimiento a arbitraje.

Así resulta de la STS (Sala 1.ª) de 18 de abril de 1998, que, siguiendo los pasos de la Resolución DGRN de 19-2-1988, literalmente dice: “Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo..., *el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos...*”.

El artículo 22 LOPJ (LO 6/1985) no puede ser utilizado como argumento para negar la posibilidad de someter a arbitraje las materias que reserva a la competencia exclusiva de los Juzgados y Tribunales españoles del orden civil: Adviértase que entre dichas materias figuran los *acuerdos y decisiones* de los órganos de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español y los arrendamientos de inmuebles que se hallen en España. La exclusividad que dicho artículo predica ha de ser referida única y exclusivamente respecto a otros jueces y Tribunales –extranjeros– (6); no respecto al arbitraje ni en general respecto a otras manifestaciones de la autonomía privada, como la que es objeto del presente trabajo. La referida sentencia de 18 de abril de 1998 y el artículo 30.3 LAU, al permitir la sumisión a arbitraje de la materia arrendaticia, así lo avalan.

Tras la senda abierta, la Disposición Adicional 10ª de la Ley 27/1999, de Cooperativas, abiertamente reconoce que, “dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior (sumisión a arbitraje) ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores”.

5. Las normas procesales aplicables a los juicios civiles sólo de forma excepcional habrán de ser observadas por los árbitros.

El sometimiento a arbitraje supone una renuncia al cauce procesal de la LEC (7). El arbitraje de equidad, además, una renuncia a la norma sustantiva dispositiva (8).

(6) En tal sentido la utiliza –explícitamente– el Reglamento “Bruselas I” (núm. 44/2001, del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2000), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su artículo 22 incluye una norma de competencia exclusiva de Tribunales análoga a la del artículo 22 LOPJ. Se hace constar que dicho Reglamento excluye expresamente al arbitraje de su ámbito de aplicación.

(7) Sin perjuicio de ello, el procedimiento arbitral en todo caso habrá de observar unos trámites mínimos y respetar los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

(8) Lo originariamente imperativo puede llegar a ser *ex post facto* negociable, en todo o en parte. Por ejemplo, *ex post facto*, cabe la posibilidad de ratificar un acuerdo social origi-

Las normas procesales aplicables a los juicios civiles están pensadas para su estricta aplicación en sede jurisdiccional: Siempre y sólo en dicha sede han de ser observadas.

Por excepción, es posible que –puntualmente– la ley material reguladora del contenido de los actos y contratos exija la observancia de determinada formalidad o requisito procesal (arg. art. 11,2 C.c.). Pues bien, dicho requisito o formalidad habría de ser observado también en sede arbitral.

La dificultad estriba en la práctica en determinar si determinado requisito procesal está o no dotado de trascendencia y contenido material, pues su inclusión en el articulado de la ley rituaría no presupone su intrascendencia material. Todavía su incorporación a la ley material postula su trascendencia material. Así, también el árbitro de equidad deberá observar las normas reguladoras de la prescripción de las acciones... en la medida que resulten imperativas.

Un ejemplo de “posible” formalidad ritual de contenido material, a observar también en el arbitraje, sería la posibilidad de enervar el desahucio que el artículo 22.4 LEC concede al arrendatario (cfra. también arts. 439,3 y 440,3 LEC). Dicho artículo reza así:

“Los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.”

Naturalmente, la posible aplicación de la enervación del desahucio al procedimiento arbitral requeriría mínimas adaptaciones.

6. No toda norma de obligado cumplimiento en el ámbito interno lo es también a nivel internacional. Las normas de obligado cumplimiento en uno y otro ámbito no coinciden.

La ya clásica distinción entre orden público interno y orden público internacional alude a esta cuestión. También la doctrina del orden público atenuado. En virtud de esta última doctrina, es posible reconocer en España cierta eficacia a resoluciones dictadas en el extranjero, a pesar de contravenir nuestro orden público –interno–.

nariamente nulo, de dejar transcurrir el plazo legal de caducidad para impugnarlo (cfr. art. 116 LSA), dejarlo sin efecto o sustituirlo por otro. Todo lo cual evidencia un relativo ámbito de disponibilidad sobrevenida en la materia. Este asunto, por obvio, no es objeto de nuestro estudio.

No toda norma imperativa tiene carácter de orden público. Por ejemplo, el “orden público” no ha de obstaculizar el reconocimiento en España de determinado laudo extranjero en que no se hayan aplicado los plazos de prescripción o caducidad españoles. Basta con que la reclamación arbitral se haya interpuesto dentro de un plazo razonable.

Recientemente, el Reglamento Bruselas (9) (CE núm. 44/2001) ha venido a exigir, para que un Estado Miembro pueda rechazar el reconocimiento, una resolución proveniente de otro Estado Miembro, que el reconocimiento de dicha resolución fuere “manifiestamente” contrario al orden público del Estado miembro requerido” (art. 34,1).

El Reglamento Bruselas I citado recoge la doctrina sentada en la sentencia Krombach (TJCE, 28-3-2000) (10). Impone una interpretación restrictiva de la tradicional cláusula “orden público interno”. Anuncia el reemplazo, en el ámbito comunitario de su incumbencia, de la excepción de orden público interno por la noción de orden público comunitario. Todavía, para facilitar la circulación en su seno, la aplicación del orden público comunitario debería garantizarse en el origen, no el destino. Esto es precisamente lo que, mediante un ingenioso artificio, consigue la propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados. Está previsto que dicho Reglamento vea la luz el día 1 de enero de 2004.

Tal como señala el artículo 1 de la citada propuesta, “la finalidad del presente Reglamento es crear un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, que permita la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, estableciendo unas normas mínimas cuya observancia deje sin efecto cualquier procedimiento intermedio que deba llevarse a cabo en el Estado miembro de ejecución antes del reconocimiento de la ejecución:

(9) Reglamento CE núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

(10) El Tribunal Comunitario aborda en dicha sentencia la interpretación del artículo 27,1 del Convenio de Bruselas de fecha 27 septiembre 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho artículo dispone: “Las resoluciones no se reconocerán: 1) Si el reconocimiento fuere contrario al *orden público del Estado requerido*”.

El Tribunal Comunitario sienta la siguiente doctrina:

— El concepto “orden público del Estado requerido” ha de interpretarse restrictivamente. Sólo debe aplicarse en casos excepcionales.

— Es un principio general del Derecho Comunitario el derecho a un juicio justo. Dicho principio debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate.

— Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal Comunitario. A este respecto, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros, así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, con los que los Estados Miembros han cooperado o a los que se han adherido, particularmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

— En el artículo 17 de dicho proyecto, que expresamente incluye a los títulos ejecutivos extrajudiciales, se suprime el *exequatur* y en general cualesquiera medidas intermedias de control en el país de destino, particularmente las que regula el artículo 34 del Reglamento Bruselas I.

— En vez de ser el órgano del Estado miembro de ejecución el que compruebe si se cumplen o no los requisitos previstos para el otorgamiento de la ejecución, será ahora el órgano del Estado miembro de origen el encargado de decidir dicho extremo, cumplimentando a tal fin el “Certificado de Título Ejecutivo Europeo”, de contenido tasado, garante de las condiciones mínimas exigibles. Dicho certificado se expedirá con arreglo al modelo de formulario normalizado y multilingüe que figura como anexo al Reglamento.

7. Es posible ensanchar el campo de actuación de la equidad: Desde un punto de vista lógico, nada obsta a que cuestiones que implican normas de derecho imperativo sean susceptibles de ser sometidas a arbitraje de equidad.

Existe una ancestral —y a nuestro juicio errónea— creencia de que todo lo imperativo está vedado al campo arbitral. Sirva como paradigma de dicha creencia el artículo 2 del DL 5/1999, de Panamá, por el cual se establece en dicho país el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación, el cual literalmente prohíbe la sumisión a arbitraje, entre otras, de las siguientes controversias: “Las que surjan de *materias que no sean de la libre disposición de las partes. Se entiende por tales*, entre otras, todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o que están reguladas por normas imperativas de Derecho...”.

En el terreno de la pura lógica, nada obsta a que una materia regida imperativamente en Derecho sea sometida a equidad... siempre que el árbitro venga obligado a observar y *aplicar* dicho derecho imperativo (11). **La indisponibilidad no está reñida con la arbitrabilidad.** Esto, que se aprecia meridianamente en el arbitraje de derecho, es también predicable respecto del arbitraje de equidad.

Es sólo cuestión de política legislativa decidir si determinadas materias deben quedar o no excluidas del ámbito del arbitraje, particularmente del arbitraje de equidad.

Por lo demás, **no apreciamos razón alguna para hacer diferencias entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad a la hora de decidir sobre la arbitrabilidad de determinada materia.** En consecuencia, nos manifestamos en contra de la Disposición Adicional 10.1 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, la cual en principio admite el sometimiento sólo a arbitraje *de derecho*; excepcionalmente, “si la disputa afectase principalmente a los prin-

(11) Todo árbitro puede y debe aplicar el derecho imperativo: La equidad no puede ser nunca pretexto para saltarse el *ius cogens*.

La referencia al “derecho imperativo”, como en otros pasajes del texto, es susceptible de ser generalizada a cualquier norma de obligado cumplimiento.

cipios cooperativos”, admite su sometimiento a arbitraje de equidad (12).

La distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad debe, a nuestro juicio, replantearse. En puridad, sólo existe una clase de arbitraje, el de equidad. **El denominado arbitraje de derecho es un arbitraje de equidad “cualificado”.**

El árbitro de derecho es un árbitro de equidad instruido por las partes acerca de su cometido. En la ejecución del arbitramento, el arbitrador habrá de arreglarse a las instrucciones de sus comitentes (cfr. art. 1.719,1 C.c.). Pues bien, en el arbitraje de derecho, las partes encomiendan al árbitro que, a la hora de pronunciar su laudo, tenga en cuenta y aplique, no sólo las normas imperativas, sino también las dispositivas. Dentro de tan estrecho margen habrá de moverse su leal saber y entender.

En definitiva, todo árbitro decide conforme a su leal saber y entender, *dentro del marco que le prefija la ley (normas de obligado cumplimiento) y en su caso las partes (normas dispositivas).*

La concepción unitaria del arbitraje sirve a aproximar los sistemas jurídicos continental y anglosajón. Confirma al arbitraje –puro– de equidad, como arbitraje aplicable en defecto de pacto. Contribuye a la normalización del arbitraje de equidad –puro–, pudiendo ser la materia a él sometida tan amplia como la susceptible de ser sometida a arbitraje de derecho. Justifica, de una parte, la *no* vinculación del árbitro, aún de derecho, a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo –en materia dispositiva–; y, de otra parte, que los motivos de anulación del laudo sean comunes a ambos arbitrajes (13).

Conviene referirse a la distinción entre arbitraje interno y arbitraje internacional, la cual es particularmente relevante en los países cuyo sistema jurídico es de tipo continental (ley escrita):

— La inexistencia de un verdadero *ius gentium* hace que el arbitraje de derecho a nivel internacional sea prácticamente inexistente. En efecto, las normas dispositivas que actualmente se ofrecen para regir el tráfico internacional no generan suficiente certidumbre y seguridad. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

— Las normas de obligado cumplimiento que rigen el tráfico internacional carecen del grado de concreción propio de las normas imperativas aplicables al tráfico interno. Suelen consistir en una serie de principios generales, muchas veces contenidos en los textos constitucionales de los diversos países.

(12) A pesar de todo, la Disposición Adicional 10 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, es digna de elogio: Es el primer texto legal que realiza una interpretación aperturista de la materia arbitrable, siguiendo los pasos de la referida STS (Sala 1.ª) de 18 de abril de 1998.

(13) En particular, el laudo podrá ser anulado cuando fuese contrario al “orden público”. Probablemente todo árbitro está sujeto a la interpretación que de las normas imperativas realice el Tribunal Supremo. En el ámbito del derecho dispositivo, en cambio, no existe tal sujeción; bien entendido que el árbitro de derecho habrá de ofrecer en su laudo una interpretación *razonable* de dichas normas dispositivas.

Las causas de nulidad, en particular el orden público, han de ser “interpretadas y aplicadas estrictamente, a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial, cuando no logran el triunfo de sus aspiraciones” (STS 23-4-2001).

8. El arbitraje interno español debe aproximarse al arbitraje internacional, en el que los hechos fuerzan a admitir que **las normas de obligado cumplimiento no suponen la inarbitrabilidad de la materia, sino sólo su obligado cumplimiento.**

En el mundo globalizado que nos toca vivir, un país que opta por una normativa excesivamente rígida ve escapar el negocio de sus fronteras y ahuyenta la inversión extranjera.

En el ámbito internacional, los árbitros han de poder decidir también sobre materias indisponibles para las partes, naturalmente aplicando las normas de obligado cumplimiento que correspondan. Reseñaremos en este punto la importancia que han adquirido los arbitrajes basados en tratados de derecho internacional público para la protección de las inversiones. Los Estados suscriptores de tales tratados se obligan y comprometen a someterse a arbitraje respecto de los litigios que pueda plantear el inversor de otro Estado contratante; naturalmente, dichos árbitros deberán aplicar las normas de obligado cumplimiento existentes.

Recomendamos que todo árbitro, aun actuando conforme a equidad, haga constar expresamente al emitir su laudo que adoptó su decisión con pleno respeto a la norma imperativa aplicable a la materia de que se trate.

9. El arbitraje puede versar sobre materia regida por normas de obligado cumplimiento, que en todo caso el árbitro habrá de aplicar. **Por excepción, *nominatim*, determinadas materias no podrán ser sometidas a arbitraje: Las materias sobre las que no sea posible transigir.**

Sugerimos una política legislativa abiertamente favorable al arbitraje de equidad, que haga desaparecer los recelos que suscita el tenor literal del actual artículo 2 de la Ley 36/1988, de Arbitraje, el cual prohíbe que sean objeto de arbitraje “las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan *poder de disposición*”. Proponemos la sustitución de dicha tradicional prohibición por otra que haga referencia a “las materias sobre las que las partes no puedan transigir”.

Aun cuando determinado asunto aparezca parcialmente regido por normas imperativas, las partes pueden transigir sobre él. La imperatividad no constituye *per se* obstáculo para la transacción; naturalmente, el acuerdo transaccional deberá respetar y observar dichas normas imperativas.

A semejanza de lo que ocurre con la transacción, debería admitirse que sean sometidas a arbitraje cuestiones de naturaleza –parcialmente– imperativa. En contra de lo que literalmente dispone el artículo 7 de nuestra vigente Ley de Arbitraje, nada debería obstar a que la resolución de las disputas relativas a la distribución o administración de la herencia surgidas entre herederos *forzosos* pudieran ser encomendadas por el testador a un árbitro..., que naturalmente habría de respetar y aplicar la normativa imperativa legitimaria (14).

(14) En todo caso, una vez abierta la herencia, es indiscutible la posibilidad de que los herederos forzosos sometan a arbitraje libérrimamente sus diferencias. A la hora de formali-

Excepcionalmente, determinadas cuestiones quedan excluidas de la posibilidad de ser sometidas a transacción en los artículos 1.809 ss. C.c. Se trata de una *lista tasada*, en la que destaca el artículo 1.814 C.c.: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. La opción del legislador es a todas luces razonable y no está necesitada de ulterior justificación. En este campo, la equidad no tiene lugar (15).

10. Convendrá incluir en ella un reconocimiento expreso y mínima regulación de la figura del arbitrador, lo que sin duda contribuirá a su consolidación:

— El arbitrador habrá de actuar conforme a la equidad, respetando siempre las normas de obligado cumplimiento.

— La figura del arbitrador tiene carácter netamente contractual –no contencioso–. Por ello, el arbitrador no habrá de garantizar siempre y en todo caso la observancia de los principios de audiencia y contradicción.

El artículo 3,2 C.c. prohíbe a los jueces hacer descansar sus decisiones exclusivamente en la equidad (art. 3.2 C.c.); se exceptúan los casos en los que la Ley expresamente se lo autorice (cfr. art. 17.3 Ley Propiedad Horizontal). Del propio tenor literal de dicho artículo resulta que la citada prohibición alcanza sólo a los jueces, no a los particulares. Éstos pueden establecer los pactos que estimen oportuno, bien entendido que dichos pactos no podrán ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.256 C.c.).

El recurso a la equidad previsto en artículos tales como el artículo 1.690 C.c. (“Si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad”) o el artículo 1.447 C.c. (“Para que el precio se tenga por cierto bastará... que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada”), son manifestaciones concretas de la libertad de pacto contractual. Dichos artículos no constituyen excepción a una inexistente prohibición general para que los particulares acudan a la equidad.

zar dicho arbitraje deberán las partes expresar su sometimiento al arbitraje aun para el caso de que afecte a sus derechos legítimos, comprometiéndose a cumplir el laudo que en su día se dicte aun cuando perjudique a sus derechos legítimos.

Lo originariamente imperativo puede llegar a ser *ex post facto* susceptible de pacto. Este asunto, por obvio, no es objeto de nuestro estudio.

(15) Cuando la materia litigiosa está toda ella regida de forma imperativa y detallada por la Ley, es nulo el valor que la autonomía de la voluntad puede llegar a desempeñar. Nula es también la contribución que el árbitro de equidad pueda aportar a la resolución del caso, debiéndose limitar a aplicar dicha Ley imperativa.

En cambio, cuando la regulación –escrita– de determinada materia litigiosa, aun siendo de obligado cumplimiento, carece de detalle, podrá en ocasiones resultar conveniente que el legislador permita la resolución de la disputa conforme a equidad. Así, la referida Disposición Adicional 10.1 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, permite el sometimiento a arbitraje de equidad “si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos”.

Como enseña la STS 9-10-2002, un juez no puede acudir a la equidad y prescindir del artículo 393 C.c. a la hora de determinar la parte de cada comunero en determinada comunidad. El recurso del juez a la equidad es injustificable “porque no hay precepto legal alguno en la regulación de la comunidad de bienes que permita a la *autoridad judicial* la alteración de las cuotas de los coparticipes a la hora de la división mediante la venta de la finca”. En cambio, es indudable que los particulares habrían podido someter dicha división a la equidad.

La equidad y las normas de obligado cumplimiento son las pautas a las que el arbitrador habrá de atemperar su actuación. Ni la una ni las otras exigen que el arbitrador, a diferencia del árbitro, siempre y en todo caso –paso a paso– se atenga a los principios de audiencia y contradicción entre las partes (cfr. art. 38 LSA –informe pericial concerniente al valor atribuido a las aportaciones no dinerarias a una sociedad–; cfr. también art. 1.598.2 C.c.). Con todo, acaso algún Tribunal no lo considere así.

A nuestro juicio, no todo arbitramento adoptado sin la observancia de tales principios puede ser tachado de inconstitucional, por pretendida indefensión o merma de la tutela judicial efectiva a que todo justiciable tiene derecho (art. 24 CE).

El artículo 38 de la Ley 50/1980, de Contrato del Seguro, regula un procedimiento extrajudicial –con intervención de peritos– tendente a liquidar lo más rápidamente posible los siniestros producidos en los seguros contra daños, cuando no se llega entre las partes a un acuerdo dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro (16). Pues bien, a la hora de

(16) Dice el artículo 38 Ley 50/1980:

“Una vez producido el siniestro, y en el plazo de cinco días, a partir de la notificación prevista en el artículo 16, el asegurado o el tomador deberán comunicar por escrito al asegurador la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños...”

Si las partes se pusieren de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera.

Si no lograrse el acuerdo dentro del plazo previsto en el artículo 18, *cada parte designará un perito*, debiendo constar por escrito la aceptación de éstos. Si una de las partes no hubiera hecho la designación, estará obligada a realizarla en los ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la que hubiere designado el suyo y, de no hacerlo en este último plazo, se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo.

En caso de que los peritos lleguen a un acuerdo, se reflejará en un acta conjunta, en la que se harán constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización.

Cuando no haya acuerdo entre los peritos, ambas partes designarán un tercer perito de conformidad y, de no existir ésta, la designación se hará por el juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación de peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el dictamen pericial se emitirá en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el de treinta días, a partir de la aceptación de su nombramiento por el perito tercero.

El dictamen de los peritos, por unanimidad o por mayoría, se notificará a las partes de

regular dicho procedimiento, la Ley prescinde de la audiencia y contradicción de las partes implicadas.

Con todo, la naturaleza del procedimiento que dicho artículo 38 Ley 50/1980 contempla no es arbitramental, pues su origen es legal –no paccionado–; en efecto, la ley impide a las partes acudir directamente a la vía judicial para resolver los problemas a que dé lugar la liquidación del siniestro, imponiéndoles a cada una de las partes la carga de designar previamente un perito que dictamine la cuestión. Tampoco su naturaleza es puramente pericial, dice la sentencia TS 9-12-2002, ya que dicho procedimiento está sujeto a unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público (tiempo y forma de notificar a las partes el acta del acuerdo de los peritos y materias que han de ser recogidas en el acta de conformidad), que hacen pensar que tal acta de conformidad, más que un propio informe pericial, “guarda más semejanza a un laudo arbitral”. En último término, dicho procedimiento no tiene naturaleza arbitral, pues no se rige –por entero– por las normas que rigen el arbitraje, particularmente en lo que a la observancia de los consabidos principios de audiencia y contradicción se refiere.

El artículo 38 Ley 50/1980, cualquiera que sea su naturaleza, sirve a negar la –pretendida– omnipresencia de los principios de audiencia y contradicción en el marco de todo procedimiento de prevención y resolución extrajudicial de conflictos. El artículo 1.598,1 C.c. sirve a idéntica finalidad, siquiera sea de forma más borrosa.

El pacto de sometimiento a arbitramento no encierra renuncia, sino modulación por las partes de su derecho a la tutela judicial efectiva. Cualquier apoderado facultado para transigir puede “irremediablemente” desposeer a su poderdante de sus derechos frente a la otra parte, sin perjuicio de su responsabilidad interna: Allí donde el poderdante haya depositado su confianza, deberá ir a buscarla. Máxime cuando el poder se otorga por ambas partes, lo que implica facultades de autocontratación. No se aprecia en ello indefensión alguna para el poderdante, sino libre regulación de su actividad negocial. Resulta desproporcionado imponer a las partes un modo de proceder contencioso, desconociendo al tiempo el carácter preconflitual, netamente negocial, de la figura del arbitrador. Dentro del poder negocial de los poderdantes entra encomendar de forma expresa al arbitrador que realice su gestión conforme a la equidad, a su leal saber y entender.

Con todo, puede ocurrir que puntualmente la equidad imponga la observancia de los principios de audiencia y contradicción. Así, “si en un momento dado el administrador de la duda negocial presenta una solución posible para resolver el negocio, ambas partes habrán de poder exponer sus puntos de vista, así como efectuar comentarios ante cualquier argumento, información o prueba presentado de contrario” (Recomendación de la Comisión Europea de 4-4-2001, mencionada en el citado Libro Verde).

manera inmediata y en forma indubitada, siendo *vinculante* para éstos, salvo que se impugne judicialmente por alguna de las partes, dentro del plazo de treinta días, en el caso del asegurador y ciento ochenta en el del asegurado, computados ambos desde la fecha de su notificación. Si no se interpusiere en dichos plazos la correspondiente acción, el dictamen pericial devendrá inatacable...”

11. Proponemos reflexionar sobre la conveniencia de que la Comunidad Europea promulgue un **“Cuerpo de Derecho de Gentes Comunitario”**, al que las partes vía pacto *podrían* referir la decisión de sus contiendas.

El mundo actual carece de un verdadero “derecho de gentes”, un conjunto de reglas universalmente aceptadas que regulen sistemática y omnicomprendensivamente las relaciones de corte internacional y cuya interpretación y aplicación unitaria resulte garantizada.

Las normas que actualmente rigen el tráfico transfronterizo no generan suficiente confianza y seguridad. Ni las normas de carácter nacional, ni las emanadas de órganos o acuerdos internacionales o supranacionales.

¿Qué país podrá garantizar que sus normas de conflicto, sus normas de aplicación directa, la competencia exclusiva reservada a sus Tribunales o las resoluciones dictadas por éstos serán aceptadas, reconocidas y ejecutadas en todo caso en el extranjero?

¿Acaso la remisión a los respectivos Tribunales nacionales de la calificación de las normas de conflicto o de la interpretación de las normas materiales acordadas a nivel internacional no habrá de crear diferencias en la aplicación de dichas normas?

Sólo un auténtico *Ius Gentium* es capaz de solventar los problemas aludidos. Ahora bien, hoy en día no hay ninguna “Roma” capaz de producirlo y hacerlo cumplir por la fuerza. Se impone la coordinación internacional y la admisión generalizada de la equidad como instrumentos idóneos para facilitar el negocio transfronterizo. Con todo, ha de reconocerse que la seguridad que Roma transmitía *–ratione imperii–* es muy superior a la que actualmente deriva *–imperio rationis–* de dichos instrumentos.

A nivel de la Comunidad Europea, se sugiere la posibilidad de promulgar un “Cuerpo de Derecho de Gentes Comunitario”, dotando así al negocio transfronterizo intraeuropeo de un nivel de seguridad comparable al que en su día ofreció Roma:

— La idea de un Derecho Común Europeo no es novedosa. El Parlamento Europeo, en su resolución de 15 de noviembre de 2001, ha sugerido a la Comisión un plan de acción muy concreto que habría de desembocar, a partir de 2010, en la elaboración y adopción de un cuerpo de reglas sobre el derecho de los contratos de la Unión Europea. Un estudio detallado de la cuestión en la página 367 ss. del libro *L’Europe du Droit*, realizado por iniciativa de la “Conférence des Notariats de l’Union Européenne” (CNUE) y presentado en el Parlamento Europeo el 3-12-2002 por el presidente de la Comisión de Justicia y Mercado Interior.

— Otras instituciones trabajan asimismo en idéntica dirección: UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), la comisión “Lando” (que ha redactado unos “Principles of European Contract Law”), el “SGECC” (“Study Group on a European Civil Code”), presidido por el profesor Von Bar; la universidad de Utrecht (“Centro de Derecho Privado del Instituto Melongraaff”); la asociación “SECOLA” (“Society of European Contract Law”); la academia “ERA” (“Europäische Rechtsakademie

Trier”); la “EUI” (“European University Institute”), de Florencia; el grupo de Trento, etc.

— Acaso pudiera realizarse dicho Cuerpo por partes, comenzando por lo relativo a las “Obligaciones y Contratos”. Habría a tal fin de servir de modelo, con mínimas adaptaciones, la normativa italiana, por ser punto de encuentro de las diferentes culturas jurídicas continentales. Sólo puntuales concesiones al sistema anglosajón deberían ser otorgadas. Pues el cuerpo que se pretende ha de ser un derecho pensado para el intercambio dentro de Europa; y dentro de las fronteras europeas, particularmente tras su ampliación hacia el Este prevista para el año 2004, el sistema jurídico anglosajón no constituye moneda de cambio. Todo ello sin perjuicio de que, a nivel extra-comunitario, el sistema anglosajón perpetúe su vigencia.

A este respecto, especial interés presenta el anteproyecto del primer libro de *Código Europeo de Contratos*, presentado en 2001 por el denominado “Grupo Pavía”. Se basa principalmente en el Libro IV del Codice Civile italiano de 1942 y tiene en consideración el “Code Harvey McGregor”, un proyecto de código contractual elaborado en 1993 por orden de la Law Commission inglesa.

— Constituiría un cuerpo jurídico sistemático que, publicado vía Reglamento, no sería, sin embargo, inmediatamente aplicable a toda relación inter-comunitaria, sino sólo cuando las partes, confiando en su autoridad, así lo pactaran; *excepcionalmente, en determinadas materias, su aplicación sería inmediata*. Se respetaría así, pese a su carácter sistemático y omnicompreensivo, el principio de subsidiariedad propio de la normativa comunitaria.

— Queda pues claro que el cuerpo jurídico comunitario respetaría plenamente el ámbito –interno y también el supracomunitario– de las diversas legislaciones nacionales existentes en el seno de Europa.

— Su mera existencia, por la seguridad y prestigio que acarrea, sería de aplaudir. Por ello, la importancia de su contenido inicial no debe ser magnificada; tiempo habría de ir puliendo y perfeccionando su contenido.

La moneda propia, la lengua autóctona y también la legislación diferenciada, con independencia de su contenido, son instrumentos de cohesión del grupo. Esto que es cierto, y en lo posible utilizado, a niveles inferiores es también cierto y útil a nivel comunitario.

— La doctrina emanante de la varia normativa comunitaria debería ser sistemática y periódicamente incorporada al contenido de dicho Cuerpo jurídico.

— La costumbre consolidaría su aplicación. Naturalmente, su aplicabilidad excluiría la temida excepción de orden público (art. 34,1 Reglamento Bruselas “I”).

— Un Tribunal, perteneciente a la Comunidad, habría de encargarse de unificar *in extremis* la práctica nacional en la aplicación de dicho Cuerpo. Dicho Tribunal bien podría ser una de las diferentes Salas Jurisdiccionales, ideadas por el Tratado de Niza, del Tribunal de Primera Instancia Comunitario. Se propone la especialización de una de dichas salas en la materia. Por encima de dicha sala se encontraría la “Gran Sala” del Tribunal de Primera Instancia y, en la cúspide, el Tribunal de Justicia comunitario.

II. Modelo

PODER PARA ADMINISTRACIÓN DE LA DUDA CONTRACTUAL. Las partes apoderan irrevocablemente a XXX (en adelante, “el arbitrador”), con DNI número....., con domicilio en la calle....., núm., de la localidad de....., con número de teléfono....., fax..... y e-mail....., para, a instancia de parte, interpretar, completar y en general resolver cualquier duda que suscite la ejecución del contrato escriturado en la presente:

1. El ARBITRAMENTO prevalecerá aun sobre lo acordado previamente por las partes en el contrato, siempre que el caso arbitrado presente serias dudas de hecho o de derecho.

Sólo podrá ser impugnado cuando en su adopción –el arbitrador– haya faltado evidentemente a la equidad.

2. Podrán ser sometidas a arbitramento cualesquiera materias –atinentes al susodicho contrato–; se exceptúan aquellas sobre las que las partes no puedan transigir.

3. Las partes, dejando a salvo la posibilidad –que se reservan– de solicitar en cualquier tiempo medidas cautelares en prevención, se obligan recíprocamente a no interponer demanda judicial sobre cuestión atinente al contrato hasta pasados quince días desde la solicitud de arbitramento que previamente se comprometen a realizar; so pena, a la que se da el carácter de cláusula estrictamente penal, de tener que abonar a la otra parte una cantidad equivalente a la tercera parte de la cuantía del proceso, estimándose a estos efectos las pretensiones inestimables en 18.000 euros.

Pasados dichos quince días, en tanto exista litispendencia, no podrá dictarse arbitramento sobre la cuestión.

4. En su actuación, el arbitrador gozará de la más amplia libertad procedimental; en particular, podrá promover y participar en cualesquiera intentos de composición de las partes, acumular dudas, solicitar el dictamen de peritos, dictar uno o varios arbitramentos, aclararlos y rectificar sus errores materiales.

Salvo que el arbitramento contenga un especial pronunciamiento sobre gastos y costas, serán éstas de cuenta de quien lo hubiese solicitado.

5. Las partes reconocen –y consienten– que cualquiera de ellas podrá –en su caso– acudir a un proceso monitorio para cobrar la

deuda dineraria, vencida, exigible y de cantidad determinada, que de un determinado arbitramento pueda resultar a su favor, acompañando a su petición inicial del procedimiento monitorio –además del documento firmado por el arbitrador en que conste dicho arbitramento– copia auténtica de la presente escritura.

6. El arbitrador sólo responderá en caso de dolo o culpa grave.

7. Declarado ineficaz parte del contenido del presente poder, el resto conservará valor.

Yo, el notario, informo a las partes de la regulación y consecuencias del proceso monitorio y de la especial conformación que el presente poder supone en orden a la tutela judicial efectiva de sus intereses. Enterados, insisten en su otorgamiento, con conocimiento de los riesgos que implica y sometiéndose a sus consecuencias.

III. Justificación del modelo propuesto

En las líneas que siguen glosamos puntualmente el modelo propuesto. Ciertamente, el modelo podría ser bastante más corto. Ahora bien, la *novedad* de la figura recomienda detallar su contenido.

PODER PARA ADMINISTRACIÓN DE LA DUDA CONTRACTUAL (17). Las partes apoderan irrevocablemente (18) a XXX (en adelante, “el arbitrador”), con DNI número, con domicilio en la calle, núm., de la localidad de, con número de teléfono, fax y e-mail, para, a instancia de parte (19), interpretar, completar y en general re-

(17) El presente poder es susceptible de ser referido a contenidos extranegociales. Su ámbito por excelencia, sin embargo, es el negocial y, dentro de éste, el campo contractual.

(18) Por razón de su causa, la irrevocabilidad pactada no podrá ser dejada sin efecto unilateralmente por una de las partes, ni aun ofreciendo indemnización de daños y perjuicios. En esta línea, nuestro TS confirmó la irrevocabilidad de un poder otorgado por los herederos a un tercero como medio de acabar con las controversias que tenían sobre la partición de determinada herencia (STS 31-5-2000).

Por razón de su causa, es posible sostener la subsistencia del poder a pesar de la muerte de uno de sus otorgantes (argumento art. 1.112 C.c.). Pese al tenor literal del artículo 1.732 C.c., la más reciente legislación comienza a admitir puntualmente la vigencia del poder *post mortem* (cfr. art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

(19) El domicilio de las partes figurará en la comparecencia o intervención de la escritura. Para mayor facilidad, convendrá añadir entonces una dirección e-mail.

Algunos problemas pueden plantear situaciones tales como la mancomunidad simple, la transmisión de la cualidad de parte o el interesado directa y legítimamente en el resultado negocial. Remitimos su estudio a la teoría general, aplicable a nuestro supuesto *cum grano*

***solver* (20) cualquier duda que suscite la ejecución del contrato escrito en la presente:**

1. El ARBITRAMIENTO prevalecerá aun sobre lo acordado previamente por las partes en el contrato, siempre que el caso arbitrado presente *serias dudas de hecho o de derecho* (21).

Sólo podrá ser impugnado cuando en su adopción –el arbitrador– *haya faltado evidentemente a la equidad* (22).

2. Podrán ser sometidas a arbitramento cualesquiera materias –atinentes al susodicho contrato–; se exceptúan aquellas sobre las que las partes no puedan transigir.

salis, en atención a la actuación “conforme a equidad” del arbitrador, como más adelante se indica.

(20) El arbitramento se integra *per relationem* en la relación jurídica de referencia, de la que pasa a formar parte inescindible.

(21) La expresión se ha tomado del artículo 394.1 LEC: “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazados todas sus pretensiones, *salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho...*”.

Repárese en que la cláusula propuesta no supone propiamente un pacto sobre costas.

La cláusula propuesta desincentiva claramente el recurso a la vía judicial. Ahora bien, en último término, corresponderá al juez decidir si en verdad el caso era o no dudoso.

No ha de suscitar reparos que la eficacia de determinado contenido contractual ajustado a derecho se vea, sin embargo, impedida negocial o arbitralmente:

— Las partes pueden transigir sobre él.

— El laudo arbitral no es anulable judicialmente en todo caso, sino sólo en los casos tasados por la ley, en particular cuando fuese contrario al orden público. En tal sentido, a salvo el orden público, el laudo arbitral puede impedir la eficacia de determinado pacto conforme a derecho.

Se recomienda se haga un uso “prudente” de esta posibilidad de “extralimitación”: Su aceptación parte de admitir que entra dentro de la libertad contractual renunciar –*dentro de ciertos límites*– a la “suma justicia” por causa justificada –seguridad, rapidez.

(22) La expresión está tomada del artículo 1.690 C.c. Es utilizada frecuentemente tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, que la aplica por analogía (cfr. STS 10-3-1986).

Quiere ello decir que el arbitramento solo podrá ser impugnado con éxito si *claramente* resulta extralimitado –incongruente por “ultra o extra petita”– o *abiertamente* contrario a lo acordado por las partes o en otro arbitramento anterior –del que de ningún modo es posible considerarlo complemento, aclaración o rectificación de errores materiales... Se impone una **interpretación estricta y severa de la posibilidad de impugnación del arbitramento** (cfr. STS 23-4-2001).

Aclarado esto, nada se opone a que la decisión del arbitrador, como parte integrante del contrato que es, sea susceptible de ser impugnada judicialmente. En tal sentido, las STS 21-4-1956, 22-11-1966 y 10-3-1986. Su censura se producirá conforme a las reglas generales, vg., por vicios en la formación de la voluntad del árbitro, por recaer el arbitramento sobre cuestión previamente decidida por sentencia firme (cfr. arts. 1.817 y 1.819 C.c.), o por ser contrario *al orden público*, entendido éste como vulneración de alguno de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por el capítulo II del título I de la Constitución (cfr., entre muchas otras, S. AP Pontevedra de 14-2-2000 y art. 53 CE).

3. Las partes, dejando a salvo la posibilidad –que se reservan– de solicitar en cualquier tiempo *medidas cautelares en prevención* (23), se obligan recíprocamente a no interponer demanda judicial sobre cuestión atinente al contrato hasta pasados quince días desde la solicitud de arbitramento que previamente se comprometen a realizar; so pena, a la que se da el carácter de *cláusula estrictamente penal*, de tener que abonar a la otra parte una cantidad equivalente a la tercera parte de la cuantía del proceso, estimándose a estos efectos las pretensiones inestimables en 18.000 euros (24).

(23) La tutela judicial efectiva también alcanza a la pretensión de adopción de medidas cautelares (art. 5 LEC).

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es irrenunciable preventivamente (STS 10-3-1986). La reserva prevista evita una posible merma en la tutela –cautelar– de una cualquiera de las partes, quienes, acreditando razones de urgencia o necesidad, podrán solicitar medidas cautelares antes de la demanda –principal–, las cuales “quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas en los veinte días siguientes a su adopción” (art. 730,2 LEC).

El procedimiento arbitral –por sí solo– no altera ni interfiere el régimen legalmente previsto para el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles (cfr. art. 2.119 ss. LEC de 1881; en particular, art. 336 C. de c.).

La solicitud de arbitramento no suspende ni interrumpe los plazos de prescripción para llevar el caso a los Tribunales (cfr. arts. 1.973 C.c. y 944 C. de c.). Por ello, en algún excepcional supuesto, exigir la solicitud previa de arbitramento podría afectar al derecho de acceso a la justicia. El supuesto es de laboratorio. Pues normalmente las acciones y cuestiones susceptibles de ser sometidas a arbitramento tienen previsto un plazo para su ejercicio superior a quince días.

En el cómputo de los quince días no se excluyen los días inhábiles (art. 5 C.c.): No se trata de un término procesal, sino que constituye un plazo contractual. (Cfr. STS 21-2-1977 y también art. 15.2 LA.) Por su propio interés, quien solicite el arbitramento se encargará de que conste fehacientemente la fecha y contenido de su solicitud.

La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda (art. 410 LEC). A nuestro juicio, en ningún caso deberá retrotraerse dicha litispendencia a la fecha de la solicitud de medidas cautelares en prevención. Por tanto, dicha solicitud en prevención no obsta a la incoación de un proceso monitorio, cualquiera que sea la parte que lo incoe.

(24) La redacción de la cláusula penal se inspira en el artículo 394,3 LEC, relativo a la cantidad a pagar caso de condena en costas en la primera instancia.

La inclusión de la referida cláusula penal pretende garantizar la seriedad y eficacia práctica del poder otorgado al arbitrador. Como cláusula *estrictamente penal*, no ha de ser óbice a que además se alegue ante el juez la **excepción de pacto o promesa de no pedir...** hasta tanto no se integre la relación jurídica.

La solicitud de arbitramento no debe ser tratada como un mero requisito formal *subsannable*, como se trató en su día a la antigua papeleta de conciliación previa. Por dos razones, una de orden teórico y otra de tipo práctico:

— Por respeto a la institución del arbitramento, lo que sin duda contribuirá a su prestigio y capacidad de inspirar confianza. El demandado, conforme a lo pactado, tiene pleno derecho a confiar en que la autoridad, habilidad y poder de presión atribuidos al arbitrador evitarán que la duda devenga conflicto abierto.

— Porque el arbitramento forma parte del contenido negocial. Por ello, no se debe per-

Pasados dichos quince días, en tanto exista litispendencia, no podrá dictarse arbitramento sobre la cuestión.

4. En su actuación, el arbitrador gozará de la más amplia *libertad procedimental*; en particular, podrá promover y participar en cualesquiera intentos de composición de las partes, acumular dudas, solicitar el dictamen de peritos, dictar uno o varios arbitramentos, aclararlos y rectificar sus errores materiales.

Salvo que el arbitramento contenga un especial pronunciamiento sobre *gastos y costas*, serán éstas de cuenta de quien lo hubiese solicitado (25).

5. Las partes reconocen –y consienten– que cualquiera de ellas podrá –en su caso– acudir a un proceso monitorio para cobrar la deuda dineraria, vencida, exigible y de cantidad determinada, que de un determinado arbitramento pueda resultar a su favor, acompañando a su petición inicial del procedimiento monitorio –además del documento firmado por el arbitrador en que conste dicho arbitramento– copia auténtica de la presente escritura.

mitir al incumplidor subsanar dentro del juicio su falta de solicitud de arbitramento, vg., en trámite de la audiencia previa al juicio. Adviértase que dicha audiencia previa tiene lugar *después* de la contestación de la demanda (art. 414 LEC).

Naturalmente, el juez podrá modificar –equitativamente– la pena, aunque sólo en los supuestos que la ley prevé, a saber, cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; vg., cuando, sin previa solicitud de arbitramento, se interpuso demanda y luego, advertida dicha omisión, se desistió del juicio.

El Tribunal Supremo tiene declarado que “no se puede penalizar a quien acuda a los tribunales en defensa de sus derechos” (STS 31-5-2000). Esta declaración la realizó al hilo de un asunto en el que las partes se habían comprometido a no impugnar la decisión de los arbitradores, conculcando así gravemente su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La doctrina sentada por el TS en la sentencia de referencia no es extrapolable a nuestro caso. El arbitramento que proponemos no merma la tutela judicial efectiva de las partes. En particular, respeta la tutela cautelar y el libre acceso a los Tribunales.

(25) El administrador de la duda goza de la más amplia libertad de actuación. En particular:

— No está sujeto a plazo alguno para dictar su resolución, que podrá o no acordar, pronunciándose sobre todo lo de él solicitado o sólo sobre parte (no le alcanza deber alguno de resolver los asuntos que se le encomiendan, en contra de lo que para la judicatura prescribe el art. 1.7 C.c.).

— Puede pedir anticipo de las cantidades necesarias para la ejecución de su encargo (art. 1.728.1 C.c.).

Naturalmente, de común acuerdo las partes podrán retirarle su encargo y quien le requirió desistir de su petición.

En el procedimiento arbitral, en principio, no cabe incluir los honorarios de los abogados de las partes en las costas, dado el carácter potestativo de su actuación; es dudosa su inclusión si ambas partes actúan por medio de abogado y una de ellas incurre en temeridad o mala fe (cfr. art. 35 LA y 32,5 LEC). Todo ello, salvo que otra cosa hayan acordado al efecto las partes (art. 21.2 LA).

6. El arbitrador sólo responderá en caso de dolo o culpa grave (26).

7. Declarado ineficaz parte del contenido del presente poder, el resto conservará valor (27).

Informo a las partes de la regulación y consecuencias del proceso monitorio y de la especial conformación que, en orden a la tutela judicial efectiva de sus intereses, el presente poder supone. Enterados, insisten en su otorgamiento, con conocimiento de los riesgos que implica y sometiéndose a sus consecuencias (28).

IV. Epílogo

El modelo propuesto no es un modelo cerrado. Fuera hemos dejado cuestiones que harían extraordinariamente gravosa su aventura —por desacostumbrada— puesta en funcionamiento: ¿Resultaría impropio extender a nuestro procedimiento el beneficio de la justicia gratuita para cubrir los gastos a él vinculados?

(26) Son aplicables en cualquier caso los artículos 1.103 y 1.726 C.c.

El presente poder probablemente se verá complementado por uno o sendos contratos de arrendamientos de servicios que el arbitrador acaso suscriba con las partes.

La redacción propuesta trata de desanimar, en lo posible, la citación del arbitrador en pre-visibles conflictos jurisdiccionales *inter partes*.

En relación al árbitro, tiene declarado el TC (auto TC de fecha 28-10-1993) que “el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo”. Claro que su declaración deriva de considerar al arbitraje “equivalente jurisdiccional”. El arbitrador, en cambio, carece de dicho carácter de equivalencia.

La obligación de confidencialidad, tanto de las partes como del arbitrador, debería bastar a **impedir la citación a juicio del arbitrador, particularmente como testigo**. Por idéntica razón, el arbitrador no debe poder ser designado árbitro de la cuestión.

(27) La innovación tiene sombras, genera riesgo. La cláusula prevista actúa de cierre.

Por prudencia, se recomienda que el arbitrador, siquiera informalmente, observe los principios de audiencia y contradicción. Lo que hará constar expresamente en su decisión, de la misma manera que deberá hacer constar expresamente en ella haber observado la norma imperativa aplicable al caso.

(28) Conviene no dejar duda alguna respecto al consentimiento informado de las partes a la hora de otorgar el presente poder. La fórmula utilizada no es nueva (cfr. arts. 82,5 y 1.477 C.c.).

Los tiempos modernos apuntan a la extrema conveniencia de una advertencia expresa como la formulada en el modelo. Por ejemplo, en el artículo 17 de la citada propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, se exige —entre otros— que en la notificación o providencia que se notifique al deudor se le advierta del hecho de que, de no mediar oposición por su parte, podría dictarse una resolución favorable al acreedor sin previo examen —o previo examen sumario— de la justificación del crédito por el órgano jurisdiccional. De no mediar tal advertencia, no se podrá emitir Certificado de Título Ejecutivo Europeo.

He aquí, a título de ejemplo, un apartado no incorporado al modelo:

“Si el arbitramento se protocoliza notarialmente y transcurren veinte días desde que el arbitrador notifique notarialmente dicha protocolización a las partes, sin que ninguna de ellas le manifieste su oposición al mismo, se convertirá en definitivamente obligatorio para las partes.

Consienten y reconocen las partes en que, cumplidas las condiciones previstas en el párrafo anterior, el arbitramento tendrá fuerza ejecutiva. A tal fin, habrá de acompañársele copia auténtica de la presente, del acta notarial acreditativa de la comunicación a las partes del arbitramento, y del acta de manifestaciones en la que el arbitrador haga constar no haberle sido comunicada en plazo por ninguna de las partes su oposición al mismo.”

La cláusula no añade mucho a la figura y, en cambio, despierta serias dudas:

a) Atribuir, aun excepcionalmente, al arbitramento autoridad de cosa juzgada entre las partes es sumamente arriesgado. Puede contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, particularmente en los casos de falta de notificación personal del arbitramento a alguna de ellas. La cuestión, además, hace tránsito a un drástico acortamiento –paccionado– de los plazos legales de prescripción, lo que parece resultar inadmisibles (29).

b) El carácter ejecutivo del arbitramento notarialmente protocolizado es dudosamente legal. El artículo 517 LEC recoge una lista tasada de títulos ejecutivos que sólo la Ley, no la voluntad de los particulares, puede ampliar. Y el arbitramento no es ni un laudo, ni una escritura pública, sin que la analogía sea admisible en este campo.

Aun cuando el arbitramento se eleve a escritura pública y también en escritura pública conste el contrato que complementa, su carácter ejecutivo podría seguir siendo discutido, ahora por posible contravención del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es muy probable que los Tribunales tiendan a resaltar en el arbitramento su carácter *provisional* y previo a la vía conflictual. Así, miméticamente, se argumentaría: Si no cabe la ejecución provisional de una condena a emitir una declaración provisional (art. 525 LEC) o la de un laudo no firme (art. 708 LEC), *con mayor razón* tampoco ha de ser ejecutable el arbitramento de referencia.

(29) Aun admitida en general, a efectos hipotéticos, dicha posibilidad de acortamiento de los plazos de prescripción por las partes, es particularmente discutible dicha posibilidad en nuestro caso. De un lado, por la extraordinaria brevedad del plazo previsto. De otro lado, porque afectaría también a plazos de caducidad. La cuestión aparece explícitamente contemplada en el *Codice Civile* italiano.

Para iniciar su andadura, no parece imprescindible incorporar todo o parte de la cláusula referida al modelo. Con todo, apuntar ya desde ahora que la legislación más moderna comienza puntualmente a moverse en el sentido expuesto. Como ejemplo, haremos constar que la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, al tratar de la protección de los clientes de servicios financieros, en su artículo 29 hace constar literalmente lo siguiente:

“... Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión... deberán contar con un departamento o servicio de atención al cliente...

Dichas entidades podrán... designar un Defensor del Cliente, que habrá de ser una entidad o experto independiente de reconocido prestigio...

La decisión del Defensor del Cliente *vinculará* a la entidad. Esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa.”

El artículo 7.5 del RDL 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, crea la figura del “defensor del partícipe”, implantando en su ámbito dicho régimen de vinculación.

Puede que la *vinculación* expresada se extienda en un futuro próximo a otros ámbitos con objeto de proteger al contratante más débil, como el trabajador por cuenta ajena frente al patrono, el consumidor frente al profesional, el comerciante frente al gran distribuidor, el productor frente a la central de compra, o incluso el asociado –accionista minoritario– frente a la sociedad o el inquilino frente al propietario.

La referida vinculación a la decisión del “ombudsman” del cliente se plantea esencialmente en términos de “marketing”. En efecto, si las referidas empresas o profesionales no dan curso a las decisiones del defensor del cliente, corren el riesgo de que la decisión se publique o, si están asociados a un sistema comercial que concede –por ejemplo– etiquetas de calidad, se arriesgan a que se les excluya del sistema.

El presente trabajo se encuadra dentro de la vía de consulta abierta por la Comisión de la Unión Europea en su referido “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”. Partiendo de nuestras instituciones propias, pretende facilitar el entendimiento jurídico con los restantes países del área comunitaria: la Comunidad Europea es ya hoy un auténtico mosaico de legislaciones, que en breve –tras su proyectada ampliación hacia el Este– se verá considerablemente ampliada.

ANTES QUE HEREDAR, PAGAR

CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ

Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Córdoba

“ANTES QUE HEREDAR ES PAGAR.” Así reza un conocido dicho breve y sentencioso que, a mi juicio, resume y compendia uno de los fundamentos de la sucesión. Pagar las deudas supone que, cuando una persona fallece, otro u otros se hacen cargo, no solamente del activo, de los bienes que deja el difunto o de nada si nada deja, sino también de las deudas si las hay, con las matizaciones y limitaciones de responsabilidad que pueden darse. Desde luego, es principio fundamental que el que sustituye al que fallece lo hace en la titularidad del activo y del pasivo, y tal cosa es elemental para el tráfico jurídico y para que las relaciones económicas puedan continuar. Estos problemas son los que constituyen las reflexiones del presente trabajo.

Afirmaba LACRUZ BERDEJO lo siguiente: “Imaginemos una sociedad en la que no hubiera herencia. Antes de morir una persona, los más próximos, más conocedores o más codiciosos, se prepararían para apoderarse de sus bienes, y en el momento del óbito o poco antes aquello sería una batalla campal, de la cual algunos de los aspirantes a sucesores saldrían favorecidos con una fortuna, y otros descalabrados; y en la que el más fuerte conseguiría alzarse con la ‘cuota sucesoria’ más sustanciosa.

Si el difunto tenía derechos sobre fincas ajenas, una servidumbre o un usufructo por tiempo determinado, tales derechos desaparecerían; difícilmente podría tener nadie cosas de otro en depósito o en prenda si al morir el poseedor faltase un responsable de su restitución; y como los deudores del difunto se negarían a pagar a quienes intentaran cobrar, desaparecerían asimismo los correspondientes derechos subjetivos" (1). El texto transcrito es enormemente esclarecedor y, sin lugar a dudas, que leído por mí en múltiples ocasiones, me hizo comprender la necesidad de la ordenación de la sucesión *mortis causa* y del pago de las deudas hereditarias como presupuesto inexcusable del fenómeno sucesorio.

Porque, siguiendo a LACRUZ, todavía resulta más impensable la situación sucesoria si las deudas hubieran de extinguirse al fallecer el causante obligado a pagar, ya que fácilmente se comprende que el sistema crediticio y financiero se vendría abajo. ¿Quién se ofrecería a ser acreedor? ¿Quién prestaría dinero? ¿O quién vendería a plazos, si al morir su deudor no hay nadie a quien cobrar la deuda?

Siendo así las cosas debemos considerar que la sucesión a causa de muerte es, no simplemente una adquisición de cosas por el sobreviviente, sino un fenómeno complejo de sustitución del difunto por alguien que se hace cargo de sus relaciones y haberes, que gobierna los bienes, reclama lo que acaso un desaprensivo intenta distraer aprovechándose de la muerte de su anterior dueño, cobra los créditos, pero también liquida la sucesión, paga las deudas, entrega los legados y tiene la responsabilidad, a estos efectos, de conservar el patrimonio del difunto, es decir, para que puedan hacer efectivos sus derechos quienes tengan alguno sobre él. Es, a fin de que las relaciones a las que servía el muerto, de término activo o pasivo, puedan continuar su vida normal, por lo que sustituye al difunto el que viene a hacerse cargo de su patrimonio e incluso los acreedores pueden obtener una garantía de que los bienes de la herencia no serán distraídos o aplicados a pagar créditos de inferior condición. En estas reflexiones se encierra toda una lección sobre el fundamento de la sucesión y de las razones de ordenar el pago de las deudas hereditarias.

Si sabemos que es un axioma jurídico el que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y que incluso los mismos herederos pueden tener contra sí créditos cuyos legítimos tenedores pretenderán cobrarlos en lo que tengan o vayan a tener los sucesores, es natural y lógico que la Ley regule, desde el viejo Derecho de Roma, el pago de las deudas hereditarias.

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A. y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Derecho de Sucesiones, 5.ª edic., José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 12.

El Código civil regula la materia en los artículos 1.082 al 1.087 (2), dentro de la última Sección, la 5.^a, del capítulo VI del libro III, disciplinando la condición jurídica de quienes son titulares de créditos antes, en o por virtud de la partición y bien sea contra el causante de la herencia o contra sus sucesores.

Señala un ilustre comentarista de nuestro Código civil que: “Ya que del modo más o menos acertado con que la distribución del caudal partible se efectúe, puede salir más o menos favorecido el acreedor, comprensible es desde luego que los que posean créditos contra la masa o el heredero, se les otorgue la beligerancia que el legislador les concede en el momento de la partición y la clase de atribuciones que con posterioridad les señala para llegar a cobrar, de todas suertes, lo que se les debe y lícitamente reclaman” (3).

Así es y así lo sanciona el sentido común, pues el heredero recibe de su causante todo lo que no es puramente personal y por ello mismo transmisible. Se hace solidario con su causante no solamente en las relaciones de naturaleza económica que recibe, sino también en lo que no recibe y esto se explica diciendo que los causahabientes reciben el activo y el pasivo. Se heredan bienes, contratos, donaciones, dinero y joyas, pero tam-

(2) Artículo 1.082 C.c.: “Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos”.

Artículo 1.083 C.c.: “Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos”.

Artículo 1.084 C.c.: “Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda”.

Artículo 1.085 C.c.: “El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional.

Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar”.

Artículo 1.086 C.c.: “Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta o carga real perpetua, no se procederá a su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare.

No acordándolo así, o siendo la carga irredimible, se rebajará su valor o capital del de la finca, y ésta pasará con la carga al que le toque en lote o por adjudicación”.

Artículo 1.087 C.c.: “El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero y sin perjuicio de lo establecido en la sección quinta, capítulo V de este Título”.

(3) SCAEVOLA, Q. M., *Código civil, comentado y concordado extensamente*, t. XVIII, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1901, p. 474.

bién las cargas, las deudas y los gravámenes que el sucesor ha de respetar como si él mismo las hubiera contraído o constituido. Todo esto lo explican los iuriprivatistas, desde Roma, afirmando que con la muerte de una persona quedan abandonados (*sic*) los bienes (4) a los que se hace necesario asignar un nuevo titular para que continúe las titularidades activas y pasivas que por la muerte quedaron interinamente acéfalas.

El o los sucesores van a continuar aquellas titularidades en la misma extensión y cualidad con las que se habían venido ejerciendo por el difunto, y aquí el Derecho romano con su simbolismo y su sentido común nos dice que se suponía que el heredero era la “máscara del testador”, queriendo así expresar gráficamente la total y completa sustitución del difunto por el heredero que, como tantas veces repetimos, es el continuador de la personalidad del *de cuius*; los derechos y deberes de aquél se hacen suyos y ambos patrimonios se confunden en uno solo, salvo en el caso de la aceptación beneficiaria. Se trata de subentrar en el *universum ius quod defuncti habuerit* y que, cuando la sucesión es universal (5), lo que la caracteriza frente a otros títulos de adquisición es la no creación de un nuevo título autónomo (para los derechos) y la ausencia de novación (para las deudas).

En relación con las deudas ya dijo acertadamente CICU que “la transmisión al heredero de las obligaciones no puede ser explicada del mismo modo que la transmisión de los derechos. El poder de disponer del propio derecho, sea o no inherente al mismo, es admisible para éstos en cuanto constituyen bienes de los cuales el titular se puede despojar, sea transfiriéndolos a otros, sea renunciándolos. Se intuye que no se pueda disponer igualmente de las propias obligaciones, ya que eso supondría disponer de derechos de otro. Por tanto, salvo el caso de obligaciones inherentes a derechos que se transmiten, la transmisión de las obligaciones no puede tener lugar sino en cuanto se consientan por el acreedor y en defecto de este consentimiento podrá un sujeto asumir la obligación de otro, pero éste no quedará liberado. También el testador puede disponer de sus propios bienes y no de sus deudas, pero como con la muerte deja de ser deudor, si la deuda no se transmitiese, cesaría de existir como obligación” (6). Aquí se encuentra la razón de por qué se transmiten normalmente al heredero.

(4) Queremos decir que falta por el momento el titular de aquel patrimonio que ahora llamamos caudal relicto.

(5) No entramos aquí en matizaciones, ya que solamente tratamos de ambientar las razones que mueven al pago de las deudas hereditarias.

(6) CICU, A., *Derecho de Sucesiones*, parte general, traducción de la 2.^a edición italiana por J. M. GONZÁLEZ PORRAS, con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por M. ALBALADEJO, Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, Studia

Todas estas circunstancias, magistralmente expuestas por CICU, tienen un origen histórico que ya se advierte en la sucesión hereditaria romana, y fue mérito de SCIALOJA y de BONFANTE el poner en claro los principios fundamentales del derecho hereditario romano. La razón está en la idea de que el heredero, más bien que adquirente de un patrimonio, era y es la persona investida de una cualidad personal, de la que deriva la dicha adquisición patrimonial; y así las cosas se ven mejor y más claras. Así se explica la intransmisibilidad de la delación cuando, muriendo el llamado antes de haber adquirido el patrimonio mediante la adición, éste no se defería a sus herederos, y viceversa, adquirida por la adición la cualidad de heredero, de ella no se podía desprender nunca el llamado ni siquiera cediendo la herencia: "*semel heres, semper heres*".

Pero nada de lo expuesto lleva a pensar —y por supuesto que nosotros lo rechazamos— en una concepción de la herencia como *universitas iuris*. La doctrina tradicional que ha tomado sus presupuestos de las fuentes romanas (7) habla de *successio in universum ius* o *in universitatem*, y la argumentación la hallaban no tanto en el paso de la posesión, como en el traspaso de las deudas, por estimar la herencia como *universitas iuris* y por eso comprensiva tanto de los bienes como de las deudas. Esta posición, a la que hemos hecho referencia en líneas precedentes, se encuentra en autores recientes. Pero, interesada en el estudio y en las razones que llevan a disciplinar el pago de las deudas hereditarias, es conveniente estudiar los planteamientos doctrinales que en la literatura especializada, sea romana que civil, han tratado de justificar el vínculo indisoluble entre bienes y deudas en una pretendida unidad orgánica de la herencia o en el destino de los bienes precisamente para satisfacer las deudas. La cuestión es importante para enfrentarnos a los distintos problemas que después tendremos que tratar con soluciones fundamentalmente positivas, pero para las cuales no será indiferente conocer los planteamientos de la doctrina.

Albornotiana, Barcelona, 1964, p. 21. Añade CICU que "lo que diferencia la sucesión *mortis causa* de cualquier otra sucesión es que en ella, además de sucesión en derechos, hay también una sucesión en las obligaciones y en la posesión. Lo cual, sin embargo, no tiene lugar para cualquier sujeto que suceda *mortis causa*, sino solamente para quien suceda en calidad de heredero". Por su parte, ALBALADEJO, al anotar esta obra, señala en relación con lo transcrito que es "asimismo exacta para nuestro Derecho la posición que el texto adopta en orden a explicar por un lado la disponibilidad de los derechos, y por otro la indisponibilidad de las obligaciones (que son derechos para el acreedor). Ciertamente, 'la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte' (art. 659 C.c.); pero las obligaciones las recibe el heredero gravando su adquisición de bienes, pero no porque pueda disponer de ellas el causante. Éste de lo que dispone es de sus bienes (cfr. arts. 667 y 668 C.c.)".

(7) Cfr. sobre todo la elaboración doctrinal de AMBROSINO, en *Studia et documenta Historiae et Iuris*, sobre el concepto de "*Successio in ius* o *successio in locum*", Apollinaris, Roma, 1945.

Y ello siempre desde ese presupuesto de ver la vinculación o el destino de los bienes de la herencia para pagar deudas, así de sencillo. Sin embargo, si tal vínculo se pudiese aceptar, se llegaría a entender que las deudas –y su consiguiente satisfacción– eran cargas reales de los bienes relictos, lo que no es posible aceptar porque ni siquiera en el Derecho de Roma era admisible (8). Y ello porque, afirmar que las deudas hereditarias no son inherentes a los bienes o no están vinculadas a los bienes hereditarios, resulta del hecho de que en la herencia aceptada pura y simplemente, en la que se puede decir que hay traspaso de las deudas, el heredero no responde con los bienes hereditarios, sino con todo su patrimonio, en el que, como sabemos, se ha refundido su patrimonio y el de su causante.

La lectura de los trabajos de STOLFI lleva a poder afirmar que deudas y bienes hereditarios no tienen nada más que un vínculo puramente subjetivo y este no es otro que el de tener como titular un mismo sujeto. Y así volvemos, como siempre, al Derecho romano: la sucesión es la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de relaciones jurídicas. Este criterio hace innecesario acudir, como a veces se repite, a la figura de la *universitas* que, la verdad, puede muy bien quedar reducida a una mera ficción, y esto porque, según un sector mayoritario de la doctrina, aquella posición no sirve para explicar el paso de la posesión y sí sirve la idea de sustitución en las titularidades y porque igualmente interesa para explicar lo que leemos en las fuentes romanas y que continuamos estudiando en los manuales al uso: “la herencia puede consistir solamente en deudas”; algo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha repetido en muchas ocasiones, reconociendo que el título de heredero no está necesariamente unido a la adquisición de bienes, pudiendo tener la sucesión un contenido sólo pasivo.

Luego, y a esta conclusión me parece conveniente llegar, la concepción de la herencia como *universitas iuris* es objetable y no sirve para explicar el fenómeno sucesorio, e igualmente rechazable es que se pueda pensar que el nexo entre bienes relictos y deudas hereditarias está en que los bienes de la herencia están *destinados* a pagar a los acreedores. Las deudas hereditarias no son cargas de la herencia, cargas que graven con carácter real los bienes. Ni el nexo entre patrimonio hereditario y pago de las deudas puede encontrarse en la idea –que también se encuentra en algunos autores– de que las deudas se contrajeron para el funcionamiento del patrimonio de su titular, con una pretendida y por supuesto infundada semejanza entre herencia y empresa; la llamada organicidad de la herencia.

(8) Como en el Derecho italiano, observó atinadamente NATOLI en su estudio sobre *L'amministrazione dei beni ereditari*, t. II, Giuffrè, Milán, 1947-1949, pp. 68 y ss.

Que el heredero venga obligado a pagar las deudas hereditarias responde, no solamente al sentido común y a exigencias de seguridad jurídica (9), sino también, y posiblemente porque el Derecho romano era la razón escrita, a la concepción dogmática que en aquel Derecho se tuvo de la *hereditas* y de la sucesión. *Succedere* era sinónimo de *subire*, y significa algo más que continuar, era seguir o continuar en una misma situación anterior. Por eso se dice, y lo he puesto de manifiesto ya varias veces, que el sucesor entra, *succedit*, en una posición; así de simple y de complicado al mismo tiempo.

Señala IGLESIAS que “si trasladamos el significado gramatical al campo jurídico, vendremos a la consecuencia de que *succedere* no indica traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación. Tanto en el Derecho público —hábalese de los cargos magistrales—, como en el Derecho privado de la herencia, *successio* no significa otra cosa que reemplazo en la posición jurídica. El sucesor —añade IGLESIAS— sigue al antecesor, como una onda sigue a otra onda, si nos valemos de la imagen horaciana” (10).

El pago de las deudas hereditarias es obligación del o de los herederos o, como también se acostumbra a decir, es obligación de la herencia. Lo que ya era así desde los tiempos más remotos de Roma, y prueba de ello, sin poder entrar en este trabajo en una investigación histórica romana, es que con la potestad familiar que recibía el *sui heredes* iban ligadas ciertas cargas y las obligaciones de protección con relación a los libertos y clientes e incluso de extranjeros (11), y probablemente también las deudas de las cuales el difunto, como jefe de la casa, respondía. Era y es la responsabilidad por las obligaciones de la herencia. Quedar el heredero sujeto al pago de las deudas hereditarias es algo que tiene un remoto origen y obedece a la idea de sustitución, ya dicha y a la más amplia de sucesión en el poder doméstico. Y no faltan autores que llegan a pensar que la obligación de atender las deudas hereditarias es todavía anterior al derecho honorario. Afirman JÖRS-KUNKEL (12) que en cuanto a la clase de obligación de las que se debía responder debió ser limitada en los tiempos más primitivos y posiblemente comenzó, dicen, por responderse

(9) Como ya hizo notar LACRUZ BERDEJO y hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores.

(10) IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano, historia e instituciones*, t. II, 11 edic., Ariel, Barcelona, 1993.

(11) Son de enorme interés la lectura de las *Leges Fufia Caninia* año 2.º C., o la *Lex Aelia Sentia*, año 4.º C., en relación con la libertad de los enormes contingentes de libertos que llegaban a Roma y los problemas que planteaba.

(12) JÖRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, traducción española de la 2.ª edic. alemana por Prieto Castro, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1937.

de obligaciones delictuales que otros creen estaban excluidas (13) (Ley Decenviral) y como en el Derecho antiguo la responsabilidad por delitos era amplísima, por comprender muchos casos que después entraron dentro de la responsabilidad contractual (14), debieron –señalan estos autores– ser relativamente escasas las obligaciones que, en la antigüedad, gravaban al heredero.

Llegada a este punto me quedaba bien claro que la muerte de una persona, ya desde los tiempos más remotos, no supone la de sus derechos y obligaciones. El heredero es sucesor, sucede *in locum* o *in locum et in ius*. Sucede en una posición unitaria. El heredero es sucesor y el legatario es adquirente. Por esto, y si bien en líneas anteriores he tomado partido respecto de la concepción de la *hereditas* como *universitas bonorum*, tal cosa es así, a mi juicio, si se observa el fenómeno sucesorio desde la idea de que el continuador de las obligaciones del causante es el heredero. Pero frente a esa idea clásica de la sucesión universal que, como tantas veces he dicho, supone el reemplazo del heredero en la situación jurídica de su antecesor, lo que no cabe duda es de que aquél adquiere el patrimonio de su causante en bloque y entonces la *hereditas* en cuanto *universitas*, se identifica (en el Derecho justiniano) con el *patrimonium* y, en tal caso, desde el ángulo de la responsabilidad, ésta se concibe como una consecuencia de la adquisición de los bienes. Pero con una matización que, según me ha parecido, se puede deducir de las fuentes romanas: la adquisición no está vinculada a todo el patrimonio que se recibe, sino al patrimonio neto, esto es, al patrimonio del causante deducidas las deudas (otra vez el axioma de pagar es antes que heredar): *Bona inte-*

(13) Como señala Díez-PICAZO, en el período más antiguo del Derecho romano las únicas fuentes de las obligaciones fueron el *contractus* y el *delictum*. Sin embargo, se discute cuál de estas dos figuras tuvo precedencia históricamente. Para algunos debió ser primero el *delictum*, pues el *contractus* supone ya una cierta evolución de la cultura y la admisibilidad de que la palabra empeñada, por sí sola o bajo ciertos signos o fórmulas, determina el nacimiento de una obligación. Para otros, cabe alegar que, en una fase inicial, los delitos daban únicamente lugar a la posibilidad de tomar venganza en la persona del autor, de manera que sólo cuando para eludir la venganza privada se estableció, por medio del negocio solemne, el deber de pagar una compensación, pudo hablarse de una obligación derivada del delito, aunque en rigor la obligación no deriva directamente del delito, sino de la promesa. Ya en un momento posterior, la compensación voluntariamente prometida sería sustituida por una compensación legal, pudiendo hablarse entonces del delito como fuente autónoma de obligaciones. Sea como fuere, originariamente las fuentes de las obligaciones fueron estas dos: el contrato y el delito. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Las relaciones obligatorias, 4.ª edic., Civitas, Madrid, 1993, pp. 133-134.

(14) Los delitos típicos comprendidos como fuente de obligaciones eran el *furtum*, la *rapiña*, la *injuria* y el *damnum*. Bajo los dos primeros se incluían las formas de apropiación de cosas ajenas. La *injuria* comprendía tanto las lesiones corporales como las morales, y el *damnum*, por su parte, todo daño ocasionado en una cosa, ya fuera debido a dolo o a negligencia.

ligitur cuiusque, quae deducto sere alieno supersunt (15), pero siempre, a mi modo de ver, por esa situación de colocarse en el lugar del difunto.

El heredero se convierte en deudor personal de las deudas de su causante, pero, al mismo tiempo, el título de sucesión universal consiente, en principio, al heredero adquirir todos los bienes, derechos y obligaciones no personalísimos del *de cuius*. Eso ha sido así, a mi juicio, desde la sucesión legal o mejor legítima o intestada (... *si intestato moritur...* de la Ley de las XII Tablas), de suerte que el heredero adquiere todas las relaciones jurídicas del causante sin necesidad de llevar a cabo actos particulares de adquisición para cada cosa. Y así, desde el Derecho de Roma, se nos explica la razón por la que el heredero se convierte en deudor personal de las obligaciones del causante.

El Ordenamiento jurídico, nuestro Código civil en concreto, al tener que regular el destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida, debe tener en cuenta muchas y variadas circunstancias concurrentes y, por lo que a este trabajo interesaba, se tenían que esclarecer qué bienes se dejan, qué deudas se han de pagar..., cuestiones todas ellas de política jurídica que contribuyen a la debida organización de la sociedad, pues el legislador, el jurista, ha de ser, sobre todo, un organizador de la vida social y no sólo un investigador del pasado. El Código civil, en los preceptos que dedica al pago de las deudas hereditarias, aporta las soluciones más convenientes, no exentas de polémica. Algunas de sus normas se dice que no están debidamente ubicadas en la Sección dedicada al pago de las deudas hereditarias y acaso otras resulten obsoletas en la actual sociedad crediticia y financiera, pero en muchos casos sucede, creo, que las normas se encuentran ya establecidas, y los conceptos generales a los que responden no serían lo que son o no dirían lo que dicen si la sociedad dispusiera de una fuente de Derecho objetivo capaz de crear en cada momento la regulación adecuada a las exigencias siempre mutables. Para eso se cuenta con el criterio del artículo 3,1 del Código civil. Y aún así, siempre será discutible si el cambio o los cambios sociales deben suponer un inmediato cambio del Ordenamiento jurídico. ¿Cambia o no cambia y cómo cambia el orden jurídico como consecuencia de la transformación social? ¿En qué medida un cambio jurídico es un vehículo o instrumento idóneo para operar una reforma social? Son cuestiones que siempre han sido y son dudosas y polémicas en el Derecho y ocuparon a civilistas tan prestigiosos como SAVATIER, RIPERT, HUBER y otros.

(15) Digesto 50,16,39,2 (*Paul. 53 ed.*): “Bienes se consideran lo que queda a uno después de deducir sus deudas”; y Digesto 50,16,83 (*Iav. 5 Plaut.*): “No se pueden llamar propiamente bienes los que reportan más inconvenientes que ventajas”.

El estudio detallado de algunas de las cuestiones que se plantean acerca del pago de las deudas hereditarias está motivado, como ya se ha dicho, por la convicción de que el Derecho de Sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad moderna fundada en el crédito no podría subsistir si las deudas se extinguieran al fallecer el deudor. Y es aquí donde surgen las dos grandes posibilidades históricas y geográficas de organizar la sucesión. Esas dos vertientes se resumen en aquellas legislaciones positivas que se inspiran en la idea de producir una transmisión por igual del activo y del pasivo del causante, de suerte que los sucesores se convierten en titulares activos y pasivos de las relaciones jurídicas transmisibles del difunto, frente a aquellos otros sistemas jurídicos que hacen del pago de las deudas del causante una operación previa y fundamental, que precede a la adquisición del activo remanente.

No hace falta insistir. Se trata de los dos conocidos sistemas romano y anglosajón. El sistema romano o llamado también de *civil law* regula la sucesión entendiendo que la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación de créditos y deudas, de suerte que la deuda subsiste con el nuevo deudor (el heredero y también el o los legatarios *ex art.* 891 de nuestro Código civil), que se ha colocado en el puesto que tenía el causante, que era el primitivo sujeto pasivo de la obligación. El sistema anglosajón o *common law* es diferente y entiende que el fallecimiento de la persona física, causante de la apertura del fenómeno sucesorio, señala el instante para satisfacer las deudas y, en general, se puede decir que para extinguir el pasivo del caudal relicto a base del activo. En todo caso, siempre se ha de pagar antes de heredar, si bien los criterios de organizar el pago de las deudas hereditarias sean diferente, debido, claro es, a que la tradición romanista –que sigue nuestro Código civil– funda la organización sucesoria en la idea, tantas veces expuesta, de que la posición jurídica que ocupaba el causante se mantiene inalterable al colocarse el sucesor en su mismo puesto. El sistema anglosajón, en cambio, opina que los sucesores no son otra cosa que unos “destinatarios del remanente” o saldo activo que quede tras la oportuna liquidación y pago de las deudas que haya.

Una primera consideración de cuanto iba leyendo y reflexionando acerca de estas dos maneras de organizar socialmente la sucesión, y muy concretamente el tema que me preocupaba del pago de las deudas hereditarias, me hizo pensar que eran sistemas situados en polos opuestos... ¡pero bien miradas las cosas no era así! En la práctica profesional las distancias se acortan, pues en resumidas cuentas, en cualquier caso, siempre se atiende al mismo problema, a iguales necesidades. Se puede indicar que más que la técnica seguida en cada sistema para atender al pago de las deudas hereditarias, lo que puede ser más útil, aunque no es el pro-

pósito de este trabajo, es una consideración política, o mejor, de técnica legislativa. Recordaba la doctrina que las comparaciones entre diferentes sistemas jurídicos no debe realizarse entre estructuras jurídicas por razón de su aparente semejanza o no, sino en virtud de la unidad de la función que pueden desempeñar incluso las que aparecen como formas diferentes de actuar. Esto nos puede pasar al comparar uno y otro sistema, que confundamos la forma con la esencia. A mi juicio, antes de entrar en el detalle de los problemas sustantivos, entiendo que las distancias entre el sistema romano de nuestro Código civil y el anglosajón son más cortas de lo que muchas veces se nos dice apresuradamente, y sobre todo en el punto que me interesa, el del pago de las deudas hereditarias, pues en ambos casos de lo que se trata es de asegurar y armonizar el interés de los acreedores con el de los sucesores y eso está completamente garantizado en cualquiera de los dos sistemas. Incluso algún Ordenamiento jurídico, como el alemán, se nutre de normas de uno y otro sistema (16).

El estudio del pago de las deudas hereditarias, aun dentro del esquema del fenómeno sucesorio, no deja de ser o de repetir la idea del cumplimiento de las obligaciones, en general. Y, desde ese mismo punto de vista, estamos ante un fenómeno o una situación que determina deberes jurídicos, y que provoca también adquisición de derechos. Como telón de fondo siempre está el artículo 1.911 del Código civil.

(16) Así parece deducirse de ciertas consideraciones tomadas de ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, traducción del alemán por E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 432 y ss.

IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS JURÍDICOS, ESPECIALMENTE EN EL DERECHO MEDIEVAL Y EN SUS DOCUMENTOS NOTARIALES (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación. Notario Honorario*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO ROMANO. III. DERECHO VISIGODO. IV. DERECHO COMÚN. a) Los glosadores. b) Los canonistas. c) Los notarialistas. d) El Estatuto comunal de Bolonia. e) Los comentaristas. V. DERECHO CASTELLANO. a) Los Cuerpos legales alfonsinos. b) La Pragmática de Alcalá. c) La doctrina civilista. d) Los prácticos. VI. LOS OTROS DERECHOS ESPAÑOLES. a) Navarra. b) Aragón. c) Cataluña. d) Mallorca. e) Valencia. VII. EL NOTARIADO HISPANO-MUSULMÁN.

(*) Ponencia presentada el 12-6-2002 en la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

I. Introducción

Los sujetos jurídicos originarios, las personas físicas, son *individuos*, distintos unos de otros; cada hombre es distinto de los demás hombres, con una personalidad jurídica única, determinada por su nacimiento y que se extinguirá por su muerte (Código civil, arts. 29 y 32), en torno a la cual se unifican a lo largo de su vida la serie total de los hechos y actos que la atañen (1).

a) El Derecho tiene por tanto que individuar o *individualizar* (2) a cada una de las personas físicas, que separarle de los otros hombres, y hacerlo en un tiempo lo más cercano posible a su nacimiento, como actualmente se efectúa en la normalidad mediante la inscripción de este nacimiento en el Registro Civil (Ley del Registro Civil, arts. 165 ss.). Esta individualización se verifica en forma *nominal*, atribuyendo al nacido un nombre (art. 170), cuya composición varía en los distintos tiempos y países y que entre nosotros está integrado por un nombre propio y dos apellidos.

Código de Justiniano, 7.14.10: “Ad recognoscendos singulos nomina comparata publico consensu...” (DIOCLECIANO Y MAXIMIANO, años 293-304). (Para que cada uno sea reconocido fueron establecidos los nombres, con público consentimiento...).

Partidas, 7.33.5: “por esso ponen a los omes nomes señalados, porque sean conocidos por ellos”.

Salvo supuestos concretos, que por razones de seguridad jurídica sólo deben admitirse excepcionalmente, ese nombre va a acompañar a la persona toda su vida. El nombre es, pues, el “signo” que hace posible la individualización de cada persona (3); también de las personas jurídicas, que igualmente se individualizan por su nombre.

b) La *identificación* de la persona física, el “reconocer si una persona ... es la misma que se supone” (DRAE, acepción 2), va a consistir, pues, en poner en relación persona y denominación y determinar si ese individuo es el mismo al que corresponden esos nombre y apellidos. Por tanto, la identificación, no solamente no es un “hecho perceptible por los sentidos”, sino que ni siquiera es un “hecho”, pues es un “juicio” que

(1) Conf. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España. Parte General*, II.1, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1952, pp. 38 y ss.

(2) Conf. RICO PÉREZ, Francisco: “La individualización de la persona humana en el Derecho Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1975, pp. 9-30.

(3) MONASTERIO GALI, Antonio de: *La fe de conocimiento ante el Derecho constituyente*; 2.^a ed., Colegio Notarial de Barcelona, 1905, p. 35 (1.^a ed., Tortosa, 1884).

supone la previa individualización, y que no puede confundirse con ésta. No consiste, como veremos pretendía MONASTERIO comentando el Fuero Real, en conocer a la persona “o” –disyuntivamente– saber su nombre; y tampoco en conocer “el cuerpo” del otorgante, aunque no se sepa su nombre o se equivoque en él, como defendía ACEBEDO (4); porque la identificación necesariamente consiste en una correlación entre sujeto y nombre. La identificación de las personas jurídicas, individualizadas por su denominación, no tiene sustantividad, porque quienes han de ser identificadas son las personas físicas que actúan por ellas, en su representación.

c) En los tiempos medios, a los que especialmente se va a referir esta ponencia, y hasta fechas no demasiado alejadas de nosotros, no existía otro medio de identificar a una persona que *conocerla*; bien conocerla el identificante mismo, o conocerla otras personas que así lo declararan al identificante. El conocimiento no es, pues, un fin que el documento pueda pretender; no es más que un medio de la identificación; un medio subjetivo, forma primitiva de la identificación (5).

La forma moderna de identificación de las personas es objetiva; opera mediante *documentos de identidad*, que nos dan el nombre y apellidos de una persona, y nos proporcionan ciertos datos de la misma, especialmente su fotografía y su firma. No producen por sí mismos la identificación, sino que, al igual que su conocimiento, sólo son medios de identificación, a través de una comparación –“*comparatio personarum*”, que decía CARNELUTTI (6)– de la persona presente que es preciso identificar con aquella cuya denominación y datos figuran en el documento que se utiliza como medio de identificación. El medio es objetivo, pero la identificación continúa siendo subjetiva: un “juicio” del sujeto identificador.

Hay, en fin, diversos *procedimientos científicos* de identificación, tan seguros como puedan ser los dactilográficos o el ADN, que sobrepasan incluso la identificación nominal y pueden utilizarse para corregirla; pero solamente pueden aplicarse en supuestos excepcionales; ni siquiera la huella dactilar que figura en nuestro Documento Nacional de Identidad sirve en la vida corriente para la identificación del titular.

Esta identificación de las personas físicas no es una particularidad de los documentos notariales; es algo que tiene lugar constantemente en la vida; siempre que se nos pide la exhibición del DNI. Pero aquí nos vamos

(4) MONASTERIO, *op. cit.* en la nota anterior, pp. 27-8. ACEBEDO, Alfonso: *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*; Tomus Secundus, quartum librum Novae Recopilationis complectens (Comentarios a la ley 4.25.13, núm. 10 y a la ley 4.25.14, núm. 3).

(5) PONDÉ, Eduardo Bautista: *Fe de individualización, y no fe de conocimiento, Tríplico Notarial* (Buenos Aires, Depalma, 1977), 3.ª parte, pp. 153-223.

(6) CARNELUTTI, Francesco: “*Recognitio e comparatio personarum*”, *Studi di Diritto Processuale*, III, Padova, Cedam, 1939, pp. 297-336.

a limitar a la identificación notarial, y dentro de ella a la que tiene lugar en la vida negocial (7).

Recordemos que antes de la instauración del Registro Civil, incluso con anterioridad a que el Concilio de Trento obligara a la llevanza de los Registros parroquiales, los notarios eran con frecuencia requeridos para hacer constar los dos momentos, inicial y final, de la personalidad, mediante actas o testimonios que acreditaran el parto de la madre, o la muerte de una persona, o bien el depósito, traslado o inhumación de su cadáver, que cuando afectaban a la Familia Real, y especialmente al orden de sucesión a la Corona, también eran autorizados por el Notario Mayor del Reino.

La exigibilidad de la identificación de los otorgantes de la escritura pública es imprescindible para conseguir la autenticidad de las declaraciones de voluntad que en la escritura, y mediante la escritura, se realizan; en otro caso, la escritura necesitaría completarse con la prueba de qué sujeto era el que efectuaba tales declaraciones, y privada entre tanto de valor en el tráfico y en el proceso. La excepción, sólo si la identificación fuera imposible, se encuentra en el testamento, según acepta el artículo 686 del Código civil, y quizá pudiera defenderse en algún otro supuesto.

Esta identificación de los otorgantes puede exigirse, a su vez, en dos planos distintos: en la documentación, imponiendo al notario la denegación de funciones si la identificación no se consigue; o, además, en el documento mismo, consignando en éste que el otorgante ha sido identificado. Requisito extradocumental en el primer caso; y en el segundo, requisito intradocumental, solemnidad del documento, una de las “publicaciones”, en la terminología de los notarialistas de Bolonia.

II. Derecho romano

Nuestro tema, la identificación de los sujetos jurídicos en los documentos notariales, no pudo presentarse en Roma, porque en Roma no hubo ni documentos notariales ni notarios. Sólo en Bizancio, ya en el siglo VI, en tiempos y por obra sobre todo de JUSTINIANO, se consolidan sus precedentes más próximos, los documentos tabeliónicos y sus autores, los tabeliones. Hay que esperar a la Edad Media, a fines del siglo XI y

(7) Conf. NAVARRO AZPEITIA, Valentín Fausto: “El conocimiento de los otorgantes antes de la Ley del Notariado de 1862”, *Centenario Ley del Notariado*, Sección 1.ª, vol. I, 1964, pp. 473-512; y mi trabajo “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, capítulo IV (*Homenaje a Juan Vallat*, VII, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 517-813; *Escritos Jurídicos*, I, pp. 123-396).

principios del siglo XII, y a la Escuela de Bolonia, para que se comience a plantear nuestra cuestión. Mas, como siempre, el Derecho romano nos proporciona algunos puntos de vista fundamentales.

El primero, que el uso del propio nombre, aparte de ser un derecho, –un derecho de la personalidad, que decimos ahora– constituye una obligación del sujeto, cuya infracción puede ser delictiva; “la aseveración de un falso nombre o *cognomen* –nos dice PAPINIANO– se castiga con pena de falsedad”.

“Falsi nominis vel cognominis asseveratio poena falsi coercetur” (D, 48.10.13; PAPINIANO, libro XV Responsorum).

Por otra parte, la identificación del otro contratante, como punto de partida para determinar las condiciones que éste debe reunir, es tarea en principio ajena a los testigos del documento negocial que se pueda extender, pues incumbe ante todo a quien con él contrata, según regla de derecho acuñada por ULPiano y recogida en el Digesto, frecuentemente recordada por nuestros autores clásicos, y que también es preciso tener actualmente en cuenta cuando quien solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios que le ha ocasionado la suplantación de personalidad de un contratante, no es un tercero, sino la misma persona que contrató con el suplantador (culpa del perjudicado).

“Qui con alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius; heredi autem hoc imputari non potest, quum non sponte cum legatariis contrahit” (D, 50.17.19; ULPiano, libro XXIV ad Sabinum).

Recordemos también un instrumento de identificación, el sello, llamado a tener un gran desarrollo. Se aceptó en Roma la costumbre de que los testigos de un testamento *per aes et libram* impusieran sus sellos en las tablas testamentarias; es el origen del que habría de ser testamento pretorio, al conceder el pretor la posesión de los bienes de la herencia, *bonorum possessio secundum tabulas*, a quien presentara las tablas del testamento a su favor selladas con los sellos de siete testigos –“*Si tabulae testamenti extabunt, non minus quam septem testium signis signatae*”–, y al obligar a estos selladores, mejor que testigos, a comparecer en el acto de apertura del testamento al solo efecto de reconocer sus sellos, “*et sigilla sua recognoscere*” o negar que hubieran sellado, “*negare, se signasse*”. El sistema, en que se identificaba el sello, y no el testador, carecía de gran virtualidad incluso para la identificación del testigo, en cuanto que por las necesidades de la realidad la impronta del sello podía verificarse con un signáculo ajeno, incluso de otro testigo o del mismo testador, hasta el punto de que los siete sellos podían ser idénticos; pero a

pesar de tales deficiencias no fue ajeno a esta regulación el tema de la identificación del testador mismo, según pone de relieve un texto de PAULO, por el que los testigos deben anotar de su propia mano, junto al sello, quiénes son el que sella y aquél cuyo testamento sella; pero las cosas no pasaron de ahí, según demuestran la regulación de la apertura del testamento que hace el Digesto (29.3) y las mismas actas de apertura que han llegado a nosotros (8).

CI, 6.23.12: "... suo vel alieno annulo..." (DIOCLECIANO y MAXIMIANO, años 293-304).

D, 28.1.22.2: "Si ab ipso testatore annulum accepero, et signavero, tum valet, quasi alieno signaverum" (ULPIANO, libro 39 ad Edictum).

JI, 2.10.5: "Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum; quid enim, si septem annuli una scultura fuerint? secundum quod Pomponio visum est. Sed alieno quoque annulo licet signari".

D, 28.1.30: "Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cuius testamentum signaverit". (PAULO, lib. III, Responsorum.)

Hay, finalmente, algunos textos concretos del *Corpus Iuris*, en que se encomienda a los testigos de un documento la misión de identificar a sus otorgantes. Nos referiremos a ellos más tarde, junto con su glosa, no sólo a fin de evitar repeticiones, sino para mejor poner de relieve los avances de la jurisprudencia medieval. Pero antes resaltemos la incidencia que ello tiene en nuestro tema, porque la función de identificar a los otorgantes no se atribuyó originariamente a los notarios como tales, sino precisamente por su condición de testigos: testigos "cualificados", al haber intervenido en la redacción o al menos en la escritura material del documento; testigos "privilegiados", en cuanto que su testimonio, en aquellos tiempos de la prueba tasada, valía por el de dos testigos; o testigos "públicos", como en nuestras Partidas, "e son -los escribanos- como testigos públicos en los pleytos, e en las posturas que los omes facen entre sí" (P, 3.19.3); pero en todo caso testigos. La doctrina ha puesto de relieve que éste fue el camino por el que la identificación de los otorgantes reca- yó en los notarios; recordemos a BALDO, o a nuestro DÍAZ DE MONTALVO.

BALDO: "Notarius ... debet habere rei cognitionem per se, sicut et testis ... numquid personas principales, de quibus facit mentionem, cognoscere debeat? et certe videtur quod sic ... et ita dicitur in teste, qui testificatur,

(8) Conf. el testamento de C. Longinus Castor, "Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars Tertia", *Negotia*, Edidit Vincentius Arangio-Ruiz, Florencia, Barberá, 1943, p. 151; o el testamento de Aurelius Chaeremon, en AMELOTTI, Mario: "Un nuovo testamento per aes et libram", *SDHI*, XV, 1949, pp. 34-59, especialmente pp. 40 y 48.

quod debet personas cognoscere de quibus testificatur". DÍAZ DE MONTALVO (traduzco): "el tabelión debe conocer a las personas de los contratantes, como también el testigo debe conocer a aquellos de quienes testifica" (9).

III. Derecho visigodo

En el Derecho visigótico tampoco llegó a existir un verdadero Notariado, pero ya puede hablarse para sus tiempos avanzados de un cierto prenotariado. El "Liber Judiciorum", en una disposición generalmente atribuida a Égica ("Quarumlibet scripturarum", 2.5.2), prohíbe suscribir un documento como testigo a quien antes no lo hubiera leído o hubiera oído leerlo ante él ("si non aut per se antea legerit, aut coram se legentem audierit"); el testigo tenía que conocer así el negocio documentado, pero no se dice expresamente que tenga que identificar a sus sujetos.

Nada pueden ayudarnos en la interpretación de éste y de los demás textos legales visigodos los escasísimos *documentos de aplicación del derecho* de aquella época que han llegado a nosotros. En general, se trata de fragmentos de pizarra que, como puede comprenderse, para nada se refieren a la documentación de los negocios privados (10). Aparte de ellos, tenemos las referencias a los testamentos de Recemiro y de San Martín de Dumio, Obispos de Braga, contenidas en las Actas del X Concilio de Toledo, que nada dicen de sus formas documentales (11); como tampoco, por falta de escatocolo, el más completo testamento de Vicente, Obispo de Huesca, del año 576 (12).

Mucha importancia tienen, por el contrario, las llamadas *Fórmulas visigóticas, ovetenses o cordobesas*, conjunto de 46 fórmulas de las que se conserva la transcripción que hizo en el siglo XVI Ambrosio de Morales, de un original obrante en la Catedral de Oviedo, hoy desaparecido; pero nada nos informan sobre nuestro tema (13).

(9) Conf. "BALDI Ubaldi Perusini Iurisconsulti ... in IIII et V. Codicis Librum Commentaria", *Comentarios a la "Rúbrica" del CI*, 4.21 ("De fide instrumentorum"), núms. 18-21. = DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso: "El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso noveno - Glossado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo...", glosa a Fuero Real, 1.8.7, "Ningún escriuano, menos de los conocer".

(10) Conf. GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, Alfonso: "Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII-I, pp. 113-77, especialmente Apéndice I, pp. 172-73.

(11) Conf. GARCÍA-GALLO, "El testamento de San Martín de Dumio", *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXVI, 1956, pp. 369-85, y separata, p. 17; transcripción del texto, en Apéndice, pp. 15-17 de la separata.

(12) Puede verse en pp. 155-56 de PÉREZ DE BENAVIDES, Manuel María: *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, MCMLXXV.

(13) Conf. la transcripción de ZEUMER fotocopiada en el Apéndice II, "Formulae Visigothicae", del estudio de PIÑOL AGUADÉ, José M.: "Documentación cordobesa preislámica de aplicación del Derecho privado", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XV, pp. 95-133 + Apéndices I y II.

IV. Derecho común

Los documentos notariales, y los notarios, tienen su origen, según indicábamos, en el Derecho común. Nuestro tema comienza entonces a plantearse.

a) **Los glosadores.** El principio de que los testigos de un documento no tenían por qué identificar a los otorgantes del mismo tuvo en Derecho romano, según indicábamos, varias excepciones puntuales que sirvieron de arranque para las generalizaciones ulteriores; según también decíamos, haremos seguir a cada texto del Derecho romano su entendimiento por la Glosa ordinaria o accursiana, puesto que la identificación de los otorgantes por los testigos es el precedente inmediato de su identificación por el notario, dado el carácter de testigo que éste tenía.

— *Herencia aceptada a beneficio de inventario o con derecho de deliberar.* Según una constitución de JUSTINIANO del año 531, “*Scimus*”, recogida en el Código, 6.30.22.2, se precisa inventario de los bienes hereditarios hecho en presencia de los tabularios y firmado por el heredero, con una firma en la que haga constar el importe de los bienes y su declaración de que en cuanto a las cosas que permanecen en su poder no ha mediado ni mediaría malicia por su parte; y si el heredero no sabe firmar o está imposibilitado para hacerlo, pondrá de su mano la señal de la Cruz y firmará por él un tabulario especial; todo ello ante testigos que conozcan al heredero, “*qui heredem cognoscant*”.

CJ, 6.30.22, *Scimus*, 2: “*Sin autem dubius, ... sub praesentia tabulariorum ... Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remanent, vel si ignarus sit literarum, vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant, et iubente eo, tabulario pro se subscribere, interfuerint*”.

La glosa “*Cognoscant*” sienta el principio de que los testigos que se ponen en los contratos deben conocer a los contratantes —“Not. argu. de testib. qui apponuntur in contractibus, quod debent cognoscere contrahentes”—, de manera que lo que en JUSTINIANO era excepción a la regla de que los testigos no necesitaban conocer a los otorgantes, se convierte por la Glosa en mera aplicación de una regla general contraria.

— *La Novela I, “De haeredibus et Falcidia”* (JUSTINIANO, año 535), en su capítulo II, impone también la formación de inventario al heredero que quiera retener la cuarta parte de la herencia que hubiese sido con-

sumida en legados, según facultaba la ley Falcidia, convocados todos los legatarios y los fideicomisarios establecidos en la ciudad; y si algunos están ausentes, ordena la presencia, con los tabularios, de al menos tres testigos, ante los cuales se haga el inventario, pero sin exigir que los testigos conozcan al heredero. Es la glosa “tres” la que, después de corregir que debiera decirse “tribus”, añade: “qui haeredem cognoscant”, que conozcan al heredero.

Novela 1, “De haeredibus et Falcidia”, capítulo II: “Fiat igitur inventarium ab herede ..., convocare omnes legatarios et fideicommissarios quantuncque in eadem civitate sunt constituti ... Si vero absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos, et possidentes substantiam, et optimae opinionis existentes, non minus tres (tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus) coram quibus convenit fieri inventarium...”.

— *La Novela 73, “De instrumentorum cautela et fide”, JUSTINIANO, año 538, en su capítulo I, “Si quis igitur”, referente al depósito, pero aplicable al mutuo y demás contratos por remisión del capítulo II, disponía: El que quiera depositar con cautela no se fíe solamente del documento, sino que llame también testigos, no menos de tres, para que los juzgadores no dependan sólo de la escritura, sino que puedan contar también con la ayuda de estos testigos, que declaren que estando ellos presentes el depositario firmó el documento y que le conocen. La glosa “Et hunc noverunt” recuerda: “ten presente que los testigos deben conocer a los contratantes”, “nota, quod testes debent cognoscere contrahentes”.*

Novela 73, cap. I, “Si quis igitur”: “... is qui depositum dat advocet etiam testes ut possibile est honestos et fide dignos et non minus tres, ut non in sola scriptura et eius examinatione pendeamus, sed sit iudicantibus etiam testium solacium. Etenim tales testificaciones suscipimus, quo praesentes testes dicant, quia his praesentibus subscripsit qui documentum fecit et hunc noverunt”.

— *La misma Novela 73, cap. VIII, “Oportet vero”, regula el testamento escrito de los analfabetos, “qui literas nesciunt” o del semianalfabeto, “aut paucas literas sciente”, exigiendo que los testigos conozcan al testador, “scierunt eum”; y la glosa “Scierunt eum” exige que conocieran era imperito, “cognoverunt, eum esse imperitum”, de manera que no sólo debían conocer al testador, sino saber su condición, su deficiencia cultural.*

Novela 73, capítulo VIII. “Oportet vero in his qui litteras nesciunt et testes et omnino tabularios adhiberi, in quibus locis sunt tabularii, maxime autem testes non ignotos contrahentibus, ut quidam scribant pro illiterato

aut paucas litteras scienti, alii vero attestentur quia etiam praesentibus eis haec gesta sunt et scierunt eum, et ita talium instrumentorum suscipiatur fides...”.

— El título “*De testibus*” del *Digesto*, XXII.5, contiene un fragmento 3 en el que CALISTRATO sistematiza una serie de diversas disposiciones referentes a los testigos y, en especial, al valor probatorio de sus declaraciones: “Se ha de considerar diligentemente la *fides* de los testigos, su veracidad”; y en su apartado primero un rescripto del emperador Adriano indica a Junio Varo, legado en la Cilicia, que él mismo, el que juzga, es quien mejor puede saber la fe que haya de concederse a los testigos. Este texto, que ya no contempla el momento de la confección del documento, sino su fuerza probatoria en juicio, tiene especial interés por haber sido objeto de una glosa, “*Quanta fides*”, según la cual el testigo debe conocer a la parte contra la que declara, siempre que se refiera a una acción personal, mediante la que cuestiona si alguien prometió, o dijo esto, pues el testigo que dice que alguien se me obligó, o algo hizo, debe conocerle.

D, 22.5.3.1: “*Testium fides diligenter examinanda est ... 1. Ideoque divus Hadrianus Junio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit, eum qui iudicat, magis scire possit quanta fides habenda sit testibus...*”.

Glosa “*Quanta fides*”: “*Debet ergo notus esse testis iudici s(cilicet) ut iudex eum agnoscat, vel fieri tunc notus. Item parti contra quam producit, ut testis illum cognoscat ... sed hoc puto verum in personali actione, quae quaerit an quis promisit, vel an hoc dixerit, nam testis qui aliquem mihi se obligasse, vel aliquid fecisse, dicit, ipsum cognoscere debet; ubi autem testis non dicit de obligatione personali, vel de facto, licet te non cognoscat, contra te tamen feret testimonium, ut puta dicit in rei ven(ditione) quae contra te intenditur, possedisse me X vel XL an (nos), sed tunc illum qui producit, debet cognoscere, vel dicit me vel illum fuisse absentem, et hic debet cognoscere eum quem dicit absentem, ubicumque ergo testis non testificatur de facto eius contra quem producit, feret testimonium etiam ignotus*”.

(Pues el testigo debe ser conocido por el juez, ciertamente que el juez le conozca, o que se haga conocido entonces. También que el testigo conozca a la parte contra la que declara, ... pero esto lo considero verdadero en la acción personal, por la que se cuestiona si alguien prometió, o si dijo esto, pues el testigo que dice que alguien se me obligó, o hizo algo, debe conocerle; pero cuando el testigo no dice de una obligación personal, o de un hecho, aunque no te conozca a ti, contra ti puede dar testimonio; como, por ejemplo, dice en la reivindicación de la cosa que se dirige contra ti que yo había poseído 10 ó 40 años, pues entonces aquél que declara debe conocerme; o dice que yo o él estuvo ausente, también aquí debe conocer a aquel que dice ausente, pues dondequiera que el testigo no testifica del hecho de aquél contra el que lo produce, hace un testimonio también desconocido.)

b) Los canonistas. En el Derecho común, como es bien sabido, junto a civilistas y procesalistas participaron ampliamente los canonistas; con frecuencia, un mismo jurista reunía todas o al menos dos de estas cualificaciones. Traemos aquí a colación separadamente, sin embargo, a los canonistas sólo para retomar lo que decíamos respecto del sello al tratar del Derecho romano. El sello privado, como era al fin el de los testigos de los testamentos, carecía de fiabilidad para constatar la identidad del autor de un documento. Otra cosa ocurría con los sellos públicos, notoriamente conocidos, cuyo recto uso estaba garantizado por los funcionarios en quienes se depositaban y por la incriminación por delito de falsedad en que podían incurrir; recordemos a las Partidas, con su título “De los selladores”, 3.19; y estos sellos públicos dieron lugar a una clase especial de documentos, los documentos auténticos, paralela a la de los instrumentos públicos, consagrada en la decretal “Scripta vero auténtica”, del pontífice Alejandro III.

X, 2.22.2. Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint (nisi per manum publicam facta fuerint, ita quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari) non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere. (Alexander III, 1166).

c) Los notarialistas. Entre los glosadores y los comentaristas (14) surgen los notarialistas del “*Ars Notariae*”, de la Escuela de Bolonia; pero nada hemos encontrado en RAINERIO DE PERUGIA, SALATIEL o ROLANDINO.

El “*Ars Notariae*” de RAINERIO DE PERUGIA (1213) contiene, tras el Proemio, un formulario con la doble redacción de cada documento notarial, la breve o rogación y la extensa o instrumento; solamente he hallado una expresión, de pasada, que pudiera interesarnos, al tratar de la escritura en pública forma de las declaraciones de los testigos del testamento nuncupativo otorgado sin intervención de notario: “Ego dico quod die IIII intrante mense Mai interfui in domo Guidonis, ubi idem Guido talem suarum rerum fecit dispositionem”: “ubi idem Guido”, “donde el mismo Guido” hizo su disposición testamentaria (15).

SALATIEL, como es sabido, escribió dos redacciones de su “*Ars Notariae*”, y ni en la primera (entre 1237 y 1242) ni en la segunda (entre 1242 y 1254)

(14) Conf. MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: *Rolandino: ¿Epígono de los Glosadores o adelantado de los “Commentatores”? La alborada documental de “El Trecento”*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 90.

(15) Conf. “*Rainerii de Perusio Ars Notaria*”, prodiit curante Augusto GAUDENCIO; pp. 25-83 de *Scripta Anecdota Antiquissimorum Glossatorum*, Bononiae, MDCCCLXXXII.

Nada encontramos en el Formulario erróneamente atribuido a IRNERIO: “*Wernerii (Irnerii) Formularium Tabellionum cum glosis et additionibus saeculi XIII ineuntis*”, pp. 9-45 de *Scripta anecdota glossatorum*, curante Iohanne Baptista Palmeiro, Bononiae, MCMXIII.

aborda nuestro tema ni en los Proemios ni en los Formularios; aunque buena ocasión tuvo de referirse a las personas desconocidas al tratar en los Proemios de la prohibición de escribir instrumentos ilícitos por razón de las personas (16).

ROLANDINO PASSAGGERI (1215?-1300) nada nos dice tampoco al respecto, ni en su "*Summa*", ni en la "*Aurora*", ni en el "*Tractatus Notularum*" (17). Pero en el Estatuto de Bolonia, del que pasamos a ocuparnos, tuvo intervención directa al menos en la redacción de 1283 –aunque no se sepa si en nuestro punto concreto–, pues fue nombrado procónsul, el cargo máximo del municipio, al crearse en dicho Estatuto.

d) El Estatuto comunal de Bolonia, que no he logrado consultar, se ocupó expresamente de la identificación de los otorgantes del instrumento público, en un precepto del que nos proporcionan tres versiones, no enteramente coincidentes, PEDRO DE BOATERIO, JUAN ANDRÉS y JUAN JACOBO CANIS; tampoco cabe descartar que fuera la misma norma estatutaria la que hubiera recibido diversas formulaciones.

PEDRO DE BOATERIO, al declarar y comentar el "*Tractatus Notularum*" de ROLANDINO, incluye un breve "*Tractatus de publicationibus*", y respecto de una de ellas, la intervención de testigos plantea entre otros temas: "Sexto, si (los testigos) deban conocer a los contratantes"; y responde que conforme al Derecho común no, salvo en casos especiales –a los que ya nos hemos referido–, pero que, "según la forma del Estatuto municipal de Bolonia, es necesario que uno de esos testigos o el notario conozca a los contratantes" (18). Sistemáticamente se coloca, pues,

(16) Conf. "*Salatielle - Ars Notariae*", a cura di Gianfranco ORLANDELLI; "Volume Primo: I frammenti della prima stesura dal Codice bolognese dell'Archiginnasio B. 1484; Volume Secondo: La seconda stesura dai Codici della Biblioteca Nazionale di Parigi Lat. 4593 e Lat. 14622", pp. XXVII + 196 y 320, respectivamente.

(17) ROLANDINO PASSAGGERI: (Suma:) "Orlandini Rudolphini Bononiensis Doctoris in utroque iure consumatissimi in artem notariae ordinatissimae summulae", Venetiis M.D.XLIX; folios 121r en 8.º + prefacio y repertorio. "Tractatus notularum", id., folios 121v-137. = (Aurora y Meridiana): "Apparatus ROLANDINI notarii bononiensis clarissimi, super Summa Notariae, Aurora nuncupatus, cum additionibus insertis Petri de UNZOLA, notarii bononiensis, quod opus moderni appellant MERIDIANAM". ColNot Madrid, II CINotLat, Madrid, 1950. Texto facsímil, p. 374. Versión al castellano de D. Víctor Vicente VELA y de Don Rafael NÚÑEZ LAGOS, p. 658 más "El documento notarial y Rolandino", de R. NÚÑEZ LAGOS, pp. V-LXIV.

(18) "*Tractatus de publicationibus*", fols. 118-120 de "Rolandina cum Nevizano. Summa Rolandina artis notarie maioris auctoritatis per dnm. Petrum de BOATERIIS ipsius Rolandini concivem Bononiensem facili brevique commento declarata", Lugduni, 1537, fol. 120: "Sexto nunquid debeant cognoscere contrahentes? Respondeo non de iure communi, nisi in certis casibus in quibus testis debent contrahentes cognoscere... Tamen ex forma statuti communis Bononiensis necesse est ut unus eorum testis vel notarius cognoscat contrahentes".

Parece claro que este Tratado es ajeno a ROLANDINO, pues se coloca después de la conclusión de su "*Tractatus Notularum*", que ya contiene la doctrina de ROLANDINO sobre las publicaciones. La atribución a BOATERIO también parece clara del conjunto de la obra, si bien la fórmula de autorización que incluye comienza diciendo: "Ego nicolaus, imperiali auctoritate notarius..."; ¿la tomaría de Nicolás de MATHARELLI?

el tema dentro de la publicación de los testigos, y se pone al notario en el mismo plano que uno de los testigos, confirmándose así que, según hemos venido sosteniendo, esa identificación se encomendó al notario por considerar testifical su función.

La inclusión entre las publicaciones, por otra parte, no resulta apropiada, al no aparecer que fuera requisito del documento. Pero el Estatuto de Bolonia dio también este paso, según la referencia de JUAN ANDRÉS: "En esto es bueno el Estatuto de la ciudad de Bolonia, que quiere que no se haga ningún instrumento, y sanciona el confeccionado, a no ser que al menos uno de los testigos asegurara conocer a los contrayentes, lo que es necesario escribir en el instrumento" (19). El conocimiento de los otorgantes es ya requisito intradocumental, pero JUAN ANDRÉS parece encomendarlo a uno de los testigos, sin aclararnos que a estos efectos también el notario tenía esa condición.

Finalmente, CANIS atribuye sólo al notario esta función identificadora, al darle como sexto consejo que no haga instrumentos entre personas no conocidas de él, porque no valdrá el instrumento hecho entre desconocidos (20); pero parece volver al carácter extradocumental del requisito.

e) Los comentaristas. A comienzos del siglo XIV, agotada la escuela de los glosadores, surgen los comentaristas –los posglosadores– con una nueva metodología. En nuestro tema son bien conocidas las opuestas posiciones mantenidas por JUAN ANDRÉS (1270-1348) y por BALDO (1327-1400), permisivo el primero y excluyente el segundo de la comparenencia "talis qui se nominavit talis".

Los verdaderos antagonistas fueron, según creo, MATHARELLI y BALDO. Porque JUAN ANDRÉS, en sus "Additiones" al "*Speculum iuris*", de GUILLERMO DURANTE, rubrica "*De instrumentorum editione*", expone en general –haciéndolas sin duda suyas– las opiniones vertidas por NICOLÁS DE MATHARELLI en una prolija "*Summa*" que desconozco y, por su parte, BALDO, en sus comentarios a la rúbrica del título 4.21 del Código de Justiniano, "*De fide instrumentorum*", a quien dirige sus críticas es también a MATHARELLI, y no a JUAN ANDRÉS (21).

(19) ANDRÉS, Juan: "Bonum est in hoc statutum civitatis Bononiae, quod vult nullum confici instrumentum et damnat confectum nisi saltem unus ex testibus inscriptis se asseruit cognoscere contrahentes, quod in instrumento scribendum est necessario". Conf. ANDREA, Johannes: "Additiones ad Durantis Speculum", II.II, "De instrumentorum editione", rúbrica, fol. 129 v; (conf. "*D.G Durandi ... Speculum iuris*", Lugduni, 1577).

(20) CANIS, Joan Jac.: "De tabellionibus Libellum": "Sextus quoque consilium est quod tabellio non conficiat instrumentum inter personas sibi non notas; quare non valebit instrumentum factum inter ignotos" ("Rolandina cum Nevizano" cit. en la nota 18, fol. 131r). Este es posiblemente el texto que cita NÚÑEZ LAGOS atribuyéndole a BOATERIO, "El documento medieval y Rolandino (Notas de Historia)", *Estudios de Derecho Notarial*, I, p. 159.

(21) Conf. mi trabajo citado en nota 7, IV.3.

Las posiciones mantenidas están lejos de ser tan simplistas como suele decirse. El arranque de ambas doctrinas es común: la autorización del instrumento público requiere una "*rei cognitio*", un conocimiento del negocio a instrumentar por parte del notario. ¿Está incluido en este conocimiento del asunto el conocimiento de sus sujetos? JUAN ANDRÉS –siguiendo a MATHARELLI– da una respuesta negativa; no es necesario que el notario los hubiera conocido con anterioridad al documento, "*prius notos*", sino que es suficiente con que los conozca al tiempo del documento, oyendo sus palabras, nombres y apellidos, "*ipso tempore illos notos habeat, audiens ipsorum verba, nomina et cognomina*". En otro caso, si se exigiera el conocimiento previo, el uso de los documentos se reduciría casi a la nada, y sería bien difícil para las mujeres, los rústicos y los extranjeros; y el notario no incurrirá en responsabilidad criminal siempre que no diga que Ticio prometió a Mevio, sino que "uno, que decía que se llamaba Ticio, prometió a otro, que decía que se llamaba Mevio". Por su parte, BALDO, en su comentario a la rúbrica del título "*De fide instrumentorum*" del Código de Justiniano, partiendo del mismo principio de que el notario debe tener conocimiento del asunto que escribe, entiende, por el contrario, que el notario debe conocer a las "personas principales" de las que el documento hace mención, porque no puede saber lo que escribe si no conoce a las personas de cuyo hecho escribe, lo mismo que el testigo que testifica debe conocer a las personas de las que testifica (22).

Ese conocimiento se limita aquí por BALDO a las "personas principales", que el notario seguramente conocería; pero en su comentario a la constitución "*De iure deliberandi*" (CJ, 6.30.22.2), que ya conocemos, el mismo BALDO omite esa delimitación y opina que el deber de conocer a los contratantes es en el tabelión la regla, "*est in Tabellione regulare*", sin decirnos cuál es o cuáles son las excepciones a tal regla (23).

V. El Derecho castellano

a) Los Cuerpos legales alfonsinos. La regulación legal de la identificación de los otorgantes comienza en el Reino castellano-leonés en la segunda mitad del siglo XIII, en los diversos Cuerpos legales de Alfonso X el Sabio –Fuero Real, Espéculo y Partidas–, que al llevar a cabo la

(22) ANDREA, Johannes: "Additiones ad Durantis Speculum", citadas en nota 19, rúbrica, fol. 129v. = BALDO, loc. cit. en nota 9.

(23) "BALDI Ubaldi Perusini Iuriconsulti... in sextum Codicis Librum Commentaria", Comentario a CI 6.30.22.2, núms. 16-18.

recepción del Derecho común superan a éste ampliamente en nuestro tema. La identificación de los otorgantes se mantiene en ellos, sin embargo, al igual que en el Derecho común, como mero requisito extradocumental, requisito de la documentación y no del documento, en el que no es preciso consignarla.

El **Fuero Real** –según la opinión más generalizada debió concluirse en los primeros meses de 1255, o a lo sumo en 1254–; dispone en su Ley 1.8.7: “Ningún Escribano público no faga carta entre ningunos homes, menos de los conocer, e de saber sus nombres, si fueren de la tierra; e si no fueren de la tierra, los testigos sean de la tierra, e homes conocidos...”. Se exige, pues, al Escribano el conocimiento físico de los otorgantes y el de sus datos de identificación o nombres, el “conocimiento sensitivo” y el “conocimiento intelectual”, que dice NAVARRO AZPEITIA (24); y sólo respecto a aquellos otorgantes que no fueran de la tierra se permite la identificación por medio de los testigos –instrumentales– que sean de la tierra y conocidos.

MONASTERIO parte, según decíamos, de otra versión de la citada Ley 1.8.7 del Fuero Real, en la que figura la conjunción disyuntiva “o” –“menos de los conocer o de saber sus nombres”–, en lugar de la copulativa “y”, lo que según él “aclara” y “ensancha y dilata notablemente, el campo de la posibilidad de la contratación ante Notario público ... concediendo ... la posibilidad de que el Notario pueda autorizar un acto entre personas cuyo conocimiento no tenga *a priori* ... dejando, en esta materia, una conveniente iniciativa al Notario para valerse de otros medios que el conocimiento previo para dificultar (no evitar) las usurpaciones de personalidad en la otorgación de escrituras públicas” (25).

Hay ciertamente manuscritos que dan esa versión, hasta el punto de seguirla la moderna edición del Fuero Real de MARTÍNEZ DÍEZ (26). A mí me parece más probable el texto cumulativo, que concuerda con su precedente, la Ley 76 del Fuero de Soria, pues aunque sea posible conocer a una persona sin saber su nombre, ello no es suficiente para identificarla.

En ningún momento aparece que tenga que consignarse en el documento esa identificación de los otorgantes por parte del notario, indispensable sólo para la documentación.

El **Espéculo**, primera redacción inacabada de las Partidas, procura facilitar la identificación de los otorgantes en la Ley 4.12.3 (“E demás decimos que deben seer vecinos de aquellos lugares do fueren escribanos,

(24) NAVARRO AZPEITIA, *op. cit.* en nota 7, p. 488.

(25) MONASTERIO, *loc. cit.* en nota 3.

(26) MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: *Leyes de Alfonso X - II Fuero Real - Edición y análisis*, Ávila, 1968, p. 215.

porque conoscan mejor los homes entre quien fecieren las cartas”), y la regula en la Ley 4.12.11: “Conoscer debe el escribano los homes entre quien faze cartas por sí o por otros, quel sepan dezir quien son. E otro-sí debe preguntar e saber los nombres dellos, e donde son, e do moran. Ca todo esto a meester de saber para escribirlo en la carta”.

Hubiera ampliado así el Espéculo, de llegar a ser ley, las posibilidades de identificación de los otorgantes desconocidos por el escribano, mediante esa identificación “por otros”, aplicable incluso a los otorgantes que fueran de la tierra, y sin exigir que necesariamente se tratara de los “testigos” del documento, como en el Fuero Real. Pero no creo tampoco que elevara esa identificación a requisito intradocumental, a una de las publicaciones del documento, pues el tercer y último párrafo, “ca todo esto a meester de saber para escribirlo en la carta”, se refiere a los nombres, naturaleza y domicilio, datos separados por un párrafo segundo, entre dos puntos, del “conoscer” de que trata el párrafo primero.

Confirma esta interpretación el *formulario* que el Espéculo contiene de las cartas de los escribanos de la Corte del Rey, 4.12.12/34, y de los escribanos de las tierras, ciudades y villas, 4.12.35/45, porque nunca aparece en ellas el conocimiento de los otorgantes; sus causas de nulidad se regulan en 4.12.46, sin que tampoco se mencione entre ellas la falta de ese conocimiento.

Las **Partidas**, la obra cumbre de Alfonso el Sabio, ya consideraban evidente que el escribano no podía conocer a todos cuantos acudieran a él, y por ello introducen un espléndido inciso en su fundamental Ley 3.18.54: “e debe ser muy acucioso el Escribano de trabajarse de conocer los homes a quien face las cartas, quien son, e de qué lugar, de manera que no pueda y ser fecho ningund engaño”; y tratan también de facilitar el conocimiento de los otorgantes en 3.19.2: “E demás decimos, que deben (los escribanos) ser vecinos de aquellos lugares onde fueren Escribanos, porque conozcan mejor los homes entre quien ficieren las cartas”.

El conocimiento de los otorgantes no es, pues, en las Partidas un hecho dado anterior, sino el resultado a que tiende una cuidadosa y trabajosa actuación del escribano, que “debe ser acucioso ... de trabajarse de conocer” a los otorgantes; así lo entendió también la doctrina, como SALÓN DE PAZ, “accurate partium notitiam adquirat, eorumque investiget nomina” y ACEBEDO, “inquit tabellionem debere esse sollicitum ad cognoscendum contrahentes” (27).

(27) SALÓN DE PAZ: “Doctoris Burguensis Marci Salon de Pace, ad leges Taurinas insignes commentarii”, 1.^a ed., Pintiac, MDLXVIII, núm. 1.281. = ACEBEDO, *op. cit.* en nota 4, *Comentarios a la Ley 4.25.14*, núm. 1.

Vinculada al Derecho romano permanece P, 6.8.5, sobre el inventario de los bienes del difunto, procedente del Código de Justiniano, C, 6.30.22.2 y de la Novela 1 que en su lugar examinábamos. Este inventario, según las Partidas, “se debe escrevir por mano de algún Escribano público”, y si no concurriere alguno de los legatarios “estonce débese fazer tal escrito ante tres testigos, que sean omes de buena fama, e atales que conozcan a los herederos”; son, pues, los testigos y no el escribano los que deben conocer a los herederos, regresando al Derecho romano y sin recepción de su glosa.

Hagamos notar, por otra parte, que las Partidas no establecen ningún medio supletorio de identificación, lo que supone un retroceso respecto al Fuero Real y al Espéculo; es más, lejos de intentar una identificación por medio testigos, según la misma Ley 54, es precisamente el escribano quien debe aperebir y mostrar a los testigos quiénes son los otorgantes: “E quando el pleyto, o la postura fazen ante él, deuen ser delante de so uno aquellos que han de ser testigos, e apercebirlos, e mostrarlos quien son aquellos que fazen la postura”; así lo manifiesta el comentarista de las Partidas GREGORIO LÓPEZ (28). Según hemos visto, el conocimiento de los otorgantes empezó a exigirse, tardíamente, a los testigos del documento, pero no al documentador; pasó después a exigírsele también al tabelión por su condición de testigo; y ahora quien identifica a los otorgantes es sólo el escribano, de manera que los testigos se limitan a oír al escribano la identificación que éste ha efectuado; la evolución se ha cerrado, aunque no definitivamente.

Finalmente, tampoco en las Partidas se eleva el conocimiento de los otorgantes por el escribano a requisito del documento.

Tal inexistente requisito intradocumental no aparece tampoco en el *Formulario* de las Partidas (3.18.56 y ss.).

Este amplio formulario tiene origen boloñés, según casi toda la doctrina, que seguidamente se bifurca; para NÚÑEZ-LAGOS es un formulario “casi idéntico al de Rolandino” (29), mientras que BONO HUERTA defiende su “procedencia directa ... del *Ars Notariae* salateliiana” (30). Pero respecto a lo que aquí tratamos, en las fórmulas no se hace constar el conocimiento de los otorgantes, que se mantiene, pues, como requisito de la documentación, sin expresión documental específica; también en la fórmula del inventario de los bienes del difunto, P, 3.18.100.

(28) LÓPEZ, Gregorio: “Non ergo exigitur ut testes antea cognoscant contrahentes” (glosa “E apercebirlos”, a P, 3.18.54).

(29) NÚÑEZ-LAGOS, *op. cit.* en nota 17, I, p. 109, nota 1, quien señala muchas otras coincidencias; en el mismo sentido, mi trabajo “El Derecho notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. XLIV, mayo-junio 1944, pp. 246-51.

(30) BONO HUERTA, José: *Historia del Derecho Notarial Español*, I.1, pp. 246-51.

La misma omisión del conocimiento de los otorgantes presentan los posteriores *formularios castellanos*, aunque su silencio no sería concluyente, pues prescinden en general de las fórmulas repetitivas y, en concreto, del escatocolo; citemos la "Colección" de finales del siglo XIV, muy próxima al comienzo del siglo XV, según publicación de GALO SÁNCHEZ continuada por V. GRANELL; el "Formulario notarial" del siglo XV editado por LUISA CUESTA; o las "Notas del Relator", obra atribuida a FERNÁN DÍAZ DE TOLEDO, relator de Juan II, posiblemente compuesta en tiempos de Enrique IV, que en difusión manuscrita orientó la práctica notarial castellana en la segunda mitad del siglo XV, y ya impresa, de 1499 a 1531, durante el primer tercio del siglo XVI (31).

En esa omisión de las solemnidades documentales incurren igualmente los *registros notariales* que se han ido publicando, por su misma naturaleza de redacción breve del negocio; indiquemos los de Dueñas (1412-1414), Santillana (1419-1420), Madrid (1441-1445) y Sevilla (1441-1500), que cubren prácticamente la totalidad del siglo XV (32).

b) La Pragmática de Alcalá, dada por Isabel la Católica –no por los Reyes Católicos, como con frecuencia se dice– en Alcalá de Henares el 7 de junio de 1503 contiene un capítulo II de gran importancia en nuestra materia, que fue recogido en la Nueva Recopilación, 4.25.14, y en la Novísima Recopilación, 10.23.2, por lo que estuvo vigente hasta la Ley del Notariado de 1862. Según la versión de la Nueva Recopilación, con la que coincide la Novísima Recopilación, el capítulo II de la Pragmática dispuso:

(31) SÁNCHEZ, Galo: "Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media", publicadas por G. S. *Anuario de Historia del Derecho Español*, II, 1925, pp. 470-91; III, 1926, pp. 476-503 y IV, 1927, pp. 380-404. Las fórmulas restantes, que se habían extraviado, fueron publicadas en el mismo *Anuario*, XII, 1935, pp. 444-67, según transcripción de V. GRANELL. = CUESTA GUTIÉRREZ, Luisa: *Formulario notarial castellano del siglo XV*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, p. 206. = DÍAZ DE TOLEDO, Fernán: *Las notas del Relator con otras muchas añadidas. Agora nuevamente impressas e de nuevo añadidas las cosas siguientes primeramente Las notas breves para examinar los escribanos...*, Burgos, 1531. (He consultado también un ejemplar de la edición de Salamanca, de 1500, obrante en la Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, por ser anterior a la Pragmática de Alcalá).

(32) Conf. "El Registro Notarial de Dueñas" (Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE); Diputación Provincial de Palencia - Fundación Matritense del Notariado; Madrid, 1985. = "El Registro Notarial de Santillana" (Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE), Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1984. = "Los Registros Notariales de Madrid - 1441-1445", (Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS), Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1995. = "Los protocolos sevillanos de la época del Descubrimiento" (José BONO, Carmen UNGUETI-BONO), Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España - Colegio Notarial de Sevilla; Sevilla, 1986.

Nueva Recopilación, 4.25.14: “Que quando el escribano no conociere a las partes, haga la diligencia en esta ley contenida.

OTROSÍ mandamos, que si por ventura el tal escribano no conociere a alguna de las partes que quisiere otorgar el tal contrato o escritura, que no la haga ni reciba, salvo si las dichas partes que assí no conociere presentaren dos testigos, que digan que los conocen, y que hagan mención dello en fin de la tal escritura, nombrando los testigos, y assentando sus nombres, y donde son vecinos; y si el escribano conociere al otorgante dé fee en la subscripción que le conoce”.

La identificación de los otorgantes es, pues, necesaria en todo contrato o escritura, quedando sujeto a discusión en la doctrina el supuesto del testamento; el medio normal de identificación es el conocimiento del otorgante por el escribano; a falta de este conocimiento, procede la denegación de funciones, imperativamente proclamada, salvo que pueda emplearse el medio supletorio de identificación por testigos de conocimiento, que ahora queda claramente admitido y regulado. Pero la mayor novedad está en el inciso final, “y si el escribano conociere al otorgante dé fe en la subscripción que le conoce”, que eleva ese conocimiento a solemnidad documental; así lo dice expresamente PAREJA, quien después de haber enumerado las nueve publicaciones del Especulador, afirma que a ellas, en virtud del Derecho regio, hay que añadir necesariamente un décimo requisito —“decimum requisitum necessario adiiciendum est”—, la mención de la identificación o fe de conocimiento (33).

Este último inciso plantea, sin embargo, un interesante problema histórico, pues a mi manera de ver no se encontraba en el texto original de la Pragmática, sino que fue una interpolación por adición, efectuada entre 1541 y 1551.

Aparte de los demás argumentos, que he expuesto en otro lugar (34), el inciso no aparece en el texto de la Pragmática de Alcalá recogido en el “Libro de las Bulas y Pragmáticas”, posiblemente compuesto por su editor, JUAN RAMÍREZ, escribano de los Reyes Católicos, Libro al que la Real Provisión de 10.11.1503 atribuyó valor legal. Y tampoco contienen este inciso las Ordenanzas de 1527, de que luego hablaremos, que introdujeron en Navarra los dos primeros capítulos de la Pragmática de Alcalá.

La innovación tendría, pues, lugar con posterioridad a 1527, fecha de las Ordenanzas navarras; después también de 1531, año de la edición de Burgos de las “Notas del Relator”, de HERNÁN DÍAZ DE TOLEDO, que incluye unas “Notas breves” para el examen de escribanos que omiten la fe de co-

(33) PAREJA ET QUESADA, Gabrielis de: *Praxis edendi, sive Tractatus de universa instrumentorum editione*, ..., Lugduni, MDCLXVIII (la 1.^a ed. es de mediados del siglo XVII); Tomus primus, I.III.II, núm. 59.

(34) Puede verse mi estudio sobre la Pragmática de Alcalá citado en nota 7, capítulo IV.5.

nocimiento; y más tarde de 1538-1541 cuando aparece la "Suma de notas copiosas", de HERNANDO DÍAZ DE VALDEPEÑAS, con la misma omisión. Pero tuvo que realizarse antes de 1551, año en que ROQUE DE HUERTA publica su "Recopilación de notas de escrituras públicas" con la advertencia: "El escribano ha de dar fee del conocimiento de los otorgantes; donde no, ha de tomar información" (35).

También plantea ese inciso final otras cuestiones, que no son meramente terminológicas, como en principio pudiera suponerse, porque conducen a graves desviaciones doctrinales, con trascendentes consecuencias jurídicas. En este sentido, la expresión utilizada por la Pragmática, "dé fe ... que le conoce", lleva a pensar por dos caminos distintos que el conocimiento del otorgante es un hecho, incluso un hecho sensible, perceptible por los sentidos del escribano, y cubierto en consecuencia por la fe pública; bien porque la identidad del otorgante sea un hecho *in rerum natura*, o porque el hecho consista en el conocimiento previo del otorgante por el escribano; y cuando la identificación resulte equivocada ambos caminos conducen al delito de falsedad, a la responsabilidad penal del escribano, aunque el error haya sido arteramente preparado por la conducta delictiva del suplantador.

Así lo entendió ya JUAN GUTIÉRREZ, el mejor comentarista de la Nueva Recopilación: "Pues si debe hacer fe, por tanto tiene que atestiguarlo cierta y afirmativamente; luego si afirmara en contra de la verdad, comete falsedad, y está sujeto a lo que antes se dijo, cuando lo hiciere con dolo". "Nam si fidem facere debet, ergo de certo et sic affirmative id testari videtur; igitur, si contra veritatem affirmet et committit falsum, et tenebitur ad id quod supra dictum est, quando dolo id fecerit" (36).

c) La doctrina civilista castellana es concorde en afirmar la necesidad de que el escribano conozca a los otorgantes, que resulta indudablemente de la Pragmática de Alcalá (cap. II), de las Partidas (3.18.54) y del Fuero Real (1.8.7); pero muy influida por el Derecho común y sus comentaristas, disiente respecto del momento en que haya de tener ese conocimiento.

ALFONSO DÍAZ DE MONTALVO, en su glosa "menos de los conocer" al Fuero Real 1.8.7, se inclinó por la tesis más permisiva de JUAN AN-

(35) Conf. sobre las "Notas breves", nota 31; DÍAZ DE VALDEPEÑAS, Hernando: *Suma de notas copiosas, muy sustanciales y compendiosas*, editadas en 1538 a nombre de Juan de Medina, y a partir de 1541 al de Díaz de Valdepeñas. = HUERTA, Roque de: *Recopilacion de notas de escrituras publicas ... Agora nuevamente recopiladas por Roque de Huerta* escribano. Salamanca, Juan de Junta, 1551.

(36) GUTIÉRREZ, Juan: *Practicarum Quaestionum circa Leges Regius Hispaniae Primae partibus Novae Collectionis Regiae Libri Duo*, Salmanticae, Anno 1589. Liber primus, Quaestio 143.

DRÉS, a quien repetidamente cita: “no es necesario que el notario haya conocido a los contratantes con anterioridad (*prius notos*), sino que es suficiente con que los haya conocido al mismo tiempo, oyendo sus palabras, nombres y cognombres” (37); y el comentarista de las Leyes de Toro, MARCOS SALÓN DE PAZ insiste en la misma posición después de publicada la Pragmática de Alcalá, basándose en la Ley 54 de las Partidas: “es bastante con que el escribano obtenga el conocimiento de las partes al tiempo en que el instrumento se confecciona” (38). Por el contrario, JUAN GUTIÉRREZ se suma decididamente a la tesis de BALDO, exigiendo con el mayor rigor que el conocimiento de los otorgantes por el escribano sea anterior a la recepción del instrumento (*prius notos*), pleno, perfecto e íntegro (39).

SALÓN DE PAZ y GUTIÉRREZ concuerdan en afirmar que el documento no se anula aunque omita la fe de conocimiento, si el escribano conocía a los otorgantes (40).

d) Los prácticos. Desde los comienzos de la Edad Moderna se desarrolló en Castilla una doctrina estrictamente notarial, muy pegada a la práctica.

Los *formularistas* asumieron inmediatamente las innovaciones de la Pragmática de Alcalá, como hemos visto en ROQUE DE HUERTA, y muy especialmente la elevación del conocimiento de los otorgantes a requisito documental.

Quizá la cuestión que más preocupaba a los autores de *práctica notarial* era la de determinar cuándo podría decir el escribano en la escritura que conocía a los otorgantes, porque se partía al parecer de la idea de que “conocer”, para decirlo con las palabras que actualmente utiliza el DRAE (acepción 4), es “tener trato y comunicación con alguien”, y en consecuencia había que concretar la clase y duración de ese trato, sin que

(37) DÍAZ DE MONTALVO: “sed non est necesse quod notarius habuerit contrahentes prius notos, sed satis est quod ipso tempore notos habeat, audiens illorum verba, nomina et cognomina” (loc. cit. supra, nota 9).

(38) SALÓN DE PAZ: “sat sit tabellione, tempore quo instrumenta conficiuntur, partium notitiam quaerat”; loc. cit. en nota 27.

(39) GUTIÉRREZ: “iuxta hanc lex requiratur ut tabellio habuerit contrahentes prius notos et sic sit certus de eorum nominibus atque personis, habendum plenam notitiam eorum”; “igitur haec cognitio ... perfecta integraque esse debet” (loc. cit. en nota 36).

(40) SALÓN DE PAZ, *op. cit.* en nota 27, núms. 1.284 y 1.285: “si tabellio partes agnoscat, an in instrumentis hoc exprimere sit necesse, quod etsi securius sit exprimere, non tamen hoc omissio instrumenta subverti censerem ... Ceterum cum dubium fuerit an tabellio partes agnovit vel ne, illum eas cognovisse est praesumendum, et recte suum officium gessisse”. GUTIÉRREZ: “Aut vero tabellio partes ipsas agnoscit, et omittit id exprimere ... quamvis securius esset id exprimere, non tamen ob id annullabitur instrumentum” (*op. cit.* en nota 36, Quaestio 143.3).

fueran suficientes expresiones como “ha de tener especial cuidado el escribano en conocer a las partes otorgantes” (SIGÜENZA), ha de conocerlas “bien” (GONZÁLEZ DE VILLARROEL), o ha de conocer a los otorgantes “en el modo que es necesario para que pueda dar fe de este mismo conocimiento” (MORENO) (41).

La “Cartilla Real de Escribanos” de BUSTOSO-ROS, seguida por ALVARADO DE LA PEÑA, representa el criterio de mayor amplitud: “El conocimiento de que el Escribano da fe basta ser de que es persona domiciliada, no fugitiva ni de sospecha, y que se llama fulano, como expresa la escritura, por no constarle al Escribano lo contrario, sin que sea necesario conocerle por amistad, o trato de largo tiempo” (42); MELGAREJO exige más: “y para darla (la fe de conocimiento) basta haber visto el Escribano muchas veces al que otorga, y que otras personas corrientemente le tratan por su nombre, aunque esto sea en muy poco tiempo, siendo vecinos los que le tratan” (43); FEBRERO nos aparece más concreto y tolerante: “para poder dar fe de su conocimiento en contrato o última disposición, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño; pues basta que le haya visto y hablado *tres veces*, y sepa que comúnmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido” (44); a GONZÁLEZ DE TORNEO se le plantean “dos dudas. La una, siendo un Escribano nuevamente venido a un lugar. Y la otra, viniendo alguno nuevamente al Lugar donde el Escribano estuviese” (45); y una tercera duda plantea GONZALO DE LAS CASAS: si el notario podrá ya dar fe de conocimiento en un segundo otorgamiento de quien, por ser desconocido, fue identificado mediante testigos de conocimiento en un otorgamiento anterior, o habrá que reiterar la intervención de testigos que le conozcan (46).

(41) SIGÜENZA, Pedro de: *Tratado de Cláusulas Instrumentales*, 1754, p. 16, núm. 34 (1.ª edición, Madrid, 1627). = GONZÁLEZ DE VILLARROEL, Diego: *Examen, y Practica de Escribanos, y indice de las provisiones que se despachan por Ordinarias en el Consejo*, 1652?, p. 4 (1.ª ed., 1641?). = MORENO MAISONAVE, Juan Ignacio de la Cruz: *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, 1.ª ed., 1847, IX, p. 95.

(42) *Cartilla Real Theorico-Practica ... para Escribanos*, editada en 1737-38 a nombre de Diego BUSTOSO Y LISARES, y a partir de 1762 al de su verdadero autor, Carlos ROS HEBRERA; ed., 1778, I, p. 63. = ALVARADO DE LA PEÑA, Santiago: *Cartilla Real Novísima*, 1830, p. 54.

(43) MELGAREJO MANRIQUE DE LARA, Pedro: *Compendio de contratos públicos*, ed. 1733, pp. 235-36 (1.ª ed., 1652).

(44) FEBRERO BERMÚDEZ OSORIO, José: *Librería de Escribanos*, Edición facsímil de la de 1789, Consejo General del Notariado, 1990; Parte Primera, I, núm. 307, p. 252.

(45) GONZÁLEZ DE TORNEO, Francisco: *Practica de escribanos, ... y escrituras publicas*, Madrid, 1674-1675, fol. 137r (1.ª ed., 1584).

(46) GONZALO DE LAS CASAS Y QUIJANO, José: “Ejecución de la Ley del Notariado-Consultas”, *Gaceta del Notariado*, 1862, p. 504.

VI. Otros Derechos españoles

a) Navarra. La Ordenanza V, de las hechas en 1527 por don Diego de Avellaneda, obispo de Tuy, presidente, y los del Real Consejo de Navarra, dispuso, siguiendo al capítulo II de la Pragmática de Alcalá: "... Y si los que otorgaren la tal escriptura no fueren conocidos, tome (el escribano) dos testigos de información, que los conozcan, y dello haga mención en fin de la escriptura, nombrando los testigos, y de donde son vecinos", Ordenanza que pasa a la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, 2.11.8. Obsérvese que, como ya hemos dicho, se omite la frase final de la Pragmática, en su versión de las castellanas Nueva y Novísima Recopilación: "y si el escribano conociere al otorgante dé fe en la subscripción que le conoce".

b) Aragón. Ningún dato sobre la identificación de los otorgantes nos proporcionan los textos legales o doctrinales aragoneses de los siglos XIII y XIV: el Fuero de Jaca; los llamados Fueros de Aragón, de 1247, versión del Fuero de Jaca preparada por VIDAL DE CANELLAS; la obra doctrinal de éste, "*In excelsis Dei Thesauris*", según sus palabras iniciales, más conocida por "*Vidal Mayor*"; ni las "*Observancias*" de JAIME DE HOSPITAL (1398 ?) (47).

Ya a mediados del siglo xv, en 1451, la cuestión se regula en el Fuero: "Por tirar ocasión de fabricación de cartas falsas": los notarios, como regla general, deben conocer al otorgante u otorgantes, y también a los testigos quizá por el papel que éstos pueden llegar a desempeñar en la adverbación de ciertos instrumentos; "e si no lo conoscían, que en tal caso el Notario haya a testificar aquél en tercera persona, e dezir que una persona que se nombró por tal nombre, la qual él, è los testimonios, o alguno dellos no conoscían, firmó el dicho instrument, carta o contracto"; la inspiración en la doctrina de JUAN ANDRÉS es evidente.

"Por tirar ocasión de fabricación de cartas falsas. De voluntad de la Cort statuymos, que qualquiere Notario qui testificara instrument, carta, o contracto alguno de qualquiere natura, haya a conocer aquél o aquellos que en el dito instrument, carta, o contracto firmarán, o a cuyo prejudicio se testi-

(47) Conf. MOLHO, Mauricio: *El Fuero de Jaca - Edición crítica*; CSIC, Zaragoza, 1964, p. 663. TILANDER, Gunnar: *Los Fueros de Aragón, según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, publicados por ..., con Introducción, Texto de los Fueros, Notas, Vocabulario; Lund, 1937, p. 648. CANELLAS, Vidal de: *Vidal Mayor*, traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei Thesauris* de VIDAL DE CANELLAS; editada por Gunnar Tilander, Lund, 1956. (HOSPITAL): *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, Introducción y texto crítico por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, S.I., Zaragoza, 1977, p. 490.

ficara, è saber su nombre, è sobrenombre, é los testimonios qui en aquél serán puestos. E si no lo conoscían, que en tal caso el Notario haya a testificar aquél en tercera persona, è dezir que una persona que se nombró por tal nombre, la qual él, è los testimonios, o alguno dellos no conoscían, firmó el dicho instrument, carta o contracto. E el Notario que el contrario fará, encorra en las penas de official delinquent en su officio contra Fuero. Quere mos empero, que las sobreditas cosas no hayan lugar en los contractos firmados por Universidades, Cuerpos o Colegios del dito Regno” (Fueros, IV, Título “De fide instrumentorum”, 10, De Tabellionibus. Cortes de Zaragoza de 1451, Juan II, Rey de Navarra y de Aragón).

MIGUEL DE MOLINO entiende con razón que sólo en cuanto a los otorgantes –no respecto a los testigos– puede usarse la fórmula supletoria, “quod quidam, qui se dixit, seu nuncupavit tali nomine, vendidit, donavit etc. vel se obligavit vel similia” (48); y el autor anónimo del “Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaría” advierte a los notarios respecto a los testamentos y codicilos que “deben ... ser muy discretos, avisados, que no les pongan una persona por otra” (49).

El Derecho aragonés sobre identificación de los otorgantes subsistió hasta la entrada en vigor de la Ley del Notariado de 1862, pues las consecuencias de la Guerra de Sucesión no afectaron a la forma de escriturar (RD 3-4-1711, limitando para Aragón el RD de 29-6-1707).

c) Cataluña. La identificación de los otorgantes se regula por constitución de Felipe III (en Cataluña, Felipe II) en las primeras Cortes de Barcelona, año 1599 (“Constitutions y Altres Drets de Cathalunya”, 4.14.26).

“Item statuim, y ordenam ab la mateixa loatio, y approbatio (4.14.25: “ab loatio, y approbatio de la present Cort”), que qualsevol Notari qui sera instat, y request per alguna persona la qual ell no conexera, que testifique, o reba algun acte, no puga testificarlo, ni rebrel que personas dignas de fe, e conegudes per ell nol asseguren que la dita persona es tal com se anomena, y en lo acte se haja de narrar qui son les persones que la conexen, y no narrantles sia tinguda per coneguda del dit Notari, y vinga carrech dell, y los actes que seran rebuts sens guardar la solempnitat en la present Constitutio contenguda sian de ningun efecte, y valor”.

El sistema era de gran rigidez. El notario no podía autorizar el acto si no conocía a los otorgantes, o a las personas fidedignas que en su de-

(48) MOLINO, Miguel del: *Repertorium, Fororum, et Observantiarum Regni Aragonum*, Caesaraugustae, ex officina Dominici à Portonariis, Anno 1585, fols. 342.

(49) *Formulario de actos extrajudiciales de la sublime Arte de la Notaría* (Anónimo aragonés del siglo XVI) (1523), publicado por Mariano Alonso Lambán, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, 1968.

fecto le asegurasen de la identidad de los mismos, que tenía que nombrar en el documento; y si no lo hacía, se estimaba que era el notario quien conocía a los otorgantes y venía a cargo suyo; los actos recibidos sin guardar la solemnidad ordenada no tendrían ningún efecto ni valor; esto es, eran nulos. La doctrina catalana no prestó, sin embargo, especial atención al precepto.

GALÍ Y RAMÓN, en su “Opera Artis Notariae” (1674) no menciona el conocimiento de los contratantes ni en su Teórica –aunque sigue a BOATERIO–, ni en la fórmula general, pero sí en su explicación, poniendo de relieve la función del nombre en la identificación: “y digo más, que conozcamos a las personas de los contratantes, pues poco es conocer el derecho si se ignoran los nombres de los contratantes” (“et amplius dico, ut cognoscamus personas contrahentium, nam parum est ius noscere si nomina contrahentium ignorarentur” (50).

Las Reales Ordenanzas dadas por el capitán general don Ignacio Francisco de Glimes de Barbante, conde de Glimes, el 29 de noviembre de 1736 introdujeron en Cataluña lo dispuesto en la Pragmática de Alcalá, pero conservando en un inciso esa presunción de conocimiento del otorgante por el escribano que no utilizara y nombrara testigos de conocimiento de la constitución de Felipe III de 1599, según señalo al transcribirlas:

“VI. Que el Escribano que no conociere a alguna de las partes, que quisiere otorgar algún contrato o escritura que no la haga ni reciba, salvo si las dichas partes que así no conociere presenten dos testigos que digan que los conocen, y en este caso haga mención de ello al fin de la escritura nombrando los testigos y sentando sus nombres y de donde son vecinos (Pragmática de Alcalá, II), y no haciéndose esta expresión, se haya el otorgante por conocido del Escribano y venga a su cargo, dándose por nulos los actos que sin esta circunstancia se otorgaren (Felipe III, 1599, Constituciones de Cataluña, 4.14.26); y si el Escribano conociere al otorgante, dé fe en la suscripción de que lo conoce (Pragmática de Alcalá, II)”.

Muy significativo es el caso de VICENTE GIBERT, que en 1772, en el original latino de su “Theorica Artis Notariae”, no pasa del texto de Felipe III, del que hace un breve resumen entre sus “Prolusiones” (p. 11), sin plantear cuestión alguna y omitiendo toda referencia a la identificación de los otorgantes al tratar del instrumento y de sus publicaciones (p. 55), en lo que le siguen las traducciones españolas, incluso la tercera edición, de 1875, cuando hacía tiempo se había promulgado la Ley del Notariado (51).

(50) GALÍ Y RAMÓN, Jerónimo: *Opera Artis Notariae, theoricam simul et practicam eruditionem complectentia*. Anno M.DC.LXXXIIIJ, p. 110 (Primera edición, 1674).

(51) GIBERT, Vicente: *Theorica Artis Notariae*, 1772.

Traducciones castellanas: Primera edición, *Teórica del Arte de Notaría o Manual de Escri-*

d) Mallorca. No tenemos dato normativo alguno sobre la identificación de los otorgantes en el Derecho mallorquín hasta la Instrucción de 24 de agosto de 1753, dada por el visitador general don Manuel Ramos, que inspirándose en la Pragmática de Alcalá estableció: "9.º Que en cada contrato dé fee (el Notario público) de conocimiento de los otorgantes, y no conociéndolos, haga que éstos presenten dos testigos de conocimiento de ellos, dando también fee de los testigos dixerón conocer al otorgante, o otorgantes".

En 1714, el año anterior al Decreto de Nueva Planta, ANTONI MOLL, notario de Palma de Mallorca, termina su "De Arte Notariae Tractatus", de fuerte inspiración rolandina; pero no obtenemos de él ninguna información en nuestro tema, pues las fórmulas terminan con la expresión "Et fiat large etc." ("Y hágase por extenso, etc."), seguida a veces por la de "Actum, etc." ("Hecho, etc.") y más frecuentemente por la indicación del número de testigos (52).

e) Valencia. Los problemas de la identificación de los otorgantes no aparecen en los "Fori Antiqui Valentiae", ni en el "Formularium diversorum instrumentorum" del siglo xv, ni en las "Instituciones" de TARRAÇONA, de 1580 (53). Solamente SIMÓ SANTONJA nos da cuenta (54) de una disposición de Alfonso III, año 1418, que exige la identificación del testador o del que otorga un codicilo u otro acto de última voluntad, inspirándose en la doctrina de JUAN ANDREA: el notario puede recibir en todo caso tales actos, pero tiene que hacer constar en el documento si él conoce o no al testador y si los testigos le conocen o no, o si unos de los

banos por D. Eugenio DE TAPIA, 1828, = Segunda edición: *Teórica del Arte de Notaría, o Manual de Escribanos*, por D. Eugenio DE TAPIA ... Barcelona, 1844 = Tercera edición: *Teórica del Arte de Notaría*, ilustrada con notas del Dr. D. Félix María FALGUERA; Barcelona, 1875, pp. XV + 428.

(52) El texto de la "Instrucción" puede verse en Matías MASCARÓ Y ALBERTY, *Notariales y jurídicas*, Palma, 1902, pp. 94-97; o en mis *Escritos Jurídicos*, I, pp. 381-82. Conf. MOLL, Antoni: *De Arte Notariae Tractatus* (1714). Edición facsímil (pp. 389-675) con traducción española por Manuel Oliver Moragues (pp. 677-845), en *Tratados de Notaría en el Reino de Mallorca (Facsímil del Tractatus de Antoni Moll de 1714)*, por LUZ ZAFORTEZA DE CORRAL, Antonio MUT CALAFELL y Manuel OLIVER MORAGUES, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, pp. XXXII + 845.

(53) Conf. DUALDE SERRANO, Manuel: *Fori Antiqui Valentiae*, CSIC, 1950-1967, p. 301. = CORTÉS, Josepa: *Formularium Diversorum Instrumentorum. Un formulari notarial valencià del segle xv*. Edició del manuscrit conservat a l'Arxiu Municipal de SUECA. MCMLXXXVI, pp. 275 + 1. = TARRAÇONA, Pere Hieroni: *Institiutions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia, Pedro de Guete, 1580, pp. 12 + 414 + Taula; hay edición facsímil, sin fecha (Libro I, título XXII: "Dels Notaris", pp. 151-62).

(54) SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: "Notas para la Historia del Notariado Foral Valenciano", *Revista de Derecho Notarial*, LXXI, enero-marzo 1971, p. 272.

testigos le conocen y otros no; pero esa doctrina se completa en el sentido de que cuando ni notario ni testigos conocen al testador, el notario ha de manifestarlo dentro de los tres días a la justicia de la ciudad, villa o lugar en que se hace el testamento, codicilo u otra última voluntad, castigándole si no lo hace como falsario.

“Los scrivans, e notaris publichs qui reebrant testament, codicil, o altra darrera voluntat a alcun: en lo dit testament, codicil o altra darrera voluntat hajan a fer mencio si ells conexen aytal testador. Axi mateix hajan a scriure si los testimonis que serant presents a la confectio del dit testament, codicil o altra darrera voluntat conexen lo dit testador, o no, o si alcun dels dits testimonis lo conoxen, e altres no. E si tots les dits testimonis, e notari nol conexen, en tal cas lo notari qui haura reebut tal testament, codicil, o altra darrera voluntat dins tres jorns ho haja a manifestar al justicia de la dita ciutat, vila o loch on tal testament, codicil, o altra darrera voluntat sera feyt. E si tal dit notari no fara la dita manifestacio que dit punit axi como falsari.”

El Derecho Notarial Foral valenciano desaparece, y con él la disposición trascrita, por Decreto de 29 de junio de 1707, en que Felipe V ordenó que Valencia se gobernara por las leyes, prácticas, ordenanzas y costumbres de Castilla; así vino a regir en Valencia la Nueva Recopilación y, por tanto, la doctrina de la Pragmática de Alcalá.

VII. Notariado hispano-musulmán

Vamos a dar un salto atrás para referirnos a los notarios hispano-musulmanes, los adules, que tenían que hacer constar en sus documentos –según los Formularios que han llegado a nosotros– sus propios juicios acerca de las más diversas circunstancias concretas, junto a otros juicios de carácter general, entre los cuales está la afirmación de su conocimiento de los contratantes; de manera que el adula no solamente debía conocer a los contratantes, sino que tenía que consignarlo en el documento mismo, como requisito intradocumental.

El formulario hispano-musulmán más antiguo que conocemos es el de IBN AL-‘ATTAR, “el hijo del especiero”, que lo escribió en Córdoba al final del siglo X de nuestra era, siendo califa Hixem II, y “mayordomo de palacio” Almanzor. El escatocolo de sus fórmulas aparece confirmado por los formularios posteriores, de ABENMOGUIT y de ABENSALMÚN, publicados parcialmente.

IBN AL-'ATTAR (55): "(Los testigos, cuya declaración infrascripta refrenda la validez del presente escrito), *dan fe del testimonio requerido por los contrayentes Fulano, hijo de Fulano, y Mengano, hijo de Mengano* -(con testimonio invocable) *en su contra, acerca de lo consignado sobre ambos (contratantes) en esta escritura, que han declarado comprender en su totalidad— a quienes conocen y lo han oído de sus propias* (bocas, constándoles que) *están sanos y con plena capacidad de obrar ...* (Escrito) *en tal día de tal mes de tal año*". (Modelo número 9, "escritura de compraventa de una esclava corriente", p. 106).

ABENMOGUIT (fallecido el 22-11-1066 después de Cristo) (56). Escritura de dote: "Requeridos por el contrayente fulano y por el padre de la desposada fulano, dan testimonio, invocable en contra de ambos, de cuanto con referencia a ellos consta en el presente documento quienes *los conocen* y les oyeron lo aquí contenido, hallándose ambos en buena salud y plena capacidad. Y todo ello tuvo lugar en tal mes, a tantos días transcurridos del mismo, de tal año" (p. 56).

ABENSALMÚN de Granada (fallecido 767/1365) (57). Escritura de matrimonio: "Dan fe respecto al esposo y al padre de la esposa citados respecto de lo que de ellos se ha expresado, los testigos, que *los conocen* y hacen constar que los encuentran en estado de salud y de contratar lícitamente. En tal fecha, etc. etc." (p. 340).

Los testigos (los adulas) identifican, pues, a los requirentes u otorgantes del contrato por el sistema subjetivo del conocimiento de los mismos, único entonces posible: "a quienes conocen". En ocasiones, el formulario (cito siempre por el de IBN AL-'ATTAR) concreta más, "conocen en persona" (p. 318), "conocen de vista y por su nombre" (p. 286); muy raramente se admite "si en lugar de «al que conocen», pones «quien se ha informado personalmente», te bastará" (p. 633), con lo que queda excluida la exigencia del conocimiento previo.

Insistamos que no se trata de un mero requisito extradocumental, sino que esa identificación se eleva en los formularios a solemnidad del documento mismo, a requisito de carácter intradocumental, adelantándose en muchos siglos al Derecho común y al Derecho hispano-cristiano.

Esta precedencia en el tiempo, que no es ni mucho menos la única,

(55) ATTAR, Ibn al': *Formulario Notarial y Judicial Andalusi (Ibn al-Attard (m. 399/1009); Estudio y traducción: P. CHALMETA y M. MARUGÁN; Fundación Matritense del Notariado, 2000, p. 1040. El texto árabe había sido publicado por P. CHALMETA y F. CORRIENTE: Formulario Notarial Hispano-Árabe por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-'Attar (s. X); Academia Matritense del Notariado - Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1983.*

(56) VILA, Salvador: "Abenmoguit - «Formulario Notarial» - Capítulo del matrimonio", *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. VIII, 1931, pp. 5-200.

(57) LÓPEZ ORTIZ, José: "Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada", *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo IV, 1927, pp. 319-71 + Apéndice (pp. 372-75).

ha hecho pensar a algunos en el origen hispano-musulmán del Notariado español (58), bien directamente o por medio de los mozárabes, en aquellos ocho siglos de la Reconquista, en que no todo fueron batallas, o bien a través de Italia, donde la influencia árabe está comprobada en muchos otros aspectos.

El paralelismo llega hasta detalles concretos. El recato de la mujer musulmana, por ejemplo, ponía especiales dificultades a la identificación de la novia en el contrato de matrimonio cuando, en defecto del padre, intervenía su *wasí*, casador o tutor matrimonial; la solución tenía que encontrarse en el levantamiento del velo, "*descubierta la cara*", que dicen las Leyes de Moros (Título CCCVIII) (59), y lo mismo tendría que hacer la novia ante los adulas-testigos, que también tenían que identificarla. Recordemos aquella disposición de nuestros Reglamentos Notariales de que las Religiosas de clausura tenían que "descubrirse el rostro" al comparecer ante notario (arts. 225, 240 y 168.3.^a de los Reglamentos de 1917, 1921 y 1935, respectivamente).

Pero se trata de sistemas documentales distintos, porque aplican Derechos sustantivos diversos (60). Entre nosotros, el documento es un documento de las partes, un documento que recoge las declaraciones de las partes mismas, sin perjuicio de que otras personas hayan ayudado a las partes en su formulación o sean testigos de su declaración; es un documento "negocial". En el Derecho musulmán, el documento es un documento de los testigos, un documento que no recoge las declaraciones de las partes, que se han efectuado oralmente, sino las manifestaciones de los testigos presentes en ese acto oral, quienes de momento prestan su testimonio por escrito; es un documento testimonial o "testifical"; y como la ora-

(58) Conf. LÓPEZ ORTIZ, *op. cit.* en la nota anterior y, suavizando sus opiniones, "Notarios y formularios notariales en el Islam", Conferencia pronunciada el día 8-5-1962 en la Academia Matritense del Notariado, publicada en sus *Anales*, XV, pp. 135-46. Y FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, Vicente: "Pruebas y Notarios en el Islam Medieval. Notas para la historia del Notariado Español", *Revista de Derecho Notarial*, núm. XVI, abril-junio 1957, pp. 213-85, y "Formularios notariales hispano-musulmanes", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 15-12-1977, publicada en sus *Anales*, núm. XXII-1, pp. 179-202 + Apéndice, pp. 203-26.

(59) *Leyes de Moros, del siglo XIV*, pp. 11-246 de *Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la Historia*, tomo V, Tratados de Legislación Musulmana. Las *Leyes de Moros*, como es sabido, es una versión castellana del *Kitab al-tafrí* de Ibn AL-GALLAB, contemporáneo de Ibn AL-'ATTAR; conf. CARMONA, A.: "El autor de las *Leyes de Moros*", *Homenaje al Prof. J. M. Fórneas*, II, Granada, 1994, pp. 957-62.

(60) Conf. mi trabajo, "Documentos y documentadores en el formulario notarial de Ibn Al-'Attar", intervención en el acto de presentación de la obra de CHALMETA y MAGURÁN citada en la nota 55; *Boletín de la Real Academia de Córdoba, de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, núm. 141, jul.-dic. 2001, pp. 209-26.

lidad regía también en el proceso, si surgía el conflicto, no bastaba con presentar el documento adulero, sino que el adula tenía que prestar oralmente su testimonio ante el juez, ante el cadí. Señalemos, sin embargo, una importante diferencia desde el punto de vista práctico entre el adula y el testigo ocasional; para que fuera admitido su testimonio, el testigo ocasional tenía que probar al juez su idoneidad testimonial, su “*adala*”, mediante la declaración de dos testigos conocidos del juez y de “*adala*” comprobada; mientras que el adula, como testigo profesional, era ya conocido por el juez y no tenía que acreditar cada vez su “*adala*” o idoneidad testifical, por tenerla ya acreditada.

La naturaleza testifical del documento adulero –la cualidad de testigo del adula– explica la temprana exigencia de la identificación de los otorgantes, como pronto ocurriría en la Glosa. Pero la diversidad de sistemas documentales dificulta una influencia generalizada, aunque no impida, claro es, que pueda producirse en puntos concretos.

ACOGIMIENTO FAMILIAR PARA PERSONAS MAYORES Y OTRAS ALTERNATIVAS AL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS

M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO: **1.** PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. **a)** Internamientos en geriátricos. **b)** Alternativas al internamiento en centros geriátricos. **2.** FORMAS CONTRACTUALES DE ACOGIMIENTO FAMILIAR PARA PERSONAS MAYORES. **a)** Necesidad de regulación específica. **b)** Decreto 38/1999, de 8 de julio, del Principado de Asturias, regulador del Programa de Acogimiento Familiar. **c)** Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores. **d)** Ley 22/2001, de 29 de diciembre de 2000, de Cataluña, de Acogida de personas mayores. **3.** OTRAS FORMAS CONTRACTUALES DE AYUDA MUTUA. **a)** Ley 19/1998, de 28 de diciembre, de Cataluña, reguladora de las situaciones convivenciales de ayuda mutua. **b)** Programas de alojamiento de universitarios con personas mayores.

Dentro de los nuevos retos que se plantean a la sociedad occidental de comienzos del siglo XXI, uno de no poca trascendencia es el representado por el envejecimiento progresivo de la población. En efecto, como consecuencia de la caída de la natalidad que de forma ininterrumpida se viene produciendo desde décadas atrás y el incremento de la esperanza de vida, las pirámides poblacionales se vienen invirtiendo, lo que provoca (y más en el futuro) toda una extensa problemática jurídica y social (1).

Centrándonos en el segundo de los factores de cambio citado, el incremento de la población anciana, hay que señalar que es un factor que por sí mismo constituye fuente de conflictos jurídicos. El propio término “anciano” es jurídicamente polémico: ¿quién es anciano?, ¿es lo mismo anciano que persona mayor? En opinión de GONZÁLEZ PORRAS (2), no cabe el empleo de ambos términos como sinónimos, siendo el criterio de identificación de la persona anciana no sólo “la edad, que se puede establecer en los 65 años, sino el de su autosuficiencia” (3).

En todo caso, lo cierto es que los avances tecnológicos y científicos, entre otros efectos, han dado lugar a un aumento espectacular de las expectativas de vida, de modo que el colectivo de personas ancianas se ha incrementado de forma notable y es previsible que aún lo haga más en un futuro (4).

Pero no se trata tan sólo de que esos “mayores” vivan más, sino también de que vivan mejor. En otros términos, es función de los juristas (como ordenadores de la sociedad) lograr que de la mejora de la calidad de vida propia de nuestra época participe también aquel colectivo. En este sentido, son los ancianos los que, posiblemente, a la vista de los esfuerzos pro-

(1) “Hace tiempo preguntaban a un demógrafo sobre el problema de quién cuidaría a nuestros ancianos si sigue envejeciendo la población, y éste contestó que era muy simple: *a nuestros ancianos los cuidarán los jubilados*.” La anécdota es de MINGORANCE GOSÁLVEZ, “Aproximación al concepto de persona mayor en la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de Atención y protección de las personas mayores”, en *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, 2001, pp. 197 y ss., concr. pp. 197 y 198.

(2) “Sociedad y ancianos: algunas medidas de protección dentro y fuera del Código civil”, en *Actas de las Primeras...*, cit., pp. 145 y ss., concr. pp. 145 a 147.

(3) La misma tesis es sustentada por MINGORANCE, ob. cit., p. 198, al señalar que “... el aumento de personas mayores no quiere decir aumento de viejos, ya que paralelamente a este aumento de personas mayores, el umbral de la vejez tiende a retrasarse como consecuencia de la mejora del estado de salud que se produce cuando se eleva la esperanza de vida”.

(4) En el año 1877, los mayores de sesenta y cinco años representaban el 4,2% de la población total. Un siglo más tarde, en 1970, el número de personas que superaban esa edad se había triplicado, alcanzando un porcentaje del 9,4% respecto del total. En lo que se refiere específicamente a Andalucía, en 1991 el porcentaje de mayores de sesenta y cinco años era del 11,85%. Quizá el dato más significativo sea el que prevé que, para el año 2030, el 30% de la población tendrá más de sesenta años, siendo ese porcentaje tres veces mayor que el previsto para niños y adolescentes. Véase FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica de la tercera edad*, Madrid, 2000, pp. 14 y 15.

ductivos realizados durante toda su trayectoria vital, resulten más claramente acreedores de la sociedad del bienestar. Y este es, precisamente, uno de los fines a los que responde la extensa normativa de índole proteccionista que sobre esta materia se ha dictado (5), que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, se remonta bastante atrás en el pasado (6).

Por otra parte, creo que constituye un error de perspectiva muy importante el planteamiento de todas estas cuestiones en tercera persona. Frecuentemente se tiende a hablar de los ancianos o de la tercera edad como si se tratase de algo por completo ajeno a la persona del orador, como si fuese de un colectivo del que no se forma parte; lo cual puede ser cierto en términos de presente, pero resulta rigurosamente falso si se proyecta hacia el futuro: salvo que se produzca un acontecimiento lucrativo que nos ponga anticipadamente a "criar malas", todos seremos viejos. En otras palabras: puesto que todos somos potencialmente sujetos y protagonistas futuros de la problemática de la tercera edad, incluso desde un punto de vista completamente egoísta, nos interesa arbitrar mecanismos de solución. Y es que la vejez, en sí misma, no es una enfermedad, sino una fase de nuestro ciclo vital.

(5) A título de simple ejemplo, puede citarse la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de Asistencia social geriátrica, en cuya Exposición de Motivos se dice literalmente que "la situación de las personas mayores es inseparable de las condiciones generales de la sociedad; la ancianidad debe ser beneficiaria de la mejora general de la calidad de vida en lo que respecta al crecimiento económico, sanitario y cultural de nuestra comunidad". Pronunciamientos análogos a éste pueden encontrarse en otras muchas disposiciones: la Ley catalana 11/2001, de 13 de julio, de Acogida familiar para personas mayores, en su Preámbulo, dice que tiene por finalidad la de "conseguir un mayor grado de bienestar para las personas mayores..."; la Ley de Canarias 3/1996, de 11 de julio, de Participación de personas mayores y solidaridad entre generaciones, en su artículo 1 d) habla de "impulsar el desarrollo integral de las personas mayores, en orden a la consecución del máximo bienestar en sus condiciones de vida...". La Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León, en su Exposición de Motivos habla de garantizar "la calidad de vida de los mayores...".

(6) En este sentido, resultan muy ilustrativos los primeros párrafos de la exposición de Motivos de la Ley de Extremadura 2/1994, de 28 de abril, sobre Asistencia social geriátrica, cuando dice que "la atención a las necesidades de las personas mayores es tan antigua como la civilización. Los primeros vestigios de la misma, de una manera organizada en nuestra sociedad, se remontan al año 1875, cuando organizaciones benéficas representadas en su mayoría por órdenes religiosos atendían a los ancianos dándoles cobijo y manutención, con criterios estrictamente benéficos. El origen de lo que posteriormente se denominaría *geriatria* aparece como una respuesta social a la necesidad de un colectivo, en aquella época, minoritario. La pobreza, el hacinamiento, las deficientes condiciones higiénico-sanitarias y alimentarias de la época hacen que se produzca un descenso de la población anciana con tasas de mortalidad muy altas. Ante esta situación sociosanitaria, el Gobierno de la Nación responde, en el año 1890, con la creación de la Comisión de Reforma Social, dependiente del Ministerio de la Gobernación. Posteriormente se crean organismos específicos de los que depende directamente la asistencia de las personas mayores, como son el Instituto Nacional de Previsión o el Servicio de Asistencia al Anciano. Tras la sucesiva creación de nuevos organismos encargados de la protección a los mayores, la situación desemboca en la creación del Insero en el año 1979...".

1. Planteamiento de la cuestión

Una de las dificultades que aquejan a los mayores cuando alcanzan cierta edad es, precisamente, la imposibilidad material de continuar desenvolviéndose con autonomía en lo que ha sido, quizá durante muchos años, su hogar. Las razones que desembocan en esta situación, por obvias, no requieren de mayores explicaciones. Baste con señalar que pueden ser de la más diversa naturaleza: tanto físicas, como consecuencia del deterioro de las facultades ambulatorias que se produce con el transcurso de los años, como psíquicas. Dentro de estas últimas no es necesario, a los efectos de impedir el mantenimiento de la autonomía en el propio hogar, que se produzca un problema de enfermedad mental; la simple soledad, para las personas que no están habituadas a ella, puede llegar a generar idéntico efecto.

En cualquier caso, lo cierto es que, salvo casos excepcionales, a partir de cierta edad se precisa la ayuda de otros para desenvolverse en la vida cotidiana.

Frente a este problema, las distintas soluciones ofrecidas por parte de los operadores jurídicos y sociales pueden reconducirse a dos grandes categorías:

a) Internamiento en geriátricos.

Que la vejez conlleva una serie de limitaciones a la capacidad de desenvolvimiento autónomo del individuo es algo que no ofrece duda alguna. Evidentemente, no se trata de un problema novedoso, si bien es cierto que su importancia cuantitativa, como ya ha quedado indicado, ha aumentado con el transcurso de los años.

Frente a esta situación, la respuesta de la sociedad no ha sido siempre la misma. En épocas pasadas, cuando el ritmo de vida era más lento que el actual, las necesidades de atención de los mayores eran subvenidas desde la propia familia. En tal sentido, la comunidad familiar estaba constituida por lo que se ha dado en denominar “familia amplia”, de tal modo que no era infrecuente que varias generaciones convivieran bajo un mismo techo (7).

(7) A veces, incluso, revistiendo forma social, como es el caso de la compañía familiar gallega –aún vigente– que, según el artículo 100 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, por la que se aprueban las normas reguladoras del Derecho civil de Galicia, “se constituye entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasara-do o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o algunos de los reunidos”. Sobre la importancia del elemento familiar en la determinación de la naturaleza

En la actualidad, sin embargo, no es esta la tipología de familia imperante. El cambio de un estilo de vida rural a otro urbano ha generado, en connivencia con otros factores, una nuclearización de la familia, reducida ahora a los progenitores y sus descendientes o a unidades monoparentales (8). En este nuevo esquema –en donde, además, la mujer se ha incorporado masivamente al mundo laboral (9)– el anciano dependiente, que requiere de especiales atenciones debidas a las limitaciones impuestas por su edad, no tiene ya cabida (10).

En muchos de estos supuestos, la opción que ha terminado imponiéndose ha sido la del internamiento en un centro geriátrico. Aun reconociendo que en un determinado número de casos no es la peor opción, tampoco puede considerarse como la solución óptima. Y ello, por diversas razones: dejando al margen toda la polémica suscitada en torno a las pésimas condiciones en que se desenvuelve la vida de los ancianos en muchas de estas residencias y de las que se han hecho eco los medios de

jurídica de esta figura, véase CARBALLAL PERNAS, “De la compañía familiar gallega”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XXXII, ed. Edersa, 1979, pp. 84 y ss., concr. pp. 94 y 95. Aun cuando el comentario es anterior al texto legal de 1995, las presiones realizadas resultan hoy plenamente válidas.

(8) Para Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 7.ª edición, Madrid, 1997, p. 30, “no hay un concepto intemporal de familia. Más exacto que hablar de familia en singular, como institución universal y única, sería hablar de *familias* en plural para designar los modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente... Algunos sociólogos apuntan una ley de evolución... que, partiendo de la horda, pasó por la familia matriarcal primero y por la patriarcal después, para experimentar en los últimos tiempos una compresión determinante de la que los autores contemporáneos llaman *familia nuclear*, formada por una pareja y los hijos menores sometidos a su dependencia. Esta evolución no parece hoy detenida y conduce, en las modernas sociedades urbanizadas e industriales, a las relaciones segmentarias (p. ej., de uno solo de los padres con el hijo, como ocurre con la madre soltera o con el padre divorciado)”.

(9) Como dice CANALS PARETS, “El cuidado de las personas mayores: su protección jurídica tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en *Actas de las Primeras...*, cit., pp. 115 y ss., concr. p. 115, “al hacer una exposición de los cambios sociales más significativos y característicos del recién terminado siglo xx... habría inexcusablemente que citar como uno de los más trascendentes el de la incorporación de las mujeres a las estructuras de producción, su presencia, cada vez más general, en los mercados de trabajo y su participación, cada vez más intensa y relevante, en todos los ámbitos de la vida social, económica y política, que ha supuesto una verdadera revolución social y que, sin duda, ha ido paulatinamente transformando, no sólo su función dentro de la familia tradicional, sino el concepto mismo de ésta, implicando ello la aparición de nuevas tipologías familiares que se despegan del modelo patriarcal hasta ahora dominante”.

(10) Si bien es cierto que, tratándose de personas mayores que conservan en grado suficiente sus aptitudes personales, es frecuente que colaboren en el hogar de madres trabajadoras cuidando de los menores y realizando tareas domésticas. Sobre el particular, véase ARRIBAS QUEVEDO, “La familia ante el siglo xxi. Familia y mayores”, en *Actas de las Primeras...*, cit., pp. 107 y ss., concr. p. 108.

comunicación (11), lo cierto es que, en multitud de ocasiones, el internamiento en los asilos determina una reducción –y, a veces, supresión– de las libertades de los ancianos “a través de pactos de familiares con los gestores de los centros, e incluso de la disposición de los ingresos del anciano, con más frecuencia de la deseable, por parte de gestores sin escrúpulos que se aprovechan de la incapacidad de hecho del anciano y de la no existencia de mecanismos tutelares de protección de su patrimonio” (12).

Precisamente, con el fin de proteger jurídicamente a los mayores frente a la mala práctica que supone el internamiento involuntario en centros residenciales, la legislación autonómica reguladora de esta materia hace referencia a la necesidad de contar con el consentimiento del propio anciano (13).

Al margen de las anteriores consideraciones, lo cierto es que, aun cuando haya mediado el consentimiento del internado, las condiciones del centro resulten inmejorables y el trato dispensado al anciano sea exquisito, el abandono del propio hogar y su traslado a un medio extraño puede generarle un fuerte sentimiento de desarraigo que, indiscutiblemente, repercutirá de forma negativa en su calidad de vida.

(11) Los cierres de residencias de ancianos por deficiencias higiénico-sanitarias y, en general, por irregularidades de todo tipo, aparecen con una cierta frecuencia en la prensa diaria. Así, por ejemplo, *El País*, de 22 abril del año en curso, se hace eco del elevado número de expedientes sancionadores incoados contra geriátricos en la comunidad de Madrid. También en *El Mundo*, de 15 de junio de 2002.

(12) FÁBREGA RUIZ, ob. cit., pp. 91 y 92. Según este autor, “el internamiento del anciano es, claramente, una forma de control y de limitación de sus derechos –no sólo de su libertad–...” (p. 92).

(13) Así, por ejemplo, el artículo 22.1.º de la Ley canaria 3/1996 establece que “el acceso al disfrute de los servicios prestados en los centros de alojamiento y de estancia, públicos o privados con participación de la Comunidad Autónoma en su financiación, a los que se refiere esta Ley, se realizará previa solicitud de los interesados”. A la misma idea responde el artículo 24 de la Ley extremeña 2/1994 cuando señala que “siendo condición necesaria la voluntariedad del ingreso, el acceso a los establecimientos se realizará previa petición de los interesados...”. Pero, quizá, es la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de Atención y protección a los ancianos, la que se expresa con mayor contundencia al señalar que “ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso... Ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo en los supuestos en que medie resolución judicial. Los servicios de inspección velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores e, igualmente, podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de la estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro” (art. 45.1.º, 3.º y 4.º). Sobre el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, véase artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 153, “... la autorización judicial previa es precisa no sólo para internar en Centro de Salud, sino también en Residencia Geriátrica cuando el anciano no está en condiciones de prestar libremente su consentimiento”.

b) Alternativas al internamiento en centros geriátricos.

A la vista de los serios inconvenientes que se derivan de la aplicación como solución generalizada del internamiento de ancianos en centros especializados, toda la reciente normativa tutelar de la tercera edad tiende a potenciar el recurso a soluciones alternativas, que le permitan continuar el desenvolvimiento de su existencia en un entorno familiar. En tal sentido, se ha afirmado que, desde un punto de vista afectivo, psíquico, cultural, social y económico, la solución óptima será aquella que facilite que el anciano permanezca en el hogar en donde ha venido viviendo (14).

Aceptando este planteamiento, el centro de la cuestión bascularía hacia la determinación de aquellos mecanismos a través de los cuales se pueda prestar al anciano la ayuda que necesita dentro de su propio hogar o lo más próximo posible a él. De este modo, y partiendo de la importancia de la familia como pilar básico para las personas mayores, las propuestas legales encaminadas a solventar el problema estudiado de la población anciana han de consistir en medidas de apoyo y colaboración con esos cuidadores familiares o de hecho.

En los distintos territorios autonómicos, tales medidas son denominadas de forma diversa, siendo objeto de distintas clasificaciones. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden ubicarse dentro de este apartado las siguientes propuestas de actuación:

— Servicios de apoyo domiciliario, que van desde la instalación de teleasistencia o telealarma —que permite al anciano estar en contacto permanente con un equipo de apoyo—, hasta servicios de atención domiciliaria o ayudas a domicilio, consistentes en que la persona mayor recibe en su propio hogar las atenciones profesionales necesarias para facilitar su recuperación o mantenimiento (15).

— Centros de día y unidades de estancia diurna (16).

(14) GÁLVEZ, "Comentario al artículo 50", en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid, 1980, pp. 554 y ss., concr. p. 558.

(15) Artículo 4.3.º, a), de la Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de Atención y protección a las personas en situación de dependencia. Por su parte, el artículo 7 de la Ley de Extremadura 2/1994 define el servicio de atención domiciliaria como aquél que "consiste en la prestación, en el propio domicilio de los beneficiarios, de atenciones de carácter doméstico, social, apoyo psicológico y rehabilitador, debido a situaciones de especial necesidad, favoreciendo el mantenimiento de los ancianos en su medio habitual, evitando el posible desarraigo de su vida familiar y social". Para Canarias, el artículo 15 de la Ley 3/1996 prevé este tipo de medidas bajo la genérica denominación de "apoyo a la permanencia en el propio hogar". En el caso de la Comunidad de Madrid, es el Decreto 88/2002, de 30 de mayo, el texto legal que regula la prestación de Ayuda a domicilio del sistema de Servicios Sociales.

(16) El artículo 15 de la Ley andaluza 6/1999 define los centros de día como "centros de promoción de bienestar de las personas mayores, tendentes al fomento de la convivencia, la integración, la participación, la solidaridad y la relación con el medio social, pudiendo servir,

— Acogimiento familiar para personas mayores (17).

— Regulación de situaciones convivenciales de ayuda mutua (18), como pueden ser, por ejemplo, aquellas que tienen lugar cuando estudiantes desplazados por razón de sus estudios fuera de sus domicilios conviven con personas mayores a las que, a cambio del alojamiento, prestan determinados servicios.

Como alternativa al internamiento en un geriátrico, pero con abandono ya del propio domicilio, las viviendas tuteladas se configuran como pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o viviendas normalizadas, que se encuentran supervisadas por una entidad de servicios sociales (19).

La determinación de cuál o cuáles de entre las señaladas es la medida más adecuada en un determinado supuesto dependerá de las concretas circunstancias concurrentes, sin olvidar que, en un cierto grupo de casos, es posible que, pese a sus inconvenientes, el internamiento en un centro especializado sea la única opción factible que permita al anciano recibir la atención que precisa.

Pues bien, de entre todo el elenco de medidas presentadas como alternativas a ese internamiento, las que indiscutiblemente presentan un mayor relieve desde el punto de vista del Derecho civil son el acogimiento familiar para personas mayores y los supuestos convivenciales de ayuda mutua.

2. Formas contractuales de acogimiento familiar para personas mayores

En la legislación autonómica reguladora de la materia se alude a la integración familiar como uno de los programas que las Administraciones Públicas deben fomentar, a fin de favorecer la permanencia de las

sin detrimento de su finalidad esencial, de apoyo para la prestación de servicios sociales a otros sectores de la población". Por su parte, tiene la consideración de unidades de estancias diurnas, según la misma disposición legal recién citada, aquellas que "están destinadas a prestar una atención integral durante parte del día a personas mayores con un grado variable de dependencia física y psíquica. Su objetivo es mejorar o mantener el nivel de autonomía personal de los usuarios y apoyar a las familias o cuidadores que afronten la tarea de atenderlos" (art. 16). Análogas previsiones en la Ley de Cantabria 6/2001 (art. 4.3.º, b.). En Extremadura reciben la denominación de "hogares club" (art. 9.1 de la Ley 2/1994).

(17) Regulado para las Comunidades Autónomas de Asturias y Cataluña por el Decreto 38/1999, de 8 de julio, y por la Ley 22/2001, de 29 de diciembre de 2000, respectivamente. Para Navarra, es la Ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, la que ha establecido la correspondiente regulación.

(18) Para Cataluña, el régimen jurídico aplicable a estos supuestos viene determinado por la Ley 19/1998, de 28 de diciembre.

(19) Véase artículo 17 de la Ley andaluza 6/1999.

personas mayores dentro de su entorno. A través del mismo, una familia que lo desee podrá acoger e integrar en su propia unidad a una persona mayor que se encuentre sola. Se trataría de ubicar al anciano en una “familia sustituta”, de la que recibiría todo el apoyo y atención que no obtiene de una propia, bien porque no existe, bien porque, existiendo, no quiere o no puede prestárselos.

a) Necesidad de regulación específica.

Como consecuencia de las estrechas relaciones –y tendencialmente, permanentes– que se establecerán entre acogido y acogedores surgirá un buen número de vínculos jurídicos que será necesario ordenar. En una primera aproximación, a fin de precisar el contenido de las relaciones entre la familia “acogedora” y el anciano acogido, en ausencia de norma específica, se tenderá a tomar como referencia el régimen jurídico regulador del acogimiento de menores (20).

No obstante, debe tenerse en cuenta que entre un supuesto y otro de acogida existen sustanciales diferencias. Indiscutiblemente, el anciano desvalido, en general, no despierta el mismo grado de ternura que un niño que se encuentre en las mismas circunstancias. Pero no es éste el tipo de diferencias que queremos destacar aquí, sino otras de tipo legal, derivadas, fundamentalmente, del hecho de que, tratándose de ancianos, el sujeto acogido es una persona mayor con plena capacidad de obrar (21), circunstancia ésta que, a juicio de la doctrina, impediría referir el término desamparo a estas personas mayores (22). Desde un punto de vista técnico, ciertamente, la situación de desamparo no se da. No obstante, en un sentido lato, el anciano que necesita de otros para atender

(20) La figura del acogimiento familiar, referida a menores, fue introducida en nuestro Derecho por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificó el Código civil (y la Ley de Enjuiciamiento Civil) en materia de adopción y otras formas de protección de menores. El régimen actualmente vigente data del año 1996, hallándose contenido en los artículos 172 y siguientes del Código civil.

(21) LLÁCER MATAACÁS y GRAMUNT FOMBUENA, “Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad”, en la obra colectiva *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán*, coordinado por MALUQUER DE MOTES, Barcelona, 2000, pp. 395 y ss., concur. p. 397, sostienen que “la guarda de menores y discapacitados descansa en un sistema general de tuición de las personas necesitadas de protección, que corresponde a quienes tienen atribuida las funciones tutelares y, en su defecto a los poderes públicos... en cambio, la ley de situaciones convivenciales de ayuda mutua y el proyecto de ley de acogida de personas mayores parten de un sustrato radicalmente distinto, pues son operativas entre personas mayores de edad y con plena capacidad de obrar”. Compartimos la opinión de estas autoras en lo que se refiere en la consideración del anciano como sujeto con plena capacidad de obrar, no así en la ausencia de carácter tuitivo de la normativa reguladora del acogimiento de ancianos, como más tarde, dentro del presente trabajo, tendremos ocasión de exponer.

(22) LLÁCER MATAACÁS y GRAMUNT FOMBUENA, ob. cit., p. 397.

a sus necesidades vitales y no recibe tal ayuda, puede considerarse desamparado (23).

Por otra parte, la plena capacidad de obrar del anciano necesariamente tendrá que proyectarse sobre el procedimiento tendente a establecer la nueva hipótesis convivencial, en orden a los consentimientos que habrán de prestarse para su válida constitución.

En cualquier caso, aun considerando que el anciano que por estar desamparado puede y quiere ser acogido, respecto del mismo no serían predicables todas las modalidades legales del acogimiento de menores (24).

Como puede comprobarse, el régimen legal previsto para el acogimiento de menores sólo de forma muy forzada podría adaptarse a las situaciones de desamparo de mayores. Y lo cierto es que se trata de una materia que presenta importantes lagunas legales. Así, como se señala en el Preámbulo de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril (25), se ha producido un crecimiento espectacular de la población anciana ante el que los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes, “ya que si bien es cierto que, en muchos casos, el alojamiento de ancianos se hace con las mejores atenciones e incluso el más encomiable altruismo, en otros predomina un afán de lucro que resulta legítimo sólo en la medida en que no conduzca al deterioro de las condiciones de vida de unas personas que, por razones físicas y psíquicas, tienen enormes dificultades para obtener la protección de sus derechos o, más simplemente, para formular sus quejas...”.

Por ello, dadas las especiales características de este último supuesto, lo deseable sería una regulación específica del acogimiento de mayores, cosa que se ha producido ya en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas.

b) Decreto 38/1999, de 8 de julio, del Principado de Asturias, regulador del Programa de Acogimiento Familiar.

Con la finalidad específica y declarada de funcionar como alternativa al internamiento en residencias, cuando éste no sea adecuado o deseado, la Ley asturiana prevé un especial régimen de acogimiento familiar, con-

(23) Aunque, quizá, a fin de evitar confusiones sería mejor referirse a los mismos como personas mayores dependientes, entendiendo por “dependencia” –de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de Atención y protección a las personas en situación de dependencia– aquel “estado en que se encuentran las personas que por razón de la disminución o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de ayuda y/o asistencia importante para la realización de su vida cotidiana”.

(24) Desde luego, por razones obvias, no sería admisible un acogimiento preadoptivo, puesto que estamos en presencia de personas mayores de edad.

(25) Por la que se establecen las Normas reguladoras para la asistencia y protección de ancianos.

sistente en el alojamiento y cuidados familiares ordinarios a personas mayores que, careciendo de un hogar adecuado a sus características, opten por vivir con un grupo familiar con el que no guarda relación de parentesco (26).

La duración de este acogimiento puede ser temporal o indefinido. Se recurrirá a la primera modalidad cuando, por circunstancias personales de diversa índole (27), se deba residir temporalmente fuera del propio domicilio o del de sus familiares. No podrá exceder de tres meses. En otro caso, el acogimiento se efectuará con carácter indefinido.

Para poder invocar la aplicación de la norma han de cumplirse una serie de requisitos, tanto personales como formales. Los primeros, a su vez, se refieren a ambas partes de la relación de acogida.

Así, en cuanto a las personas mayores que puedan ser acogidas, al margen de los requisitos relativos a la nacionalidad y residencia en la Comunidad, deben tener sesenta y cinco años cumplidos. Por otra parte, en lo que al posible parentesco se refiere, no debe existir un grado próximo entre anciano acogido y familia acogedora, pues la normativa aplicable veta la constitución de la figura cuando existe parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

Las familias acogedoras, por su parte, también han de reunir determinados requisitos. A través de ellos, además del referido a la residencia dentro de la Comunidad Autónoma, se permite constatar su idoneidad para cumplir con las obligaciones que surgirán de la constitución del contrato de acogida. En tal sentido, distingue la ley entre la disponibilidad de una vivienda que reúna las características necesarias para hacer posible el acogimiento (28) y a las circunstancias personales del cuidador

(26) Pese a que en la definición del acogimiento contenida en el artículo 2.1.º de la Ley se alude expresamente a la inexistencia de parentesco entre acogido y familia acogedora, la propia norma matiza este requisito, al acotarlo dentro del tercer grado, inclusive (art. 4, b). De este modo, habría que entender que lo que no debe existir es parentesco próximo. Por lo demás, cabría señalar que no existe coincidencia entre los parientes entre los no cabe establecerse relación legal de acogimiento y aquellos que tienen la condición de herederos abintestato que, en el Código civil, se extiende en la línea colateral hasta el cuarto grado (art. 954 C.c.).

(27) La Ley, en su artículo 2, señala como ejemplos de este tipo de situaciones la necesidad de efectuar reparaciones en el propio hogar o una convalecencia.

(28) Más concretamente, el artículo 5 de la ley examinada dispone que: "Para que una persona beneficiaria de este programa pueda acceder al programa de acogimiento, las familias acogedoras deberán cumplir los siguientes requisitos:

B) De la vivienda:

— Situada en zona urbana o rural de fácil acceso.

— Dotadas de suficientes condiciones higiénicas y de salubridad, agua corriente, luz eléctrica y cuarto de baño.

— Carente de barreras arquitectónicas y obstáculos que puedan dificultar el acceso o el desenvolvimiento del beneficiario en caso de ancianos asistidos".

principal. En relación con este último, le exige la Ley que tenga una edad comprendida entre los veinticinco y los sesenta y cinco años, si bien, de forma excepcional, en los casos de prórroga de la ayuda, podrán seguir siendo acogedoras aquellas personas que, a pesar de superar los sesenta y cinco años, se encuentren en condición de seguir cumpliendo su función, a juicio de los servicios sociales municipales y siempre que el anciano acogido así lo desee. Además, deberá contar con disponibilidad de tiempo, así como con aptitud y predisposición para proporcionar las atenciones imprescindibles del acogimiento (29).

Tanto las personas que deseen ser acogidas como aquellas unidades familiares que deseen actuar como acogedoras deberán presentar sus respectivas solicitudes en las dependencias de los servicios sociales de su municipio (30). A la vista de las solicitudes de uno y otro tipo presentadas, se podrán formalizar los acogimientos familiares que se consideren oportunos mediante la firma del correspondiente **contrato de acogida**. Este contrato ha de cumplimentarse en un modelo legalmente establecido (31), en el que queda especificado el contenido básico de la relación de acogimiento instaurada. Así, la persona acogida tendrá determinados derechos:

- A recibir los cuidados familiares ordinarios (32).

- A participar en la vida de la familia dentro de unas normas convivenciales adecuadas.

- A habitación para su uso personal, compartiendo los lugares comunes del resto de la vivienda.

- Al mayor grado de intimidad posible.

- A recibir visitas, efectuar salidas, etc.

- A una reserva de la plaza por período máximo de dos meses en caso de hospitalización o ausencia, si bien, en el caso de la hospitalización, excepcionalmente se podrá ampliar el período de reserva de plaza.

Las obligaciones de la persona acogida se circunscriben a abonar la contraprestación económica pactada y respetar la intimidad de la familia dentro de las normas de la buena convivencia.

Evidentemente, estos derechos y obligaciones de la persona acogida

(29) Además, será necesario que, previamente a la constitución de la relación, no aparezca como beneficiario testamentario (él o su familia) de la persona acogida y no haber dado lugar a la rescisión de un anterior contrato de acogimiento por incumplimiento de sus obligaciones.

(30) Artículos 6 y 7 Ley 38/1999.

(31) Anexo VII Ley 38/1999.

(32) Que, según se prevé en el modelo predispuesto por la norma legal, comprendería lavado de ropa, comida, asistencia personal adecuada y seguimiento de las pautas de tratamiento que en su caso hayan emitido los servicios técnicos de salud.

tienen su contrapartida en los que para la familia acogedora se derivan de la relación contractualmente instaurada. De este modo, además de prestar la asistencia necesaria al anciano, la familia acogedora tiene las obligaciones complementarias de comunicar a las instancias autonómicas correspondientes las ausencias por hospitalización o por otros motivos, a contratar un seguro para cubrir los posibles daños que pudieran derivarse del alojamiento o la asistencia y a continuar prestando atención personal, dentro de sus posibilidades, aun en caso de que la persona acogida experimente un menoscabo de su autonomía personal. El derecho esencial de la familia acogedora es el relativo a la percepción de la cantidad pactada como retribución.

Como causas de extinción del contrato específicamente previstas se señalan el transcurso del plazo de duración pactada –en caso de que el acogimiento sea temporal– y la rescisión voluntaria por cualquiera de los contratantes, que deberá ser anunciada a la contraparte con dos meses de antelación. Evidentemente, también cabrá la extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales (33).

Como puede comprobarse, no se trata de un contrato gratuito, sino oneroso: la atención al anciano no se presta en términos altruistas y desinteresados o, al menos, no completamente, pues quien los dispensa tiene derecho a una contraprestación. La propia Ley 38/1999 prevé un sistema de ayudas económicas, con cargo a la Consejería de Servicios Sociales, cuando resulten imprescindibles para la adecuada prestación del servicio (34). De este modo, se facilitaría el acceso al programa de acogimiento familiar a aquellas personas mayores que lo deseen y no cuenten con recursos propios suficientes.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato, el importante grado de intervención en el mismo que se concede a la Administración Pública lo sustrae, hasta cierto punto, de la órbita privada. En efecto, las instancias sociales competentes no sólo intervienen en la constitución de la relación de acogida y, en su caso, en la asignación de recursos. Por el contrario, su participación se extiende a la realización de funciones de seguimiento y control directo (35). Indiscutiblemente, con esa interven-

(33) Propia de cualquier relación contractual. A mayor abundamiento, el artículo 5 de la Ley 38/1999, al señalar los requisitos para poder ser acogedor principal, exige expresamente “no haber dado lugar con anterioridad a la rescisión de un contrato de acogimiento por incumplimiento de sus obligaciones”.

(34) Los artículos 8 a 16 regulan *in extenso* la concesión, el disfrute y la pérdida de las mismas.

(35) En efecto, según señala el artículo 15 de la Ley 38/1999, “1. Corresponderá a los servicios municipales respectivos asumir el proceso de seguimiento y control directo, que se efectuará como mínimo semestralmente en caso de no ocurrir ninguna incidencia de los acogi-

ción de la Administración, el acogimiento familiar de personas mayores cobra un cierto alcance tuitivo ausente en otras modalidades contractuales a través de las cuales se podrían subvenir igualmente las necesidades de asistencia de los ancianos.

En este sentido, el acogimiento familiar para personas mayores se apartaría conceptualmente del contrato de vitalicio, por cuya virtud, “una persona –llamada constituyente o alimentista– se obliga a transmitir a otra –denominada deudor– unos determinados bienes o derechos a cambio de que éste se comprometa a prestarle a aquél alimentos y asistencia, en la forma y extensión que ambos convengan, por el tiempo de la vida de una persona que coincide con la del constituyente o acreedor de esta prestación de hacer” (36). La libertad de que gozan las partes de este contrato para establecer su contenido hará que, si lo desean, su relación pueda adoptar dimensiones convivenciales como forma de prestación de los alimentos debidos (37), acercándolo así a la figura del acogimiento familiar. No obstante, el contrato de vitalicio permanece en el ámbito exclusivamente privado, de modo que los mecanismos legales de garantía que pueden utilizarse son, tan sólo, los propiamente contractuales: el anciano firmante de un contrato de vitalicio no tendría tras sí, como ángel tutelar, a la Administración competente.

c) Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores.

Conscientes de la necesidad de una regulación específica de las situaciones de convivencia entre personas que, sin constituir una familia, comparten una misma vivienda habitual, la Comunidad Foral de Navarra ha procedido también al dictado de una norma sobre la materia. En ella, el

mientos que se produzcan en su término municipal, excepto el seguimiento que en un principio se realice por el Ayuntamiento de procedencia de la persona mayor o minusválido, en coordinación con el destino, si hubiera lugar, en la forma que consideren más oportuna. En este último supuesto, una vez superado el primer mes de acogimiento, salvo mutuo acuerdo en contra, el seguimiento se realizará por el Ayuntamiento de destino.

2. No obstante lo anterior, la Consejería de Servicios Sociales podrá llevar a cabo cualquier inspección y control de las ayudas sobre su adecuación al fin para el que fueron concedidas, pudiendo, en consecuencia, hacer visitas domiciliarias a las familias de acogida, así como cualquier otro sistema de evaluación y control que considere oportuno. Asimismo, a efectos de realizar una valoración del programa, los Ayuntamientos deberán remitir a la Consejería toda la información que en su momento sea solicitada”.

(36) ZURITA MARTÍN, *Contratos vitalicios*, Barcelona, 2001, p. 23. En el Derecho gallego, el contrato de vitalicio es objeto específico de regulación en los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo.

(37) LUNA SERRANO, “Previsiones negociales de protección de las personas mayores”, en *Actas de las Primeras...*, cit., pp. 35 y ss., concr. p. 45.

acogimiento familiar es definido como aquel encaminado a “proporcionar a las personas mayores los cuidados familiares ordinarios y personalizados, mejorando su calidad de vida y capacitándoles para llevar una vida independiente en el seno de su entorno habitual” (38).

El acogimiento regulado por la norma foral podrá ser, a elección de la persona o personas acogidas, temporal o permanente. Tendrá lugar en la primera modalidad cuando, con carácter transitorio, haya que atender a la persona mayor en periodos de descanso o de enfermedad de sus familiares más directos o como fase previa de adaptación al acogimiento permanente.

El acuerdo de acogida recibe en la ley la denominación de “pacto de acogimiento” y deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el correspondiente Registro (39).

Podrán intervenir en el referido pacto como acogedor aquella persona cuya edad se encuentre comprendida entre los veinticinco y los sesenta y cinco años, que goce de buena salud y no padezca limitaciones que le impida atender a las tareas domésticas normales. Además, deberá disponer de tiempo, aptitud y predisposición para proporcionar las atenciones necesarias al acogido; ser titular, en propiedad o alquiler, de una vivienda ubicada en la Comunidad Foral de Navarra, y no haber sido el responsable, por incumplimiento de sus obligaciones, de la rescisión de un anterior contrato de acogimiento.

En relación con los requisitos que han de concurrir en la persona acogida, se observa en la Ley Foral una cierta contradicción entre lo establecido en sus artículos 4 y 7. Así, en el primero de ellos se afirma que para poder ser acogido mediante el pacto del mismo nombre hay que ser *mayor de sesenta y cinco años*; en cambio, en el artículo 7.2.º, textualmente se señala que “las personas acogidas *no podrán ser menores de sesenta años*”.

Las mismas dudas se plantean en relación con el número posible de personas acogidas: según el artículo 4.2.º, “el pacto de acogimiento permite que la persona o personas acogedoras solamente puedan acoger a *una* persona, salvo circunstancias excepcionales debidamente acreditadas”;

(38) Artículo 2.

(39) Cuya creación se encuentra prevista en la disposición adicional única de la Ley: “El Gobierno de Navarra creará el registro de acogimiento familiar de personas mayores, dependiente del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, en el que quedarán registrados los pactos o acuerdos formalizados en la Comunidad Foral de Navarra con intervención de la Administración pública competente, referidos al acogimiento de personas mayores en ámbitos familiares no propios con contraprestación económica. El Registro recogerá además las bajas de personas acogedoras y acogidas, revocaciones de acogimiento y su motivación, así como otros datos relevantes que se estimen oportunos”.

en cambio, en el artículo 7.4.º, d, se señala que “cada familia no podrá acoger a más de *dos* personas salvo circunstancias excepcionales debidamente acreditadas”. Ciertamente, cabe una interpretación de las disposiciones recién citadas que convierta en aparente la contradicción señalada: el pacto de acogimiento sólo puede referirse a una persona (salvo circunstancias extraordinarias), pero cabe una misma familia sea parte, como acogedora, de distintos pactos (respetándose el límite máximo de dos acogidos, salvo circunstancias excepcionales).

En cualquier caso, estas dudas interpretativas –que subsisten en lo que se refiere a la edad mínima del acogido– podrían haberse obviado con una mejor técnica legislativa.

El contenido necesario del pacto de acogida no se encuentra previsto en la Ley Foral, que lo remite a un futuro desarrollo reglamentario (40), si bien, en una delimitación negativa, se afirma que no podrá atribuir a las personas acogedoras la administración legal de los bienes, ni la representación legal de las personas acogidas (41). Se trata, eso sí, de un contrato oneroso, que implica convivencia entre acogedores y acogidos (art. 2).

En otro orden de consideraciones, prevé la Ley Foral las causas de extinción del acogimiento (art. 10) y las consecuencias del advenimiento de cualquiera de ellas (art. 11). En relación con estas últimas, es de destacar la posibilidad de reclamar una indemnización por enriquecimiento injusto en caso de que la extinción se haya producido por la voluntad unilateral de una de las partes.

Al igual que sucedía con la legislación asturiana, en la ley ahora analizada se reserva un importante papel a la Administración, dada la configuración que se efectúa del acogimiento de personas mayores como servicio social de responsabilidad pública. La Administración está presente y controla todo el proceso de acogida, por lo que pueden darse por reproducidas aquí las mismas observaciones efectuadas en relación con la naturaleza jurídica del acogimiento de personas mayores regulado en la Ley del Principado 38/1999.

d) Ley catalana 22/2001, de 29 de diciembre de 2000, de Acogida de personas mayores.

Al igual que en las normas autonómicas ya tratadas, a través de la Ley 22/2001 lo que se pretende es el establecimiento del régimen jurídico aplicable a aquellas situaciones de convivencia entre personas que, sin constituir una familia, comparten una misma vivienda habitual, unidas

(40) Artículo 4.7.º

(41) Artículo 7.3.º

por vínculos de parentesco lejano en línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, con voluntad de permanencia y de ayuda al más débil; todo ello a cambio de una contraprestación.

En el caso de Cataluña, se prevé expresamente la posibilidad de que se acojan a los dos miembros de una pareja casada o unida de forma estable, o que tengan una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o de adopción.

También aquí han de concurrir ciertos requisitos para que pueda tener lugar un acogimiento sometido a esta ley. Así, son varias las circunstancias que deben darse en la persona acogida:

— Debe tener plena capacidad de obrar o que dicha capacidad sea suplida o complementada por el consentimiento de sus representantes legales. En los casos de voluntad suplida o complementada será necesaria la autorización judicial y deberá oírse a la persona o pareja acogida, si es que tiene discernimiento suficiente.

— Deben ser mayores de sesenta y cinco años y el de menos edad ha de tener, como mínimo, quince años más que la persona acogedora de más edad. Este requisito de la diferencia de edad no es necesario si una de las personas acogidas es discapacitada física o psíquica, o requiere de atenciones especiales.

— No deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado con las personas acogedoras (42). En relación con la exclusión del contrato entre parientes en línea colateral y segundo grado, se ha dicho que no está excesivamente fundada, ya que en el caso de los hermanos la obligación de alimentos es limitada (los necesarios para la vida y cuando su estado obedezca a causas que no le sean imputables al solicitante) (43).

Los acogedores, por su parte, habrán de ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar.

Concurriendo los requisitos personales necesarios, acogedores y acogidos firmarán un contrato, denominado por la ley **pacto de acogida**, en el que se establecerá el conjunto de derechos y obligaciones que, para ambas partes, dimanarán de su relación, constituyendo el contenido del contrato. Dicho pacto deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el correspondiente Registro (44).

(42) Así pues, el requisito del parentesco es distinto de Asturias y en Cataluña, ya que, en esta última Comunidad, cabría el establecimiento de acogimiento contractual entre tío y sobrino, por ejemplo, posibilidad que resultaría vetada en el caso de Asturias, al prohibirse en esta última el acogimiento dentro del tercer grado, inclusive.

(43) Véase LLACER MATA CÁS y GRAMUNT FONBUENA, ob. cit., p. 417.

(44) Se trata de un Registro que deberá ser creado *ad hoc*: véase disposición adicional primera de la Ley ahora comentada.

En este sentido, las personas acogidas tendrán derecho a:

— Ser cuidados, alimentados y asistidos por los acogedores.

— Convivir con los acogedores en la misma vivienda habitual, sea la de las personas acogedoras, sea la de las acogidas. Únicamente de esta forma podrán recibir de los acogedores el cuidado y asistencia a los que tienen derecho.

Por su parte, estarán obligados a:

— Compartir los gastos del hogar y el trabajo doméstico en la forma pactada.

— Abonar a los acogedores la contraprestación pactada, que podrá consistir en dinero, o bien en la donación de bienes muebles o inmuebles.

Para los acogedores, el pacto de acogida implica las obligaciones de convivencia, asistencia, alimentos y cuidados a las personas acogidas, así como la contribución a los gastos del hogar y el trabajo doméstico, de acuerdo con lo pactado; y, en cuanto a los derechos, a percibir la contribución establecida y en la forma en que se haya convenido. Los acogedores, por su condición de tales, no asumen ni la administración legal de los bienes de los acogidos, ni su representación.

La relación de acogida puede **extinguirse** por distintas causas (art. 5) que, a efectos sistemáticos, pueden clarificarse en las siguientes categorías:

— Causas basadas en la común voluntad de las partes:

- Aquellas que los interesados hayan incluido en la escritura de formalización del pacto.

- Por común acuerdo de acogedores y acogidos manifestado en escritura pública.

— Causas basadas en la voluntad unilateral de una de las partes:

- Sin necesidad de alegar causa alguna siempre que la decisión se notifique a la contraparte con seis meses de antelación.

- Por incumplimiento de la otra parte de las obligaciones que le corresponden. En este caso, la notificación de la resolución producirá efectos inmediatos.

— Causas ajenas a la voluntad de las partes:

- Muerte o declaración de fallecimiento del acogido único o de los dos miembros de la pareja acogida. En caso de fallecimiento de uno solo, el acogimiento continuará respecto del otro, si bien podrá modificarse el pacto de acogimiento en función de la posible incidencia de la sucesión del que ha fallecido en la situación de acogimiento (45). Si el so-

(45) LLÁCER y GRAMUNT, ob. cit., p. 420. Según estas autoras, cabe, por ejemplo, que el fallecimiento de uno de los acogidos afecte a la titularidad de la vivienda, circunstancia que puede repercutir en el pacto de acogida. También podría repercutir en la cuantía de la contraprestación que se abona por los servicios y atenciones que se recibe.

breviviente no desea continuar con el acogimiento, podrá extinguirlo por voluntad unilateral, pero sometiéndose al plazo de preaviso de seis meses.

- Muerte o declaración de fallecimiento del acogedor único o de los dos miembros de la pareja acogedora. Si fallece uno solo de ellos, el acogimiento subsiste, salvo que justifique que no puede por sí solo cumplir las obligaciones asumidas. Se trataría de un supuesto de imposibilidad sobrevinida, que determinará la consecuencia extintiva de la relación mediante un plazo de preaviso de tres meses.

Una vez ocurrida una circunstancia con virtualidad extintiva, se producirán distintas consecuencias en función de cuál haya sido la causa de extinción. Evidentemente, la situación de convivencia estable habrá generado entre los convivientes una serie de relaciones patrimoniales que, ahora, con la ruptura, habrá que ordenar de forma conveniente.

En todo caso, si la finalización de la relación tiene lugar en vida de las partes del contrato, tendrá lugar la revocación de los poderes que mutuamente haya podido otorgarse entre acogedores y acogidos.

En el supuesto de que la extinción tenga lugar por la común voluntad de las partes, los efectos serán los por ellas previstos, a cuya voluntad habrá que estar.

Si la extinción se produce por voluntad unilateral de una de las partes, prevé la Ley distintos efectos de índole económica. De este modo, y en relación con la vivienda habitual, produciéndose la extinción, exclusivamente, por voluntad unilateral de una de las partes, quien no sea titular de la misma deberá abandonarla en el plazo de tres meses desde la recepción de la notificación de la voluntad extintiva. En caso de que la causa de extinción sea imputable al incumplimiento de las obligaciones contractuales, el no titular deberá proceder a su abandono en el plazo de quince días si es el acogedor, y de dos meses si es el acogido. De otra parte, cabe la posibilidad de obtener una indemnización por enriquecimiento injusto, sin concurren las circunstancias requeridas para ello; así como la revocación las donaciones efectuadas por el acogido al acogedor, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas por aquél.

Además, las personas o entidades públicas o privadas que, como consecuencia de la extinción del acogimiento, han dado alimentos a la persona acogida, pueden subrogarse en las acciones de ésta contra las personas acogedoras por el importe de los alimentos dados. Compartimos con LLÁCER y GRAMUNT (46) la idea de que no habrá lugar a la referida subrogación si la extinción ha sido decidida unilateralmente por el acogi-

(46) Ob. cit., pp. 421 y 422.

do sin que medie causa, o por el acogedor, pero como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del acogido.

Por último, si la extinción del acogimiento tiene lugar por el fallecimiento de alguna de las partes contractuales, se verificarían importantes efectos, tanto sobre el uso de la vivienda como en el ámbito sucesorio. De este modo, en caso de fallecimiento del acogido (o del último de ellos), si éste era el propietario de la vivienda, la persona acogedora podrá continuar viviendo en la casa por período de un año. Si estaba arrendada, se estará a lo dispuesto en la legislación arrendaticia (47).

Pero en caso de fallecimiento del acogido, las más trascendentes consecuencias son, posiblemente, las que se producen en lo que a su sucesión se refiere, ya que si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen derecho —en sucesión intestada— en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, a bienes hereditarios o su equivalencia en dinero que representen una cuarta parte del valor de la herencia (48). Si no existen descendientes, cónyuge, ascendientes ni colaterales hasta el segundo grado o si los hijos de éstos han premuerto, a las personas acogedoras les corresponde la totalidad de la

(47) Que, en la actualidad, regula los efectos de la muerte del arrendatario en el artículo 16 LAU. Según el mencionado precepto, "1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:

- a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.
- b) 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 tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.
- c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.
- d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento.
- e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior.
- f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento."

A la vista del contenido de este apartado primero del artículo 16 LAU, la única posibilidad que parece factible de continuación por el acogedor en la relación arrendaticia, en caso de fallecimiento del acogido titular del contrato de arrendamiento, parece ser la contenida en el apartado f, lo que no parece excesivamente probable, dado que, para resultar aplicable, el acogedor tendría que tener una minusvalía igual o superior al 65 por 100, y eso parece bastante incompatible con el desempeño de las tareas de acogida.

(48) Tiene también derecho a la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia desde el día de la muerte de las personas acogidas.

herencia (por supuesto, si se da el requisito de los cuatro años mínimos de convivencia). Estas disposiciones de la Ley 22/2001 introducen importantes modificaciones en el orden para suceder en materia de sucesión intestada previsto para Cataluña (49).

En materia de sucesión testada, se les reconoce el mismo derecho a una cuarta parte del valor de la herencia. De otro lado, si existe desproporción entre las atenciones asistenciales y económicas prestadas por las personas acogedoras en interés de las acogidas, en relación con las compensaciones *inter vivos* o *mortis causa* recibidas, las primeras podrán solicitar una indemnización económica con cargo a los herederos de las acogidas.

Por su parte, si el fallecido es el acogedor, en caso de que a él le correspondiera la titularidad de la vivienda habitual, las personas acogidas tendrán derecho a permanecer en ella durante el plazo de un año.

A la vista de las precisiones ya realizadas sobre el contenido de la norma catalana, puede concluirse que se trata de una disposición de mayor calado que la asturiana o la navarra. Sin entrar ahora a discutir la corrección de la opción interpretativa que se ha consagrado en relación con el precepto constitucional relativo a la distribución de competencias legislativas civiles entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo cierto es que Cataluña cuenta con propio Derecho sucesorio, lo que le permite arbitrar las consecuencias del pacto de acogimiento más allá de la pura relación contractual.

De otro lado, debe tenerse en consideración que, al igual que en el caso de Asturias y Navarra, en Cataluña se reserva a la Administración una importante función de control de los acogimientos sometidos a su jurisdicción, de modo que, pese al carácter pactado que tiene la relación entre acogedores y acogidos, no puede decirse que se inscriba en una órbita exclusivamente privada (50). En efecto, la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Cataluña, de Acogida familiar para personas mayores, configura el acogimiento familiar como un servicio social, de responsabilidad pública y, consecuentemente, sometido a la normativa reguladora de los servicios sociales (51).

El control que ejercería la administración autonómica sobre el acogi-

(49) En efecto, en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, la sucesión intestada se regula en el título IV. Más concretamente, el orden para suceder es objeto de regulación en los artículos 322 y siguientes y, conforme a los mismos, en ausencia de hijos, descendientes, cónyuge, ascendientes y parientes colaterales, sucede la Generalitat de Catalunya (art. 347).

(50) Y, en consecuencia, podemos dar por reproducidas aquí las mismas precisiones ya efectuadas en torno a su distinción respecto del contrato de vitalicio.

(51) Artículo 1 de la Ley citada.

miento familiar se traduciría en la planificación, programación, prestación y gestión del servicio de acogida (art. 2), en la expedición de la “declaración de idoneidad” de la persona o personas acogedoras (art. 3.1.º), así como en su intervención protectora durante la vigencia del pacto de acogida, velando periódicamente por el adecuado cumplimiento del mismo, así como por las condiciones de las personas acogidas y, especialmente, por su bienestar físico, psíquico y social (art. 3.5.º).

3. Otras formas contractuales de ayuda mutua

Además del acogimiento familiar propiamente dicho existen otras vías legales a través de las cuales el anciano puede paliar su situación de precariedad económica y/o afectiva. La denominación de “formas contractuales de ayuda mutua” obedece a que, estando basadas en el pacto de los interesados, permiten el establecimiento de una relación convivencial que podríamos calificar de “simbiótica”.

Antes de entrar en el estudio específico de estos supuestos, conviene realizar dos precisiones en torno al título del presente epígrafe:

En primer lugar, somos plenamente conscientes de la inexactitud de la expresión empleada, que utilizamos a falta de una mejor denominación (52). En efecto, situaciones convivenciales de ayuda mutua lo son, por ejemplo, el matrimonio o las uniones estables de pareja y, sin embargo, no es este tipo de relaciones las que van a ser objeto de tratamiento aquí.

En segundo lugar, la utilización del plural obedece a que, junto con la normativa específica de situaciones convivenciales de ayuda mutua, tienen también aquí cabida la convivencia reglada de jóvenes universitarios y ancianos, con apoyo en convenios celebrados entre Ayuntamientos, universidades y delegaciones de asuntos sociales.

a) Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Aunque en el prólogo de esta norma se hace específica referencia al problema que para los ancianos puede representar la necesidad de aban-

(52) Como dice RODRÍGUEZ RAMOS, “Concepto legal de «situación convivencial de ayuda mutua» en el Derecho civil catalán”, en *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, 2001, pp. 285 y ss., concr. p. 289, refiriéndose a la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, “además de largo, el (título) de *situación convivencial de ayuda mutua* peca por impreciso, insuficiente, precario y genérico”.

donar el domicilio familiar por incapacidad de atender a sus propias necesidades, no se trata de una ley especialmente dictada para solventar este problema. En este sentido, cabe decir que su destinatario no es específicamente la población anciana, sino, en general, todas aquellas personas que, conviviendo en una misma vivienda y sin constituir familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas (53). Obviamente, ello no significa que los ancianos no puedan acogerse a esta modalidad de convivencia reglada. De ahí la conveniencia de referirse a la misma.

Los requisitos legales para poder invocar el régimen previsto en la norma puede clasificarse en personales, reales y formales.

En cuanto a los primeros, son varias las circunstancias que han de concurrir en las personas de los convivientes:

Así, en primer lugar, debe reseñarse que sólo los mayores de edad pueden acogerse a esta norma, aunque, como hay ha quedado indicado, no es preciso que se trate de ancianos. El hecho concreto de que no hayan quedado incluidos los menores emancipados ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, alegándose que, dado que la emancipación permite al sujeto la posibilidad de realizar vida independiente y que el menor emancipado puede regir sus bienes y su persona como si fuese mayor de edad (con las excepciones legalmente previstas), no se comprende la razón de la referida exclusión (54).

De otra parte, los posibles convivientes no pueden ser parientes en línea recta, aunque sí colaterales sin limitación de grado. La exclusión de los parientes en línea recta obedece a que las relaciones entre los mismos ya son objeto de regulación específica: alimentos, relaciones paterno-filiales, etc. Ciertamente, entre hermanos existe también obligación de alimentos, aunque por el contenido limitado que presentan quizá sí esté justificada la posibilidad de este nuevo régimen.

En todo caso, no pueden estar casados ni tener una relación estable de pareja entre sí, ya que, si los convivientes están casados, sus relaciones serán matrimoniales y se regirán por el estatuto correspondiente. Por otra parte, también las uniones estables de pareja gozan de regulación específica.

(53) Precisamente, una de las críticas que desde la doctrina se ha formulado a esta disposición legal consiste en la excesiva amplitud de su ámbito de aplicación. En tal sentido, se afirma que "hay un abismo entre lo que el preambulista dijo y lo que el redactor entendió, porque sin llegar a desdecirse, el texto articulado abarca demasiados supuestos, perdiendo así fuerza protectora": RODRÍGUEZ RAMOS, ob. cit., p. 295. Y es que, ya se sabe, *Quien mucho abarca...*

(54) Sobre el particular, véase LLÁCER y GRAMUNT, ob. cit., p. 427. En el mismo sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, "La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pp. 69 y ss., concr. p. 138.

Pero tampoco pueden estar casados o unidos como pareja estable con tercero ajeno a la relación. Prueba de ello es el artículo 5.1.º, c), que considera extinguida la relación de convivencia por el matrimonio o establecimiento de relación de pareja estable de uno de los convivientes. Y la razón es clara: tanto el matrimonio como la unión estable de pareja implican convivencia, por lo que no se podría simultáneamente mantener la convivencia anterior y la nueva con la actual pareja matrimonial o no. De otra parte, el ordenamiento jurídico no puede abrir la puerta al posible fraude de ley que implicaría el reconocimiento de efectos legales a la convivencia de quienes no pueden contraer matrimonio entre sí por estar afectados por un impedimento de ligamen. La cuestión relativa a la posibilidad del reconocimiento de una situación convivencial de ayuda mutua entre personas afectadas por otro tipo de impedimentos matrimoniales, no ha quedado resuelta en la ley. Evidentemente, en el caso de la menor edad, no se plantea problema debido a que éstos, por definición, tienen vetada la posibilidad de acceder a esta forma de convivencia reglada. Pero, ¿qué sucede en el caso del conyugicidio?

En cuanto del número de convivientes, si no están unidos por vínculos de parentesco, no podrá exceder de cuatro, no estableciéndose limitación alguna en otro caso (55).

Los requisitos reales, en la práctica, se circunscriben a la vivienda habitual, que habrá de ser compartida por los convivientes. Para apreciar la existencia de la relación que permita invocar la aplicación de la ley estudiada resulta indiferente la titularidad de la vivienda (individual o compartida.) Con ello no queremos decir que sea ésta una cuestión intrascendente, pues, como es lógico, esa titularidad individual o compartida producirá distintos efectos una vez que tenga lugar la extinción de la relación.

Por último, en cuanto a la forma, exige la ley que se acredite la convivencia, lo cual podrá realizarse al inicio mediante la formalización del pacto de acogida elevándolo a escritura pública; o bien, *a posteriori*, por el trascurso de dos años de convivencia acreditados mediante acta de notoriedad.

En lo que se refiere ya a la regulación de la convivencia, la Ley sitúa en primer lugar a la autonomía de la voluntad en orden a la fijación de los pactos por los que la relación va a regirse, pudiendo referirse a los derechos y deberes de los sujetos, a las causas de extinción y a las con-

(55) Tal es la interpretación que, con un cierto tono jocoso, efectúa RODRÍGUEZ RAMOS, ob. cit., p. 294, cuando dice que "... no sujeta a límite alguno el número de titulares en las situaciones convivenciales entre parientes colaterales, y sí a cuatro miembros cuando los convivientes no se tocan ni las palmas".

secuencias de ésta. En ausencia de pactos, la ley establece un régimen supletorio de causas de extinción (56) y especifica una serie de concretos efectos derivados de la concurrencia de una de aquellas causas:

— Revocación de poderes que los convivientes se hubiesen otorgado (art. 5.4.º).

— En relación con la vivienda habitual, en ausencia de pacto, si la extinción se produce en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares disponen de tres meses para abandonarla. En el supuesto de que la causa de extinción haya sido la muerte del titular, los sobrevivientes podrán continuar ocupándola no más allá de seis meses. Si la vivienda pertenecía en comunidad a los convivientes, en ausencia de acuerdo, deberá resolverse la cuestión mediante arbitraje o judicialmente (57).

— Posibilidad de obtener una compensación económica por razón del trabajo cuando la convivencia se extingue en vida de los sujetos, y uno de ellos ha trabajado para otro u otros sin obtener la debida contraprestación, siempre que ello haya generado una desigualdad económica que implique un enriquecimiento injusto (art. 7).

— Cabe también solicitar y obtener una pensión periódica cuando el conviviente que sobreviva había estado mantenido total o parcialmente por el fallecido y no tenga medios económicos para mantenerse. El período máximo de percepción de esta pensión será de tres años y deberá ser abonada por los herederos del fallecido (art. 8). Aquí, la duda que puede surgir consiste en determinar qué sucede si existen personas que tengan obligación legal de alimentos respecto del superviviente que carece de recursos económicos propios. Tratándose de una regulación de aplicación

(56) Según el artículo 5, son causas de extinción, además de las pactadas por las partes:

— El acuerdo de los convivientes.

— La voluntad unilateral de uno de sus miembros.

— El matrimonio o establecimiento de relación de pareja estable de uno de sus miembros.

— Defunción de uno de los convivientes.

(57) El artículo 6.3.º de la Ley comentada establece una curiosa disposición en caso de titularidad arrendaticia de la vivienda habitual. En efecto, según el mencionado precepto, “si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual, si éste era inferior”. Con ello, esta norma establece una regla distinta de la que preside el régimen de subrogaciones arrendaticias en la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, como ya hemos indicado en la nota n.º 43 del presente trabajo, se contiene en su artículo 16. La misma cuestión se planteó, con posterioridad, en la Ley catalana reguladora del acogimiento familiar para personas mayores y, a mi juicio, se resolvió con mejor criterio, pues si bien es cierto que en los trabajos que precedieron la aprobación de esta última norma se contemplaba la posibilidad de que el sobreviviente se subrogase en el arrendamiento durante el tiempo que faltase para agotar el plazo contractual, siempre que el mismo no superase los dos años, el texto legal definitivamente aprobado terminó por someter esta cuestión a lo dispuesto en la legislación arrendaticia.

territorial limitada a Cataluña, el artículo 272 del Código de Familia, al establecer el carácter supletorio de la regulación en él contenida, no supondría un obstáculo para la legitimación pasiva de los herederos del premuerto en orden a la satisfacción de la pensión reclamada por el sobreviviente.

Tras esta somera exposición del régimen jurídico de la Ley 19/1998, pudiera pensarse, quizá, en un posible solapamiento –al menos, parcial– entre esta norma y la ley, también catalana, reguladora del acogimiento familiar para personas mayores. Ciertamente, según el preámbulo de una y otra disposición, la necesidad de proveer de alternativas al internamiento en centros geriátricos constituye una de las finalidades esenciales perseguidas por ambas normas (58). Sin embargo, no hay coincidencia en cuanto al régimen jurídico consagrado en ambas disposiciones. En este sentido, baste con recordar el mayor margen que a la autonomía de la voluntad se confiere en la Ley de 1998. De otro lado, en el caso del acogimiento familiar para personas mayores, su consideración como servicio social ha propiciado la legitimación de la Administración competente en orden al control de la ejecución del pacto acogida, posibilidad excluida en el caso de la forma convivencial regulada por la Ley de 1998.

Las sustanciales diferencias que existen entre una y otra regulación hacen que ambas modalidades de convivencia reglada se presenten como alternativas a la población anciana, por supuesto, siempre que se cumplan los requisitos de toda índole que permiten acudir a una y otra normación. Y es ésta, precisamente, la circunstancia que puede determinar la elección entre uno u otro régimen. En tal sentido, recuérdese cómo el acogimiento familiar exige unos requisitos personales cuya ausencia impediría la aplicación de la Ley del 22/2001 (59). Piénsese, por ejemplo, que no se da la diferencia de edad mínima de quince años entre los futuros convivientes sin que exista problema alguno de discapacidad. Ello impediría la operatividad de la norma citada con anterioridad. No obstante, en cuanto mayores de edad (y concurriendo los restantes requisitos legales), podrían dar cobertura legal a la situación de convivencia recurriendo a la Ley de 1998.

(58) En este sentido, hay un párrafo de la Ley 19/1998 que, prácticamente, se reproduce de forma literal en la Ley 22/2001. Más concretamente es el que señala que: “En la actual situación de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista, que fomente este tipo de convivencia, puede reportar una solución a muchas personas mayores, que resuelva sus dificultades económicas y sociales y evite su aislamiento en instituciones geriátricas”.

(59) Artículo 6 Ley.

b) Programas de alojamiento de universitarios con personas mayores.

Este esbozo que estamos realizando de las soluciones que en la sociedad actual se pueden dar al problema de los ancianos dependientes, no puede omitir una referencia a los programas de alojamiento de universitarios con personas mayores. A través de estos programas, estudiantes universitarios desplazados por razones de estudio fuera de sus domicilios conviven con personas mayores a cambio de la prestación de una serie de servicios (60).

En general, este tipo de programas se encuentra orientado a fomentar la solidaridad entre generaciones a través de acuerdos de colaboración entre jóvenes universitarios desplazados y personas mayores o discapacitadas “solucionando así los problemas de alojamiento de aquéllos a cambio de mitigar la soledad o desvalimiento de los últimos” (61).

Se trata de programas que, en la práctica, pueden revestir distintas modalidades, en función de la mayor o menor extensión de las obligaciones asumidas por los estudiantes (62). La persona mayor que aloje al estudiante, además de las atenciones a las que tenga derecho de acuerdo con el convenio, podrá recibir una pequeña subvención económica (63) de la Delegación Provincial de Asuntos Sociales, para compensar los gastos extraordinarios que conlleva la convivencia con el estudiante. Y también el estudiante, si se compromete a prestar determinados servicios

(60) Por poner el ejemplo que nos resulta más próximo, en nuestra provincia, los Ayuntamientos de Cádiz, Jerez, Puerto Real y Algeciras; la Delegación Provincial de Asuntos Sociales y la Universidad de Cádiz firmaron a fines del 2001 un convenio de cooperación para el desarrollo de uno de estos programas. El texto del convenio, así como un informe acerca de la evolución de la aplicación del programa entre los años 1993 y 2002, me fueron facilitados por el Vicerrectorado de Profesorado de la Universidad de Cádiz, a cuyos responsables, desde aquí, manifiesto mi agradecimiento.

(61) Esta misma idea de relación de carácter “simbiótico” se destaca en la parte expositiva del *Convenio de Cooperación* aludido en la cita precedente: “... conocedores de la problemática de soledad y/o desvalimiento que padecen los colectivos de personas mayores y discapacitadas, así como las dificultades de alojamiento que presentan los estudiantes universitarios desplazados a estas ciudades para vivir durante el curso académico, están de acuerdo en establecer una colaboración para intentar solventar ambas problemáticas con la consecuente mejora de la calidad de vida de los participantes en el programa”.

(62) Así, en un primer supuesto se integrarían aquellas personas mayores o discapacitadas que puedan valerse por sí mismas y que sólo requieran compañía, así como colaboración en algunas tareas domésticas. En una segunda modalidad de incluirían aquellos otros casos en los que la persona que proporciona alojamiento, por ser muy mayor o estar discapacitada, requiere de especiales atenciones. Las obligaciones que en esta modalidad asumiría el estudiante como contraprestación del alojamiento comprendería la atención de las necesidades básicas del anciano: ayuda para levantarse y acostarse, ayuda en el aseo personal, compra de alimentos, medicamentos, etc., compañía y, en general, todas aquellas actividades acordadas por ambos.

(63) En el caso de Cádiz, no más de 20.000 pesetas mensuales (art. 5, apartado 3 del *Convenio de referencia*).

complementarios a la persona mayor que lo aloja, puede ser acreedor de ciertas prestaciones económicas.

La correcta ejecución del programa y de los concretos acogimientos concertados está, normalmente, sometida a mecanismos de control a cargo de las distintas instituciones responsables (64).

Ya, para concluir el presente trabajo y a modo de reflexión final, creo que puede afirmarse sin temor a errar que existen medios legales más que suficientes a través de los cuales se puede paliar la situación de soledad y/o dependencia de la población anciana, sin necesidad de arrancarla de su entorno habitual. Es cierto que, en determinados casos —cuando la situación física o psíquica del anciano se halle demasiado deteriorada—, que las fórmulas propuestas no pueden, quizá, conseguir un resultado idóneo, por la imposibilidad de que a través de las mismas se le pueda llegar a proporcionar todos los cuidados que le resulten imprescindibles. En estos supuestos, es muy posible que no existan alternativas, que la única opción factible y recomendable sea el internamiento en una residencia especializada, con todo lo que de trauma para el anciano puede significar. Sin embargo, ello debe quedar como hipótesis residual, lo que exige, indiscutiblemente, que se destinen los suficientes recursos económicos a estos otros programas alternativos.

(64) En nuestra provincia, el control de la correcta ejecución del Programa está a cargo de una comisión en cuya composición están representados las distintas instituciones firmantes del convenio, siendo, además, la responsable de la selección de los beneficiarios y de las asignaciones económicas a ancianos y estudiantes.

REDUCCIÓN DE CAPITAL EN S. L. CON CARGO A RESERVAS

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. REGULACIÓN LEGAL. 2. FONDOS PROPIOS. 3. RAZONES DE LA PROHIBICIÓN. 4. OTRAS SOLUCIONES. 5. ANALOGÍA. 6. CONCLUSIÓN.

1. Regulación legal

La LSL, al regular la reducción de capital social, sólo prevé dos posibles sistemas: a) por restitución de aportaciones a los socios, y b) para compensar pérdidas sociales. Parece que la previsión legal concibe la reducción de capital social como una manera de proteger el capital social frente a acreedores y terceros, de manera que no pueda trasladarse la cifra de capital reducida a otra partida del pasivo dentro de los fondos propios que fuera disponible.

La LSA permite la reducción de capital social con cargo a reservas voluntarias y se utiliza este sistema como una forma de constituir una reserva voluntaria o aumentar la legal en previsión de futuros ejercicios negativos que puedan absorber con cargo a estas reservas las pérdidas que se produjeran.

Los fondos propios (1) están integrados por el capital social, primas de emisión, reservas (legal y voluntarias) y por el resultado del ejercicio pendiente de asignación (beneficio o pérdida). Además se puede incluir la partida de pérdidas como una cifra de signo negativo contraria a los beneficios no repartidos que se integran en las reservas.

La principal diferencia entre el capital social y las reservas es la indisponibilidad del capital social que actúa como cifra de garantía para los terceros que contratan con la sociedad. Las reservas, salvo la legal, son disponibles. Las voluntarias en todo caso, y las estatutarias con un acuerdo social de signo contrario.

Sin embargo, en lo que se refiere a la reserva legal en la SL, sí se puede disponer de la misma para un aumento de capital social. Supuesto que no está prohibido por la ley a pesar de lo sorprendente de la operación.

Además, la ley permite la reducción de capital social con devolución de aportaciones a los socios y no exige, en principio, ninguna garantía frente a los acreedores, salvo la responsabilidad solidaria de los socios afectados establecida por la ley. Pero parece que exige que la contrapartida de la reducción debe salir del patrimonio social.

La pregunta es la siguiente: ¿por qué no se puede quedar en el patrimonio social el capital desvinculado integrando la partida de reservas libres? Está claro que la ley no ha previsto la posibilidad de reducir capital social para aumentar las reservas, pero también es verdad que la ley no prohíbe esta solución.

La existencia de reservas en la SL es viable en todo caso y nunca se cuestiona. Existe: 1) la reserva legal, que debe alcanzar el veinte por ciento del capital social; 2) la estatutaria, pactada por los socios, y 3) la voluntaria, que la Junta general acuerde en cada ejercicio con ocasión del no reparto de beneficios. Además, también existe: 4) la reserva de garantía del artículo 80 para los supuestos de reducción de capital social con devolución de aportaciones a los socios, y 5) la reserva de garantía del artículo 40 para los supuestos de amortización de participaciones propias en cartera.

En el supuesto del artículo 80, la reserva tiene por causa una reducción de capital en la que la contrapartida patrimonial se ha entregado a

(1) Véase artículo 175 de la LSA sobre esquema del balance y distintas partidas del pasivo.

los socios. La reserva actúa como un fondo de garantía de los acreedores sociales por cinco años, sustituyendo a la responsabilidad solidaria de los socios afectados.

Y en el supuesto del artículo 40, cuando la amortización de participaciones no comporte devolución de aportaciones –por ser adquiridas a título gratuito–, la sociedad debe dotar una reserva por el nominal de las participaciones durante el plazo de cinco años en garantía de los acreedores sociales.

La SL, en su artículo 79, sólo señala dos finalidades de la reducción de capital social, a saber, devolver aportaciones a los socios y compensar pérdidas. En la SA, el artículo 163, sin embargo, establece, además de éstas otras finalidades, como son la condonación de dividendos pasivos y la constitución o incremento de la reserva legal o voluntarias. Es evidente que, al no poder existir dividendos pasivos en la SL, no se pueden condonar de ninguna manera.

Pero, ¿se debe interpretar que la exclusión de la finalidad de la reducción para constituir una reserva en el artículo 79 LSL es una prohibición?

2. Fondos propios

Los fondos propios de la sociedad –también conocidos como capitales propios, o pasivo no exigible– se pueden definir de una manera negativa diciendo que son la diferencia entre el total activo social y el pasivo exigible. Es decir, los fondos propios es la resultante de restar a los bienes y derechos de la sociedad todas las deudas de la sociedad. Si el resultado es positivo quiere decir que existen fondos propios, que la sociedad tiene más de lo que debe.

Si el resultado es negativo quiere decir que la sociedad se encuentra en quiebra, al menos, técnica, y debe más de lo que tiene.

Así pues, los fondos propios y, en su caso, el beneficio pendiente de reparto (2), vienen a representar el valor contable de la sociedad. Los fondos propios de una sociedad están integrados por las siguientes partidas: 1) capital social, 2) reservas, 3) beneficios no repartidos y 4) los resultados de años anteriores que integrarán las reservas voluntarias.

De este total de fondos propios, la ley declara indisponible una partida, el capital social y la reserva legal, en atención a los terceros que contratan con la sociedad y como garantía de los mismos. El resto de las partidas son disponibles.

(2) La resolución de la DGRN de 17 de abril de 2000 considera que los beneficios tienen la misma naturaleza económica que las reservas.

La totalidad de los fondos propios le pertenecen a la sociedad, es decir, a los socios. La diferencia esencial se encuentra en que mientras una parte de los fondos propios es disponible por los socios, otra parte (capital y reserva legal) no es disponible, sino que ha quedado afectada en garantía de los acreedores y terceros que contratan con la sociedad. La ley exige unas garantías especiales para que los socios puedan disponer del capital social que persiguen proteger el interés de los acreedores.

3. Razones de la prohibición

MORENO TURRADO (3) no ve ningún inconveniente en admitir la reducción de capital social para constituir o aumentar las reservas sociales siempre que queden a salvo las garantías de los acreedores. Garantías que se verían burladas si, destinada la reducción a incrementar las reservas voluntarias, posteriormente se procediere a su distribución entre los socios.

Además, continúa el mismo autor, en la propia LSL se regulan otros supuestos de reducción cuya finalidad no es una de las recogidas en el artículo 79, como antes ya se ha indicado, e incluso en los artículos 101 y 102, en los supuestos de reducción por separación o exclusión de socios.

Tampoco parece que la razón de la posible prohibición fuera la defensa de los acreedores sociales, que podrían ver reducido, no ya el patrimonio social, sino la cifra de retención o afectación social del capital, pues al trasladar contablemente la cantidad de la partida del capital social a la partida de reservas se estaría liberando el capital social.

Pero en la propia LSL no se toman tantas precauciones cuando se reduce el capital social con el mayor riesgo posible para los acreedores, como es el supuesto de devolución de aportaciones a los socios. Al legislador le basta en este caso con la responsabilidad solidaria de los socios que reciben su aportación.

El sistema de garantías seguido en este supuesto, devolución de aportaciones a los socios, es de garantías patrimoniales ordinarias. Por las deudas pendientes, los socios quedan respondiendo solidariamente hasta el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social (art. 80-2). Luego, a *sensu contrario*, si no existe restitución, no existe responsabilidad. Pero esto último no lo dice la ley.

La única solución para evitar la responsabilidad de los socios salientes es la creación de una reserva indisponible. Sin embargo, llama la aten-

(3) MORENO TURRADO, Felipe, *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Colegio Notarial de Bilbao, Aranzadi, 1997, p. 181.

ción que el destino menos peligroso –dejar los bienes en el activo social– no se halla contemplado. El único riesgo es la pérdida de la afectación de los bienes al capital social, pero no los bienes en sí. Parece que con la creación de una reserva indisponible o, incluso, con la responsabilidad solidaria de los socios, se llegaría a la misma situación que con la restitución real de las aportaciones. Además, también sería posible el reconocimiento de un derecho de oposición a los acreedores sociales para salvaguardar sus intereses por medio de la publicación de los oportunos anuncios (4).

Parece que no debería existir inconveniente en que si se pueden restituir aportaciones sociales con unas determinadas garantías para los acreedores sociales y con la baja de los bienes restituidos del activo social; con las mismas garantías, y además, manteniendo las aportaciones en el activo social, no debería existir ningún inconveniente dogmático.

4. Otras soluciones

Para conseguir la misma finalidad perseguida se podrían adoptar algunas de estas otras soluciones, aunque con un encarecimiento fiscal no deseado y con unos desplazamientos patrimoniales que no obedecen a la realidad jurídica.

1. Aumento del capital mínimo con prima de asunción por el importe de las aportaciones restituidas. Una vez ejecutado el acuerdo de reducción de capital social con devolución de aportaciones a los socios, sin solución de continuidad, se puede adoptar el acuerdo de aumentar el capital social en una participación social con una prima de emisión que coincide con el importe de las aportaciones devueltas.

2. Donación a la sociedad de las participaciones y reducción por amortización con la constitución de reserva del artículo 40. Los socios hacen donación de sus participaciones sociales a la sociedad que, a su vez, adopta el acuerdo de amortizar dichas participaciones reduciendo el capital social y creando una reserva que será indisponible durante cinco años.

5. Analogía

Sería posible buscar la analogía en la propia LSL para encontrar una solución a los supuestos de devolución de aportaciones sociales sin rein-

(4) *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, varios autores, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p. 383.

tegro efectivo por los socios. En primer lugar, debería contestarse a la siguiente pregunta: la devolución de aportaciones a los socios, ¿consiste en la entrega material de las mismas, o, más bien, en su desvinculación jurídica del capital social?

No toda devolución de aportación a los socios provoca un efecto jurídico sobre el capital social en el sentido de desvincular parte de la cifra de garantía que responde frente a los acreedores y terceros que contratan con la sociedad. Así, por ejemplo, se devuelven aportaciones a los socios cuando se les entrega patrimonio de la sociedad que trae su causa en una aportación voluntaria del socio. Pero como no toda aportación del socio lo es necesariamente para el capital social habrá que concluir que es posible devolver aportaciones a los socios que no afectan al capital social. Como ejemplos nos encontramos con la devolución de patrimonio social que trae su causa de una prima de asunción, o de beneficios no repartidos que se constituyeron en reservas voluntarias, o en créditos de socios (con o sin interés) que se devuelven superado el plazo del contrato.

En todos estos casos se devuelven aportaciones a los socios que, evidentemente, no son aportaciones al capital social, aunque sí son aportaciones al patrimonio social. Pero nos puede ser suficiente para razonar que la LSL quiere garantizar la cifra de capital social por su significación jurídica y económica. No pretende garantizar las devoluciones de aportaciones a los socios por otros conceptos.

Por esta razón, en el supuesto del artículo 80-2.º, al referirse a la constitución de una reserva indisponible para evitar la responsabilidad de los socios por la devolución de aportaciones *en concepto de restitución de la aportación social*, se refiere al importe del nominal restituido (5) y no al total importe de la devolución. De manera que si se reintegrara a los socios su participación en los beneficios no repartidos o en las reservas, por esta cantidad, no hay obligación de constituir reserva indisponible. También por esta razón se puede entender que la responsabilidad del socio por el capital restituido es *pro viribus*, según indica CÁMARA (6).

Es decir, el interés de la Ley es proteger la cifra de capital social como garantía que es frente a los acreedores sociales. El hecho de que, en los supuestos de reducción del capital social, la contrapartida contable de esa cifra se entregue realmente a los socios o se integre en una reserva no es la cuestión importante. La cuestión es garantizar a los acreedores la reducción de la garantía que van a padecer: a) con responsabilidad solida-

(5) *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. cit., p. 384.

(6) DE LA CÁMARA, Manuel, *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1998, p. 365.

ria de los socios; b) con la constitución de una reserva indisponible; c) con derecho de oposición de los acreedores sociales.

Si se cumple con el sistema de garantías para los supuestos de reducción de capital social, ¿por qué no se va a poder efectuar para constituir una reserva indisponible? En mi opinión, la sociedad podrá acordar una reducción de capital social con los requisitos legales que correspondan y con la responsabilidad de los socios por la devolución de aportaciones o evitar esta responsabilidad constituyendo una reserva indisponible. Pero el destino de las aportaciones devueltas es indiferente a la ley, a los acreedores y a la inscripción de la reducción del capital social.

En opinión de BERCOVITZ (7), no existe inconveniente en admitir la reducción de capital que tenga por finalidad la constitución o incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias. El problema es determinar cuál de las garantías que establece la ley es aplicable a cada supuesto. Si se trata de la reserva legal, parece que debería tratarse como un supuesto de reducción de capital para compensar pérdidas; mientras que si se trata de las reservas voluntarias, debería tratarse como un supuesto de restitución de aportaciones.

6. Conclusión

A la vista de lo expuesto, se podría concluir que, en principio, no existe ningún inconveniente insalvable para admitir la reducción de capital social en una sociedad limitada con la finalidad de constituir una reserva. La única dificultad es asegurar la garantía de los acreedores sociales por la reducción del capital social.

Con este fin se puede acudir por analogía a la solución adoptada para el supuesto de restitución de aportaciones, o bien, a la solución adoptada para el supuesto de amortización de participaciones sin devolución de aportaciones.

En ambos casos se llegaría a la posibilidad de constituir una reserva indisponible temporalmente como garantía de los acreedores sociales.

(7) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 501. En sentido análogo puede consultarse SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José-Carlos, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Trivium, 1998, tomo II, p. 442.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL DE UN CAUDAL DE ACCIONES (*)

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO. II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. III. AUDITORÍA DEL CAUDAL. IV. APLICACIÓN AL CASO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

I. Supuesto de hecho

A) La testadora, en su último y válido testamento, instituyó heredera en el dominio pleno de la universalidad de sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros a su hermana A, a la cual, en cuanto a lo de ella recibido que “se conservara a su defunción por no haber dispuesto

(*) Este dictamen es parte de los fundamentos de derecho de un cuaderno particional redactado por el autor como contador partidor de un juicio de testamentaría.

de ello por actos onerosos intervivos”, “para cuya disposición no le pone límite alguno”, la sustituyó vulgar y fideicomisariamente de residuo por sus hermanos varones, B, C, D y E, por iguales partes, a quienes impuso la siguiente sustitución fideicomisaria: “Quedan obligados los hermanos varones a conservar la porción hereditaria que hubieren podido recibir en cualquiera de los dos supuestos de sustitución dichos (vulgar y fideicomisaria de residuo), para que al respectivo fallecimiento de cada hermano pase a los sobrinos carnales de la testadora que a la sazón vivieren, para dividirse por igual entre el número de sobrinos concurrentes”.

B) Premurieron a la testadora, por este orden, sus hermanos C, A y E; por lo cual, a su fallecimiento, todos los bienes de su herencia correspondieron, como sustitutos vulgares de A, a los dos hermanos supérstites B y D, con el gravamen de la sustitución fideicomisaria dispuesta en la cláusula cuarta del testamento.

C) El fiduciario B falleció después de haber heredado, y el caudal a él fideicomitado se distribuyó entre los diez sobrinos fideicomisarios (cinco hijos de D y otros cinco de E).

D) Finalmente, falleció también el fiduciario D, y, al no ponerse de acuerdo sus hijos —que, además de herederos suyos, eran fideicomisarios— con los hijos de B, acerca del montante del paquete de acciones sujetas a fideicomiso, se instó el juicio de testamentaría correspondiente al caudal fideicomitado a D, siendo designado, por los trámites correspondientes, contador-partidor el autor de este informe.

II. Fundamentos de derecho

Primero: El sustituido fideicomisariamente por personas que a su fallecimiento viven se halla sometido a su devolución condicionalmente. Este es el caso de la sustitución ordenada por la testadora, al disponer que la porción hereditaria que hubiere podido recibir D en virtud de la sustitución vulgar de su hermana A (que premurió a B y D) establecida a favor de sus hermanos varones, obligándoles a conservarla para que, a su fallecimiento, pase a los sobrinos carnales de la testadora que a la sazón vivieren, quienes deberán dividírselos por igual entre ellos.

En el caso expuesto, esta condición ha quedado cumplida a favor de los diez sobrinos fideicomisarios (cinco hijos de D y cinco de B).

Por consiguiente, D, mientras vivió, fue heredero de los bienes que se le adjudicaron por su referida cuota hereditaria; y, por lo tanto, propie-

tario de los mismos y no mero usufructuario. Pero quedaba sujeto a la obligación de entregarlos a los fideicomisarios –obligación que compete cumplirla a sus herederos–. Es decir, conforme resulta de la disposición testamentaria referida y de lo previsto en el artículo 783,2 del Código civil, *D no podía disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de su obligación de que a su muerte pasaran a los sobrinos carnales de la testadora* (a diferencia de la situación que habría tenido su premuerta hermana doña A, quien de haber heredado sí habría estado autorizada para disponer intervivos a título oneroso de los bienes que le dejaba la causante).

No obstante esta sujeción, en el derecho romano común, por analogía entre las respectivas situaciones del fiduciario y del marido respecto la dote de su mujer, se aplicó a aquélla la solución de ésta, respecto de la cual se resolvió de conformidad a la opinión emitida por MODESTINO, en el fragmento *Ita constante (Digesto 23,3,26)*, en su respuesta de que, durante el matrimonio, la dote podía permutarse si “fuera útil para la mujer”. Por ello se entendió que el fiduciario podía subrogar sea cosa por dinero o dinero por cosa. Así, partiendo de esa *responsae*, MARCOS ANTONIUS PEREGRINUS, en el siglo XVI, en su *Tractatus de fideicommissis*, artículo XI, 32, resolvió que en un fideicomiso universal estaba permitida la enajenación de cosas subyacentes –*rebus subiacentibus*– por causa de permuta o de conmutación del precio por otras cosas más útiles y más convenientes y provechosas.

En nuestra doctrina, en el tránsito de la década de los años cuarenta a los cincuenta del siglo XX, JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, JERÓNIMO LÓPEZ y JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR, con diversos matices, sostuvieron la posibilidad de que el fiduciario enajenara bienes fideicomitidos, con finalidad conservativa como causa legitimadora, sustituyéndolos por otros. Posibilidad que ROCA SASTRE denominó “facultad de subrogar”. Por mi parte, el año 1956 intervine en esta cuestión, y maticé que en esos supuestos debe atenderse a si los bienes sujetos a condición restitutoria en su conjunto se halla integrado por bienes considerados específicamente e individualizadamente o si, por el contrario, los bienes fueron considerados en su conjunto como masa de valor, supuesto este segundo en el cual entendí que debe admitirse la posibilidad de enajenar bienes con la finalidad de subrogarlos en la masa fideicomitida por otros adquiridos con el importe de aquellos o por dinero.

En la partición a mí encomendada, los bienes heredados por el fiduciario consistían en acciones de sociedades anónimas y en dinero depositado en una cartilla de ahorro. Razón por la cual deben considerarse en su conjunto como una masa de valor (real, no nominal).

Ese contenido de la masa fideicomitada obliga a estudiar cuál es la posición jurídica que corresponde al fiduciario con respecto de las acciones subrogadas; cuáles son las facultades dimanantes de su titularidad, y, en consecuencia, qué corresponde a los fideicomisarios y qué a los herederos del fiduciario.

Segundo: Todo fiduciario, y tanto más si el fideicomiso que le grava se halla condicionado, tiene respecto de los bienes fideicomitados una situación muy superior a la de un usufructuario. Es un propietario, pero sujeto a restitución en los términos que acabamos de indicar. Por lo tanto, respecto de las acciones que forman parte de los bienes fideicomitados, el fiduciario tiene, en principio, las mismas facultades que un propietario, pero se halla sujeto a restitución no sólo de los bienes a él fideicomitados sino de sus incrementos que no sean frutos sino plusvalías intrínsecas –ya sean éstas reales o meramente aparentes por desvalorización del valor de la moneda– y de aquellos otros bienes que se hayan subrogado en lugar de los por él enajenados.

La sujeción al fideicomiso es clara por lo que respecta a los canjes de acciones producidos por fusión de sociedades o desdoblamiento de acciones, por reproducción del valor nominal de cada una, y respecto del dinero recibido en cualquier supuesto de reducción de valor que dé lugar a devolución.

La cuestión es más delicada con respecto a las acciones recibidas en caso de ejercicio de las facultades que al fiduciario corresponden en virtud del ejercicio del derecho de preferente suscripción de nuevas acciones emitidas en aumentos de capital, atendiendo a sus diversas modalidades.

En esta materia es clásico el luminoso dictamen que emitió JOSÉ LARRAZ el 15 de julio de 1942, publicado en la *Revista de derecho mercantil*, III, 7, enero-febrero 1947, con el título, “El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores”. En él, parte de que la sustancia del título-acción “no es otra que la sustancia del derecho de participación social en él incorporada; por donde dicha sustancia en parte es cuasi política y en parte es económica” (...) “La sustancia económica del título-acción es la cuota de haber social neto que simboliza. Esta cuota se descompone en tres subcuotas: subcuota contravalor del capital (K); subcuota contravalor de reservas (R) y subcuota contravalor de beneficios pendientes de aplicación (B). La subcuota K es parte integrante de la sustancia consolidada jurídicamente como tal. La subcuota B es parte integrante de la sustancia no consolidada jurídicamente como tal, que puede permanecer inconsolidada o devenir fruto del título o consolidarse como parte integrante. La subcuota R puede tener carácter de una de las dos anteriores, o un carácter mixto de ambas, según los respectivos estatutos sociales”.

Partiendo de esta base, concluye LARRAZ que al fiduciario le corresponden todos los derechos atribuidos al usufructuario más el derecho al abono de mejoras (art. 783 C.c.), y todos los derechos inherentes al nudo propietario pero con la carga de la restitución. Pese a esa carga, puede deducir lo correspondiente a “gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa”. De este inciso del artículo 783 deduce LARRAZ: “Si el fiduciario puede deducir del activo en sustitución podrá enajenar lo que puede deducir. Por eso dijo el Tribunal Supremo en 17 de abril de 1929, que el heredero afectado de restitución tiene la facultad de gravar y vender los bienes hereditarios que resulten precisos para el pago de las deudas de su causante. Infiérese, pues, la posibilidad de enajenar acciones liberadas para pago de los dividendos pasivos”.

Claro está, pues, que podrá también vender acciones liberadas para suscribir nuevas acciones emitidas con derecho de preferente suscripción, si esto resulta beneficioso para la masa de bienes fideicomitidos. Lo cual equivale a una de las fórmulas de conmutación que hemos visto que —a juicio de PEREGRINO— son posibles.

Años más tarde, en mi estudio “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, II parte, 21, d, publicado en *Anuario de Derecho civil*, XII-III, julio-septiembre 1959 (cfr. edición separada, pp. 161 y s.), adopté las siguientes soluciones acerca de cuál es la posición del reservatario en el ejercicio de las facultades de adquisición preferente, que creo trasladables, con alguna excepción, a las facultades del fiduciario en sustituciones fideicomisarias condicionales, como son las que penden de que, a su fallecimiento, vivan fideicomisarios. Estas soluciones son las siguientes:

I. Como propietario, aunque sometido a restitución, el reservista —y como él el fiduciario— “es el único que podrá decidir el ejercicio o no de los derechos de adquisición preferente”.

II. Respecto de la sujeción o no a la reserva —en nuestro caso al fideicomiso del bien adquirido por el ejercicio de dicho derecho y aparte de otra distinción que no creo trasladable al fideicomiso— entiendo que la solución debe depender de que la adquisición “la verifique el reservista” (en nuestro caso, el fiduciario) “con importe reservable (aquí fideicomitado) atribuyendo a la adquisición efecto subrogatorio”.

III. En caso de que “el bien adquirido quede sujeto a la reserva” (aquí al fideicomiso), el reservista (aquí el fiduciario) “tendrá derecho a la restitución del precio pagado y de los gastos satisfechos de su propio peculio, en ejercicio del derecho o facultad de adquisición”.

IV. En todo caso, “habrá que apreciar si el derecho de adquisición preferente lleva consigo la adquisición a precio inferior al valor real, lo cual supondrá la transfusión de parte del valor que tenía la cosa reservada (aquí fideicomitada) al de la adquirida por razón del derecho preferente derivado de la titularidad real de aquella (v. gr., en el caso de titularidad de una acción y derecho de preferente adquisición de otra u otras por precio inferior a su real valor, el ejercicio de éste supone la transfusión de parte del valor representativo del patrimonio social, correspondiente a aquélla, en la adquisición que resulta más barata). Creo, por tanto, que, en ese caso, deberá ser reservado (conservado para los fideicomisarios, en nuestro caso) el número de acciones o participaciones que representen, en relación al total adquirido, la proporción existente entre el precio pagado y el valor adquirido. Esta solución es más justa, pues evita los problemas que por la inestabilidad monetaria se originarían si hubiere que compensar en metálico”.

Después, el texto refundido, aprobado por Real-Decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989, de la Ley de Sociedades Anónimas, establece, en su artículo 68,1: *“Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza y denominación de las mismas”*.

Bajo la perspectiva realista mostrada por LARRAZ y la seguida por mí, en el referido texto, no deja, a primera vista, de ser chocante esta norma, y así lo han destacado algunos autores, mientras que otros la atribuyen al deseo de evitar complejidades y dificultades. No obstante, es preciso interpretar la norma y, al hacerlo, deben efectuarse algunas distinciones. Así lo ha hecho FERNANDO PANTALEÓN, en el más cuidado análisis que conozco de esta norma, en el volumen IV del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA (pp. 93-95).

Ante todo, PANTALEÓN distingue que, cuando se refiere “a los beneficios «propios de la explotación de la sociedad», el artículo 68,1 quiere excluir del cómputo aquellos «que no procedan de la actividad ordinaria propia de la explotación de la sociedad» (v. art. 192,1): los beneficios «extraordinarios» o «atípicos». Al referirse a «las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad», excluye las reservas ocultas o tácitas (las «plusvalías»). Y cuando añade «cualquiera que sea la naturaleza y denominación de los mismos», quiere dejar claro que no sólo habrá que computar los beneficios integrados en las reservas facultativas (como propuso GIL RODRÍGUEZ, *Usufructo de acciones*, 296-297, nota 261), sino tam-

bién los integrados en la reserva legal o en las estatutarias, se les designe o no en la contabilidad social con la palabra «reserva». El que dichas reservas sean posteriormente convertidas en capital, al aumentarlo la sociedad con cargo a ellas, no excluye la aplicación de la norma (ver DE LA CÁMARA, *RDM* 71, 59; GIL RODRÍGUEZ, *Usufructo de acciones*, 368). Y también deberá ser aplicada respecto de los beneficios propios de la explotación que se hayan integrado directamente en el capital, al aumentarlo la sociedad con cargo a los mismos”.

Es decir, en la referida norma legal respecto de las reservas ordinarias o típicas, se rectifica la opinión de LARRAZ respecto de éstas; pero no con referencia a lo que él dejó sentado, y yo entiendo, respecto de las reservas ocultas o tácitas o plusvalías correspondientes y a los beneficios extraordinarios o atípicos. Asimismo, las reservas que compensen pérdidas o repongan amortizaciones tampoco pueden corresponder al usufructuario ni, por lo tanto, al fiduciario, pues integran la sustancia del patrimonio social y, por ende, forman parte del núcleo sustancial de las acciones.

El mismo FERNANDO PANTALEÓN entiende: “La idea sobre la que el artículo 68,1 descansa parece, pues, clara: los beneficios propios de la explotación de la sociedad acumulados por ésta durante el usufructo (en vez de ser distribuidos y hechos suyos por el usufructuario) han de considerarse, en las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, fondos pertenecientes a éste invertidos en la empresa social mientras dure el usufructo y sujetos, por tanto, a los riesgos de dicha empresa. Riesgos contrapesados por el mayor nivel global de beneficios de la sociedad durante el usufructo, a que dará lugar la existencia de las reservas en que se vayan integrando los beneficios de ejercicios anteriores cubiertos parcial o totalmente por el usufructo”.

“Lo que el artículo 68,1 impone al (antes) nudo propietario es una obligación pecuniaria; pero con la *facultas solutionis* que le otorga el artículo 71”.

El derecho de suscripción preferente en caso de usufructo lo regula el artículo 70 LSA 1989. Pero sus normas difícilmente pueden aplicarse todas por analogía a las sustituciones fideicomisarias condicionales, en las cuales, antes de morir el fiduciario, no se sabe con certeza quiénes serán fideicomisarios, ya que esa cualidad pende de la condición de que los así llamados vivan al fallecer el fiduciario. Por otra parte –repito–, en las sustituciones fideicomisarias el fiduciario reúne ambas cualidades de usufructuario y de nudo propietario, pero ésta solo *ad tempus*, mientras viva, puesto que se halla sujeto a restitución de los bienes fideicomitidos a los sustitutos fideicomisarios al consolidar éstos dicha titularidad.

El número 1, por lo que hemos dicho, no es aplicable, ya que no existe alternativa, y la facultad de preferente suscripción puede ejercitarla

únicamente el fiduciario y sólo él puede percibir el precio de la venta de los “derechos de preferente adquisición”, que, sin embargo, deberá ser entregado a los fideicomisarios al consolidarse el derecho de éstos. En consecuencia –conforme dice el número 2 del mismo artículo 70, refiriéndolo por analogía a la sustitución fideicomisaria–, si el fiduciario enajena derechos de preferente suscripción, el importe de esa venta queda incorporado a la masa fideicomitida, de la cual él es titular vitalicio, y, a su muerte, deberá pasar a los fideicomisarios concluida su fiducia.

El número 3 también es aplicable analógicamente a las sustituciones fideicomisarias condicionales, pero teniendo en cuenta que en éstas sólo el fiduciario puede suscribir las acciones; por lo cual, *mutatis mutandae*, se debe entender que, en las nuevas acciones suscritas, hay que distinguir el valor correspondiente a los derechos de preferente suscripción, que –conforme dice esa norma en su inciso tercero– “se calculará para los derechos que coticen por el precio medio de cotización durante el periodo de suscripción y por su valor teórico en los restantes casos”.

El inciso final puede aplicarse analógicamente también con las mismas salvedades de que el importe de la suscripción sólo puede abonarlo el fiduciario, ya que sólo él se halla facultado para suscribirlas, y, por lo tanto, a él corresponde en plena y libre titularidad el valor de suscripción después de deducido el correspondiente al valor de los derechos a suscribirlas preferentemente. Esto sería así, aunque nada dijera el artículo 70,3, pues dimana de la misma naturaleza de la sustitución fideicomisaria.

El número 5 del mismo artículo 70 dice: “Si durante el usufructo se aumentase el capital con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo, las nuevas acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellas el usufructo”. También este número es aplicable por analogía al caso de sustitución fideicomisaria, pero entendiendo que donde dice “nudo propietario” debe decirse “fiduciario” y, en lugar de “pero se extenderá a ellas el usufructo”, debe entenderse que “se extenderá a ellas la sustitución fideicomisaria”. Además, este número 5 ha de concordarse con lo que –como hemos visto– dice del artículo 68 FERNANDO PANTALEÓN (loc. cit., comentario al art. 70, III, pp. 115 y s.), quien observa con claridad lo siguiente:

“Pese a que la desafortunada letra del artículo 70,5, interpretada a contrario parezca desmentirlo, es indudable que [...] en todo aumento de capital con cargo a beneficios o reservas que tenga lugar durante el usufructo (aquí, analógicamente durante la pendencia de la sustitución fideicomisaria) las nuevas acciones corresponderán al nudo propietario (aquí analógicamente al fiduciario) pero se extenderá a ellas el usufructo (aquí se extiende a ellas la sujeción a la sustitución fideicomisaria), tam-

bién cuando las reservas utilizadas existieran ya al tiempo de constituirse el usufructo (aquí el fideicomiso). Aunque sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 68 –cuando el aumento se haya hecho con cargo a los beneficios propios de la explotación de la sociedad obtenidos durante el usufructo (aquí durante la titularidad del fiduciario), o a reservas dotadas con ellos”. Es decir, en la liquidación del fideicomiso, los herederos del fiduciario tendrán que ser reembolsados en dinero, aunque –como hemos visto– con *facultas solutionis* de los fideicomisarios de abonárselo en acciones.

MANUEL LOBATO GARCÍA-MIJÁN –en su colaboración, “La sustitución fideicomisaria de acciones”, C y D, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2000-2012–, después de haber examinado la diversidad de “posiciones doctrinales” formuladas “con el solo apoyo de la escasa regulación del Código civil en materia de fideicomisos”, trata de buscar “una posible solución” en la LSA de 1989 y, concretamente, en el referido artículo 70,3.

A su juicio, se desprende así la siguiente “solución analógica”: “la propiedad de las nuevas acciones suscritas por el fiduciario se distribuirá de la siguiente forma: por una parte, pertenecen al fiduciario temporalmente y están sujetas al fideicomiso las nuevas acciones cuyo valor total sea coincidente con el valor de enajenación del derecho de suscripción preferente. Por otra parte, pertenecen al fiduciario en pleno dominio el resto de las nuevas acciones suscritas. En cualquier caso el fiduciario tendría derecho a que se le indemnizara, al tiempo de deferirse el segundo llamamiento, el valor teórico de las reservas atribuibles al fiduciario y que aumentaron el valor del derecho de suscripción preferente”.

Examina, a continuación, una serie de reparos que se presentan a la posible aplicación analógica del artículo 70,5 (como acabamos de ver, no los hay si la analogía se atiene a aquello en lo que realmente existe y se desatiende a lo que no la tiene), y, después de examinar esos reparos, llega a las siguientes conclusiones:

“1) Hay identidad de razón entre el supuesto de aumento de capital con cargo a beneficios o reservas en el usufructo y en el fideicomiso. En ambos casos se trata de preservar el valor político de la acción, sin que cause un perjuicio económico al usufructuario o al fiduciario (...).

“2) Debe prevalecer la interpretación que permite la conservación de la forma y la sustancia *política* [yo añadido y la *económica* en relación al patrimonio correspondiente a la acción antes del aumento de capital, para evitar transfusiones] del fideicomiso y que evite la anómala consolidación de la posición del fiduciario.

“3) El fiduciario no tiene un derecho al dividendo *en concreto* ni a las reservas (como lo tiene el socio). Únicamente tiene derecho al tiempo

de la liquidación como consecuencia de las reservas expresas generadas durante el fideicomiso.

“4) Esta solución tiene la ventaja de que (con ella) los derechos económicos del fiduciario no padecerán perjuicio (tiene derecho a la compensación, arg. art. 68 LSA) y que tampoco sufren perjuicio los derechos políticos de los fideicomisarios.

“5) Es una solución eficiente desde el punto de vista económico (...) coherente, si consideramos que el socio en general no tiene derecho a los dividendos y que el socio fiduciario en particular (por analogía con el art. 68 LSA) sólo tiene derecho a indemnización por los beneficios no repartidos que se integren en reservas en el momento en que se extinga su llamamiento (de tal manera que los eventuales beneficios que se vayan obteniendo y se integren en reservas y no se repartan se pueden destinar a compensar pérdidas, sin que por ello haya derecho a indemnización)”.

III. Auditoría del caudal

Examinados estos fundamentos de derecho observé la necesidad de que se designara auditor o auditores en la forma prevista para las peritaciones, con el fin de que *respecto de las acciones fideicomitidas* realizaran la siguiente auditoría:

a) Precisar las acciones resultantes de las operaciones societarias dimanantes: de desdoblamiento de acciones, de fusiones de sociedades y de devoluciones de capital percibidas por el fiduciario; y si éste vendió algunas acciones de las fideicomitidas y por qué precio de cotización.

b) Determinar el importe de los derechos de preferente suscripción percibidos por el fiduciario sin haberlos utilizado para suscribir las nuevas acciones correspondientes.

c) Establecer qué porción del valor de las acciones adquiridas por el ejercicio del derecho de preferente suscripción, inherente a las acciones fideicomitidas, corresponde al valor de ese derecho de preferente suscripción, calculado por su cotización media durante el periodo de suscripción; cuál es la que corresponde a reservas ocultas (plusvalías), a las reservas atípicas (beneficios, extraordinarios) o a reposición de amortizaciones –porciones que corresponden todas a los fideicomisarios–, y la que procede de beneficios producidos durante la vigencia del fideicomiso o a reservas integradas por beneficios producidos durante la vigencia del fideicomiso –que deben corresponder, uno y otro, a los herederos del fiduciario.

Por tanto, la liquidación de estas dos últimas partidas requería que se calculase:

1.º Qué parte del dividendo corresponde a los días anteriores a la constitución del fideicomiso, en proporción al número de días transcurridos antes y después de ella –cantidad que deberá devolverse a los fideicomisarios.

2.º Qué parte del dividendo correspondiente al ejercicio en que se extinguió el fideicomiso corresponde a los días anteriores a la muerte del fiduciario –que debe ser para los herederos del fiduciario– y a los días posteriores –que debe ser para los fideicomisarios–, calculándose aquéllos en proporción a los días transcurridos antes y éstos en proporción a los transcurridos después.

3.º Qué parte de las reservas correspondientes a la aplicación de beneficios han sido generados antes de la constitución del fideicomiso –que deben entregarse a los fideicomisarios– calculándose del modo antes indicado en proporción al número de días transcurridos antes de iniciarse.

IV. Aplicación al caso de los fundamentos de derecho

De la auditoría efectuada por el perito legalmente designado se deduce: que todas las acciones que han incrementado el número inicial dimanan del ejercicio de derechos de preferente suscripción y todas fueron emitidas totalmente liberadas. Por ello, conforme el criterio expuesto en el fundamento de derecho segundo, deben entenderse sujetas al fideicomiso, sin perjuicio de que a los herederos del fiduciario se les compense el importe de la compra de derechos efectuada por el fiduciario para redondear los precisos para suscribir alguna acción más y los desembolsos correspondientes al porcentaje no liberado de las acciones emitidas (lo que no ha sucedido en las emisiones aquí contabilizadas).

En cuanto a las operaciones de venta y de compra de acciones efectuadas después, queda claro que, pese a efectuarlas el fiduciario en ejercicio de su facultad de subrogar, las compradas deben considerarse sujetas al fideicomiso, sin perjuicio de que también lo esté el precio obtenido por las ventas en lo que exceda del precio de las compradas, lo cual se tendrá en cuenta al calcular el dinero que queda sujeto al fideicomiso.

Es cierto que, en el apartado A, c, de mi solicitud de auditoría, solicité del perito auditor que estableciera la porción del importe de las acciones liberadas que correspondía: a las reservas ocultas (plusvalías), a las atípicas y a reposición de amortizaciones –que corresponden al caudal fideicomitado– y la que correspondía a la porción cubierta por beneficios no repartidos producidos durante la vigencia del fideicomiso –que corresponden al fiduciario–, pero el perito, en su informe, dice que no le ha sido posible efectuar esta determinación. A este hecho aludieron reiteradamen-

te los hermanos fiduciarios en sus alegaciones. Ahora bien, nada hicieron éstos para probar, con un estudio de los balances, cuál es esa parte, a fin de que pudiera serles compensada. Lo cierto es que —conforme lo expuesto en los fundamentos de derecho—, jurídicamente, las acciones corresponden al caudal fideicomitido y que a los fiduciarios únicamente les corresponde la devolución del importe de la parte de esas reservas que correspondan a beneficios en el caso de que ellos probaren que la hay y cuál es su cuantía.

“Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo” I-II. Bosch editor, Barcelona, 1992, 2.121 páginas.

A José Calabrús Lara
Abogado clásico en Jaén

Para una Historia del Derecho concebida como historia de los libros jurídicos este libro es un monumento del siglo que acaba de terminar, libro donde se advierten la huella del pasado, el latido del presente y acaso las señales del incierto porvenir. No obstante su título, sobrepasa la esfera de la historia especial y alcanza los límites de nuestra Asignatura, General por definición, fijada por GALO SÁNCHEZ y en su honor restablecida en la VIª Semana, Madrid 1983, cuya convocatoria se alarga, y va parcial y sectariamente produciéndose en diversas sedes. Me permitirá este Anuario peregrino, vocacionalmente llamado al Derecho, no sólo el Notarial, limitarme a ese ámbito, señalando ante todo la gran aportación a la historia del derecho civil que contiene su impresionante volumen, en la forma de precedentes, que la pedertería juvenil y académica se permitió desdeñar, en vez de utilizarla, y que además coincide con el concepto mismo de dicha asignatura, destinada a mostrar cómo nuestro derecho ha llegado a ser como es hoy, para cuya exploración el instinto caminante de don ÁLVARO D'ORS ideó y puso en práctica hacer como en los ríos, partir de la desembocadura y remontar la corriente, no perderse en el bosque de los dudosos y oscuros orígenes, atractivo de nuestros colegas historiadores, para quedarse en el umbral del derecho moderno. Libro de derecho que nos presenta en primer término al propio JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (Zaragoza, 1921-1993) (cfr. *AHDE* 1993-94, p. 1303), aragonés, con lo que de sustantivo significa el topónimo en el campo jurídico, superado el romántico y genérico español. Una atenta lectura de la copiosa colaboración, noventa y tres firmas, indicaría a fondo la poderosa influencia ejercida por aquel catedrático, con justicia recordado como “gran civilista, jurista señero y hombre justo”, que en vida dio sus clases, escribió sus libros y suscitó esta elocuente asamblea. Por fortuna, algunos autores han partido de lugares de sus obras y referido alguna circunstancia que permite conocer su figura, pero nos falta un análisis de la serie de sus publicaciones, entre las cuales yo puedo recordar la edición en este nuestro *Anuario* (1947, pp. 531-541 y 840-41) de algunos textos medievales de su patria, y buena y singular patria no sólo del derecho Civil, sino del Público, y para sim-

plificar, del derecho aragonés. Por cierto, el orden alfabético de colaboradores, que tiene sus aciertos, me proporciona en primer término la noticia según la cual allí prosigue la tradición germánica de Granada. Allí RUDOLF STAMMLER en 1929 dictó una luminosa conferencia sobre la Génesis del Derecho, de actualidad, ahora que se producen sorprendentes giros también en Civil, siempre considerado como duradero y permanente. Pues bien, allí actúa un titular (de cátedra, por supuesto), KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMAN, que diserta sobre: “Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales” (11-37), fenómeno europeo, que experimentamos con singular virulencia, de índole corporativa, y del que percibimos que igual que en otros campos han perdido los bufetes libertad y también algo de dignidad. Abogados que ya no perciben honorarios, sino salario; ya no sirven sino trabajan. Por fortuna ha pisado el tercer milenio algún bufete clásico, reforzado además por la familia patriarcal y ciudad fuerte.

El civilista salmantino MARIANO ALONSO PÉREZ nos lleva a través de “La fidelidad matrimonial” (39-64) a los secretos del matrimonio y su profunda crisis actual, él todavía *in utroque iure*, ahora que el plan de estudios tiende a desvanecer el Canónico católico en favor de un agnóstico y accidental Eclesiástico, y la jurisprudencia se va adaptando a esta confesión del Estado democrático que tiene sus dogmas, su clero y sus beneficios.

JESÚS M.^a ÁLVAREZ CARVALLO, titular todavía en la Distancia, un saludo colegial, en “La unificación del derecho de obligaciones” (65-86) despliega un panorama presente del Civil, partiendo de la Constitución de 1978 y carrera de San Jerónimo, con atención al límite histórico (aunque ya un notable granadino ha demostrado que todo es histórico; y aun prehistórico) respecto al Mercantil. Incidentalmente, como ocurre en la Historia, el colega nos da (p. 70, n. 16) una noticia preciosa acerca de PEDRO SIMÓN ABRIL (del que con alguna razón prescindimos en la HDE, porque no era jurista, pero sí un enemigo) (quien mejor nos conoce y además tiene razón) que miraba en el Digesto una masa confusa e indigesta, no obstante lo cual se permitió publicar unos *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas para reducirlas a su antigua entereza y perfección*, Madrid, 1589, 1815, 1817. Nos interesan esas fichas apartadas, porque debemos tener en cuenta a los bárbaros en la Historia, y a veces no les falta razón al aventar los restos de una civilización decaída. Una visión personal del actual estado de la codificación en España y en Europa.

Mi antiguo alumno y tocayo ÁLVAREZ VIGARAY (Madrid), activo en el Seminario Hinojosa de Granada, continúa su investigación sobre el siglo XIX, con “Las leyes civiles especiales en la primera fase de la codificación” (87-104): desvinculación, arrendamientos, préstamos e intereses, propiedad intelectual, bienes mostrencos, más el impulso dado por el Congreso de juriconsultos en Madrid, 1863, dando positivo desarrollo a aquella indicación del Curso de don GALO, como todas las suyas, perdidas por la Escuela: “Varias leyes (en derecho civil) que preceden a la codificación y en parte la preparan”. (*Apuntes*, Barcelona, 1930, p. 319). Sólida pieza histórico-jurídica general y especial. Atención a la obra de este clarísimo profesor.

De un ejercicio de oposición a cátedra, 1983, que sorprendió a LACRUZ pero no le impidió votarle, deriva la noticia sobre “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Transexualismo” (105-110) y su posible repercusión en la española, por el catedrático LUIS ARRECHEREDRA. Espera que ahora le comprenda mejor. Lo hará. Nos confirma en la idea de que el campo específico de la historia del derecho es su patología. El derecho propiamente dicho no tiene historia; está.

“La forma en la aceptación de donaciones” (111-144) lleva a JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ a los antecedentes romanos, en Partidas y en GARCÍA GOYENA. La historia más sencilla, elemental, enriquecida con el diálogo a través de los actuales y la jurisprudencia. MANRESA continuado por nuestro PASCUAL MARÍN. Fragmentos Vaticanos. SÁNCHEZ ROMÁN el viejo; ANTONIO GÓMEZ y HERMOSILLA, POTHIER; añadir a CJE, p. 16: Olea, *Tractatus de Cessione iurium et Actionum*, Valladolid, 1652.

Una atenta lectura de la titular REGINA AYMERICH RENTERÍA: “El concepto de donación en Ruggiero” (145-154), autor italiano traducido por don RAMÓN SERRANO SUÑER (1903) en su brillante juventud (renovado homenaje por sus cien años lúcidos) y en boga en nuestra época. Duraderos.

El notario ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, acreditado cultivador de una frondosa rama de la jurisprudencia, examina el tránsito “Del derecho agrario al derecho agroalimentario” (155-190) en el cuadro de su desarrollo en Italia, Méjico y España; sus modalidades referidas a la reforma agraria o a la empresa; recapitula su propia aportación, desde 1965, y anterior, o se trata de un hijo, continuada por WATTIER FUENZALIDA en Burgos; los nuevos horizontes y la más reciente formulación vinculada a la política alimentaria en Italia y España. Panorama del agrarismo jurídico español, con la mención de SANZ JARQUE en Ingenieros.

“La responsabilidad por daños ambientales” (191-218) es analizada a fondo desde Alicante por ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ en los aspectos civil y procesal. El medio ambiente un nuevo espacio jurídico. Antiguamente el aire y hasta el agua parecían en la enseñanza ajenos al derecho, pero los molinos de ambos elementos funcionaban ya. Hay derecho ambiental. Exposición del sistema en Alemania, Suiza y Argentina.

DON CELESTINO A. CANO MATA, doctor y magistrado de lo Contencioso Administrativo, aborda: “El principio jurídico de la solidaridad” (219-231), su ingreso en la Constitución vigente y su modulación por el Tribunal Constitucional. Todavía en 1982 éste mantuvo que la solidaridad era materia del Estado y de su legislación, pero ya apunta, en los recursos interpuestos por las CCAA, la inevitable tendencia a la regionalización.

“Las máquinas como instrumento de contratación en masa” (233-238) son objeto de ágiles consideraciones por el titular CELESTINO CANO TELLO. Problemática capacidad del contratante. En las expendedoras reaparece la compraventa real. Las de servicios practican contratos de arrendamiento y obra. En las de juego alternan la destreza y el azar. No es inútil para el jurista pasear por los grandes almacenes y callejear. FEDERICO DE CASTRO aún ocupa su cátedra.

“El error en el matrimonio” (239-281) a partir de la doctrina moral, PEDRO LOMBARDO, TOMÁS DE AQUINO, y canónica, que culmina en TOMÁS SÁNCHEZ (añadir a CJE) y el napolitano ALFONSO M.^a DE LIGORIO (1696-1786, doctor en ambos derechos en 1713, abogado civil y secular hasta 1723). POTHIER. Su regulación civil en Alemania, Francia e Italia, y por último en España, con dos fases: la representada por el derogado artículo 101 del Código civil, sus diversas interpretaciones doctrinales, y la nueva redacción de los 73-74 por Ley de 1981, con las sobrevenidas, ha ocupado la densa disertación del catedrático JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ.

Por fin llegamos a Aragón, donde el civilista JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, catedrático en Zaragoza, trata de “La gestión de la comunidad conyugal aragonesa” (283-300), reformada en 1985 como consecuencia de la no discriminación constitucional entre cónyuges que, aparte de favorecer su desunión, dio lugar a una nueva

redacción de los artículos 48 a 51 de la Compilación de 1967, practicada precisamente por LACRUZ BERDEJO, que había presidido la comisión de juristas entre 1981 y 1983, y ya había participado en el texto original, y tema de su tesis doctoral dicha comunidad. El discípulo adelanta ahora las páginas que ha de dedicarle en un manual del derecho aragonés, extensivo a las decisiones sobre la economía familiar, los pactos válidos, la gestión de los bienes privativos, la administración y gestión conjunta y por separado, los desacuerdos, que van de crecer, y la gestión en circunstancias especiales.

JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES, catedrático en León, “Los derechos patrimoniales eventuales: expectativas, derechos adquiridos y la jubilación forzosa anticipada” (301-336). Plantea el problema, previo el concepto de aquéllas, contradictoriamente formulado, y derogado el límite general de los setenta años de edad para la de los funcionarios, de la Ley de 1964, por la de 1984 que la adelantó a los sesenta y cinco, con vulneración de artículos de la Constitución de 1978 que garantizaban derechos subjetivos adquiridos mediante el acceso a la función pública, y una consecuente retroactividad respecto a situaciones creadas en el régimen de mutualidad de funcionarios. A la vista de la jurisprudencia del Supremo y de la Dirección de los Registros, como de la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el autor defiende el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 1985 que dio lugar a la sentencia de 1986, que frente a una doctrina asentada en 1952 sobre derechos adquiridos y una jurisprudencia universal, originó unos perjuicios que sería de justicia ser indemnizados mediante la vía civil. Abrumador alegato contra la arbitraria prepotencia del legislador.

GABRIEL GARCÍA CANTERO, Zaragoza, dedica a LACRUZ, “familiarista eximio, fundador del derecho español de familia”, sus reflexiones que terminan en un interrogante sobre el futuro de ese derecho, ante “La crisis de la sexualidad y su reflejo en el mismo” (337-353). Tras un amplio examen de los valores e intereses implicados en la familia, el duro golpe inferido por la Revolución a la concepción católica del matrimonio y la familia, aun impuesto moderadamente, junto a otros movimientos económicos, ideológicos y políticos. El ciclo abierto por la Constitución de 1978 en torno al matrimonio y la filiación no ha hecho más que empezar y está a merced de grupos incontrolados y extremistas. Eclipse sufrido por el *jus nubendi* mediante la ofensiva legal de la unión de hecho y disminución de la natalidad; necesidad de ahondar en el concepto jurídico de sexo, en contacto con la medicina. Reconocimiento de la unión libre o concubinato, equiparación de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio; gravísimos problemas planteados por las técnicas de procreación asistida, fenómenos ante los cuales el civilista asume posiciones netas, resueltas, definitorias como son las propias del Derecho.

El administrativista EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA contemplaba la época que inauguró el artículo 34 de la Constitución de 1978 en relación con “Fundaciones y Sociedad Civil” (355-372), artículo que termina con la situación legal insostenible que arranca de la Ley desvinculadora de 1820, cuando el derecho de fundar quedó prohibido, con la excepción del practicado con fines benéficos que aun en 1849 fue objeto de una interpretación restrictiva. La inflación abrió otra sima para las fundaciones, que la Ley Villar Palasí remedió para las de índole cultural. Aquel artículo reconoció el derecho a fundar como fundamental, principio y no excepción. Examina el autor la situación legal y reglamentaria asistemática, confusa, fragmentaria y anacrónica del régimen de fundaciones, que exige una Ley, admirado de la resistencia vital

que le opuso la sociedad que frente a tantas dificultades aún fue capaz de mantener y reconstruir una realidad fundacional. Esa Ley ha de ser protectora y estimulante, defender a las fundaciones sobre todo respecto a la agresión del Fisco, y despertar los tesoros de energía y altruismo que yacen en la sociedad.

De nuevo un notario, que tuvo al maestro homenajeado como juez de sus oposiciones, centra su homenaje en unas "Reflexiones ante el derecho de sucesiones en la obra de LACRUZ BERDEJO" (373-385), puesto en relación con el más amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial y la propia experiencia, relativa a los tópicos de la transmisión y sustitución, el derecho de representación, el arbitrio de tercero y la legítima, poniendo de relieve las concretas aportaciones de LACRUZ, y realizando así la función esencial y justificativa del homenaje en su conjunto.

En un sector del derecho "a la moda en la actual literatura jurídica" REGINA GAYA SICILIA se fija en un dilema muy concreto: "La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido ¿carga del cedente o del cesionario?" (387-398), y ante el silencio del Código (a. 1527) responde con la resolución de la consulta clásica, tras una ardua revisión, en la disyuntiva, y frente a la opinión dominante, que al cedente, la carga incumbe al cesionario.

Dado que LACRUZ se había pronunciado en informes al Congreso de los Diputados, en 1988, sobre cuestiones relacionadas, MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, catedrático en la Autónoma de Barcelona, dilucida "La competencia legislativa de la Generalidad de Cataluña en materia de reproducción asistida" (399-425), en lo que se refiere a su consecuencia civil: la filiación, prescindiendo de las implicaciones éticas y religiosas, debatidas en el Colegio de Abogados de aquella ciudad, el mismo año, junto con las de índole penal y administrativa. En materia civil la competencia autónoma es exclusiva. Previo el examen del complejo mundo de la filiación, al corregir las pruebas del estudio, aprobada la Ley catalana pertinente, de acuerdo con la opinión mantenida, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno central en 1991, al que en cierto modo podía oponerse la argumentación de este escrito.

"En tema de constitución de hipoteca voluntaria" (427-456), el catedrático en Sevilla GORDILLO CAÑAS parte de las Pragmáticas de 1539 y 1558, primeros pasos de la publicidad inmobiliaria, Novísima Recopilación de las Leyes de España X,16,1 y 3,2, y la de Carlos III, Ib. XVI, 10,4, donde ante la resistencia social, el legislador retrocedió y limitó los efectos sustantivos de la inscripción. Continúa la historia en el proyecto de Código de 1836, y en las Bases de 1843, "primera manifestación del germanismo registral en nuestro derecho", que ahora va a ser objeto de una investigación con destino doctoral por el Ldo. MARIO HERNÁNDEZ. Para desembocar en la Ley de 1861 y en la copiosa literatura hipotecarista, desde BIENVENIDO OLIVER, 1892, a ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. Después de lo cual, el autor pasa a dictaminar sobre el carácter constitutivo de la inscripción, y el contraste entre el artículo 1.875 del C.c. y el 146 de la Ley Hipotecaria y una sentencia de 1986.

JORDANO BAREA, catedrático emérito y vocal permanente de la Comisión de Códigos, dicta su lección magistral sobre "La causa en el sistema del Código civil español" (457-475), con una impresionante bibliografía, que alcanza ochenta autores, alguno con varios títulos, y nos favorece con una precisa síntesis de su posición. Hay cinco tipos de causas, reducibles a dos fundamentales: la objetiva, genérica e inmediata eficiente del negocio jurídico, y la subjetiva, concreta, mediata, final del mismo, reconducibles a la unidad que combina razón o fundamento y fin, a partir de la fun-

ción económico-social o práctica proyectada. "Superposición de la causa concreta (fin subjetivo) sobre la causa genérica (fin típico)". Es factible la unidad.

"Personas que pueden adoptar y ser adoptadas" (477-495) conforme a la nueva redacción del artículo 175 del C.c. reformado mediante Ley de 11 noviembre de 1987, por el catedrático JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO. Tendencia desde 1958 a rebajar la edad del adoptante y a prescindir de la existencia de hijos propios. Aguda crítica de la gramática del legislador. La secularización de la vida pública ha influido en algunas determinaciones, como ser indiferente la condición clerical o religiosa del adoptante. Previsión de fraudes. Posibilidad de la adopción *post mortem* y de segundas y sucesivas adopciones.

"Gestión ventajosa y ratificación" (497-519) por la titular CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, ilustre apellido. A falta en el C.c. de una teoría general sobre la representación, ofrece un modelo de construcción, atenta al defecto de mandato o el traspaso de sus límites. La ratificación ha de ser expresa.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, catedrático de Administrativo, adelanta un estudio sobre "La intervención de esa índole en la propiedad agraria" (521-548) que la configura progresivamente. Una legislación dispersa ha ido modificando el concepto napoleónico, al que seguía fiel nuestro C.c. de 1889, cuando ya se habían formulado exigencias sociales, como puso de manifiesto el civilista AUGUSTO COMAS. La Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973, la de fincas manifiestamente mejorables de 1979, la andaluza de reforma agraria de 1984, son momentos de esta evolución, matizada por una multitud de disposiciones que el autor sistematiza. La explotación familiar, la regulación de cultivos, la exigencia de productividad, todo con disminución de la figura del propietario. Una heterogénea bibliografía correspondiente.

De unas jornadas en Bilbao sobre el derecho civil vasco, donde fue recordado LACRUZ, procede "La libertad de testar. Actualización del derecho de Vizcaya" (549-561), en fase de reforma hacia 1990, "actualización urgente", en relación con la conservación del patrimonio familiar, característica histórica indudable, aunque choca con evidentes cambios sociales que repugnan la noción de mayorazgo y tiende a ser sustituido por la designación libre de heredero. El autor, AGUSTÍN LUNA SERRANO, orienta hacia hacer más flexible la legítima.

De inconfundible estilo aragonés, "Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón, si lo dice la carta; si no, no" (563-579) donde la titular MARÍA LUISA MARÍN PADILLA ahonda en el pasado legal de su patria, proyectos de 1889, 1904, Apéndice de 1925, en el curso del cual se planteó la posibilidad de una sucesión contractual, en favor de la cual se había pronunciado LACRUZ. Previa una aguda investigación en el derecho común, que a su vez conduce al derecho romano, doble referencia necesaria para la historia del derecho privado, aporta un pleito iniciado en 1594 y sentencia de 1596; vigencia del pasado. BARTOLO, DE CASTRO, JASÓN DEL MAINO, SESÉ y otros varios menos frecuentados que los famosos presupuestos políticos, sociales, económicos y espirituales.

De nuevo en el centro vivo del derecho aragonés, pero en el marco de la civilística universal, el catedrático CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ ofrece desde Cáceres unas "Consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación" (581-606), reformado en 1985 en el curso de un Comentario de aquella iniciado y dirigido por el propio LACRUZ, bajo cuya autoridad lleva a efecto una dura crítica, hasta el punto de que la innovación es un ejemplo de cómo no hay que legislar; y de la intervención política, ajena al arte de codificar.

JOSÉ LUIS MORENO BALLONGA, éste catedrático ya en Zaragoza, “Explica con nueve ejemplos la Ocupación” (607-643): hallazgo de tesoros, más o menos valiosos, tal como los encuentra el lector de periódicos, a los que él da el tratamiento adecuado propio de quien se doctoró con una tesis sobre “Ocupación, hallazgo y tesoro”, en vivaz diálogo con un PANTALEÓN, que nos lleva al centro mismo de la dialéctica jurídica. Compatible la amenidad con la ciencia, se cumple el precepto de instruir deleitando. Historia del Derecho presente y viva. Historia de libros, el suyo y el del otro, alguna vez coincidentes. Sin bibliografía.

Catedrático y magistrado, JAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ diserta sobre “El derecho a la intimidad” (645-661), que reconocido por la Constitución de 1978 y carrera de San Jerónimo, artículo 18, concepto de sencillez semejante al trabajo digno, la vivienda y el respeto a la religión, que asimismo garantiza nuestra Carta Magna. El autor realiza grandes esfuerzos para encajar en el orden jurídico una noción que, por ejemplo STAMMLER deslinda ya al principio de su concepto del derecho. Se trata de algo parecido a la famosa amistad íntima y enemistad manifiesta, la primera inde-mostrable, cuando tantas veces la amistad manifiesta encierra la más peligrosa enemistad íntima. No obstante, la jurisprudencia irá creando un mundo convencional, *modelo americano*, en torno a una Ley de 1982, cuyo análisis pone de manifiesto la experiencia y la erudición del autor. La presencia de un interés histórico, dado que todo lo es, y aun prehistórico, científico o cultural, convierte la famosa intimidad en un privilegio para famosos.

“La Casa en el derecho navarro: una aproximación jurídica” (663-678), por el titular PEDRO PABLO CONTRERAS, propia del derecho foral, también aragonés, sujeto de derecho, que el autor discute desde un punto de vista dogmático, pues para él se trata de un objeto. El Fuero Nuevo o recopilación privada (1971) habría intentado hacer jurídica una realidad extrajurídica. Asimismo, discute la noción navarra de familia, y la reduce a relaciones horizontales y verticales, tal vez también oblicuas.

“El desamparo y la tutela administrativa” (679-694) por el titular en Zaragoza MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, en torno a la Ley de 1987 que introduce la Administración en el círculo de la Familia, especie de tutela pública, exactamente burocrática, y uno de los aspectos más negativos de la democracia. El civilista ha visto agudamente que el nuevo sistema crea más problemas de los que pretende resolver. Es algo semejante al divorcio, una fuente mayor de conflictividad y de peor trato que la paciencia para entender que el matrimonio, como su nombre indica, es una cruz, y pertenece literalmente al derecho de guerra. El régimen autonómico viene a complicar el asunto. La noción de abandono introduce un elemento más relativo y perturbador del orden familiar. Propone sanas medidas correctoras. Porque también esta injerencia administrativa pone obstáculos a la adopción.

“Libertad civil, libertad de testar. Notas para su formulación” (695-712). JOAQUÍN RAMS ALBESA inflige un duro golpe a las que él llama fantasías históricas y legales de las figuras forales de sucesión hereditaria. Al borde de su académica sepultura en el cementerio del Código civil se habrá asomado para bendecirle don FEDERICO DE CASTRO BRAVO. Partiendo del estudio sobre *Standum est chartae* de LACRUZ, el discípulo arroja una mirada sobre las instituciones familiares y hereditarias aragonesas para mostrar su adecuación a esa misteriosa libertad civil, y ello en una perfecta unidad entre Público y Privado, a la vista también de la historia económica y social, que merece una más atenta lectura.

Otro abogado, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, defiende la “Naturaleza (emi-

nementemente) privada del arbitraje en la Ley de 1988" (713-734). Sucesivas reformas del arbitraje, a partir del C.c. y la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1953 y 1984, y ahora más resueltamente un giro en favor de la tesis mantenida por el autor, frente a la doctrina que le asigna un carácter procesal, sobre la base de distinguir proceso y procedimiento.

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA daba por último "Un primer apunte sobre la (entonces) última reforma del Código civil en materia de nacionalidad (Ley 18/1990, de 17 de diciembre)" (735-745). Artículos 17 a 27 del C.c. sucesivamente alterados en 1954, 1975, 1978, 1982, 1983, objeto de un proyecto de Ley en 1988 que recibió cuarenta y dos enmiendas en la fase parlamentaria, y de ochenta y de ochenta y nueve en la siguiente, donde la comisión de justicia asumió competencia legislativa plena, y aun se acrecentó el número de enmiendas, lo que por sí sólo es revelador de la índole dinámica de la figura, que en la ley recibía una nueva modalidad conocida en derecho comparado: la nacionalidad por usucapio de diez años. Claro está que la ley ha sufrido alteraciones derivadas por el hecho de la inmigración masiva del presente que rompe todo esquema.

"El artículo 159 del C.c. en las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 15 de octubre de 1990" (747-762) por ANA SEISDEDOS MUIÑO, titular en la del País Vasco, examina la aplicación hecha de aquel precepto en su redacción de 1981, que daba preferencia a la madre para el cuidado de los hijos menores de siete años, de cónyuges separados, conforme a una tradición que remonta a las Partidas. La aplicación del principio de igualdad entre los géneros ha llevado a través de un debate parlamentario a una nueva regulación en la que es decisivo, salvo el acuerdo de las partes, el criterio del juez que deberá tener en cuenta, en lo posible, la opinión de los hijos y necesariamente la de los mayores de doce años.

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, asociado doctor, plantea en torno a "Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa en la reciente reforma del C.c. Su posible inconstitucionalidad" (763-789). Se trata de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, destinada a eliminar del Código civil normas supuestamente contrarias a la igualdad de géneros masculino y femenino en el venerable Código, que ha padecido el revoco en sus artículos 9, 14, 159, 648, 754, 852, 853, 1.066, 1.267, 1.924, y se añade un párrafo al 93. Describe el curso parlamentario de esta reforma, impulsada primero por la etapa de la transición de Adolfo Suárez y continuada por la experiencia socialista de Felipe González. Destacaremos a la senadora Sauquillo por haber señalado la necesidad de abordar la reforma de la vecindad civil, prudentemente evitada ahora. Diputados vascos y catalanes han presentado enmiendas apoyadas en los derechos forales. El autor indica la práctica de reproducir en la nueva legislación elementos preconstitucionales, que da lugar a razonables dudas sobre la constitucionalidad de algunas reformas, como la que es objeto de su estudio especial, pero afecta asimismo a la "coexistencia de los derechos civiles españoles en plano de igualdad" y "al principio de reciprocidad entre las vecindades civiles". La famosa y admirada viudedad aragonesa había sido ya afectada por la legislación del régimen político anterior. En todo caso, queda registrada la peculiar fortaleza del derecho Navarro, que fue objeto en su día de una recopilación tan privada como el mismo derecho, y que superó las turbulencias del parlamentarismo, incluso el moderado. Ya la Constitución de 1978 ha dado un paso más, al someter ese derecho privado al gobierno, a la política y a la legislación. Entre gobiernos y cámaras andará el juego, pero el derecho continúa su propio camino.

“Las garantías de las ventas al consumidor” (791-807) por JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, se refiere a un artículo 11 de una Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que establece una llamada “garantía” que ha respondido a una necesidad tradicionalmente sentida, y que el civilista DÍEZ-PICAZO había rastreado en su lectura magistral del Código, pero existía una laguna que la ley ha venido a llenar. Alude el autor al contorno social y económico, y la cláusula convencional de garantía y su actual regulación, que siendo aceptable ofrece algunas dificultades técnicas, propias de la época vulgar. Por fortuna las cátedras vigilan todavía.

Culmina el homenaje en la página de la más genuina historia del derecho privado “En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales” (809-841), que bajo la firma de su más autorizado cultivador, el notario JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, reúne los nombres del propio LACRUZ BERDEJO, que en 1950 publicó un estudio sobre dicha naturaleza, en un aspecto de la cual insistió la tesis doctoral de su alumna PILAR BENAVENTE MOREDA, y los de varios colegas civilistas, que ya habían advertido la complejidad de una figura de propiedad afectada de un peculiar dinamismo que ha aumentado por efecto de la reforma legal de 1981. Un análisis detalladísimo de la evolución doctrinal en torno a los bienes gananciales, que en 1917 se había formulado conforme al modelo germánico de la mano común. Con este motivo es recordado don RAMÓN PRIETO BANCES, que en 1951 pronunció en la Academia Matritense del Notariado su conferencia sobre “Los notarios en la historia de la sociedad de gananciales”, que escuchada por el autor, le impresionó que el entonces catedrático en Oviedo pusiera en duda la tesis germanista de CÁRDENAS e HINOJOSA, y la vincular, sin borrar el nombre de predecesores, LEFEVRE en 1908 y ROBERTI en 1919, al derecho romano-cristiano, discernible en el Código de Eurico y crecientemente en las leyes de Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio, a las que añadió leyes de Valentiniano III y fórmulas visigodas, conservadas por los mozárabes y en Asturias y León. El debate ha proseguido en la civilística y una modalidad específica por la participación de los notarios. La descripción histórica es ahora completada con el análisis de la literatura clásica castellana: DIEGO CASTILLO y TELLO FERNÁNDEZ y PEDRO ANCHARANO, para quienes los bienes sólo se hacían comunes al disolverse el matrimonio, posición en la que el civilista ALFONSO DE COSSÍO señaló la afinidad con la doctrina francesa formulada por DUMOULIN y POTHIER, mientras ANTONIO GÓMEZ y GREGORIO LÓPEZ atribuían a la mujer la propiedad “al momento”, éste en la Glosa traducida al castellano en Barcelona, 1843; con matices en DIEGO DE COVARRUBIAS, MATIENZO, VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, sintetizados por el epígono LLAMAS y MOLINA (Cfr. *Enciclopedia Jurídica Española* Seix, XV, 1974, 247-265), más el comentarista del C.c. MUCIUS SCAEVOLA, 1905, y el mismo VALLET todavía en diálogo con GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS y ANTONIO AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus*, Granada, 1586, y JUAN GARCÍA SAAVEDRA, *De expensis et meliorationibus*, Amsterdam, 1658; añadir a mi CJE (núm. 15 y a la *Historia General del Derecho Español*).

MANUEL IZQUIERDO TOLSADA, titular en la Nocomplutense y en ICADE. Al juzgar LACRUZ su tesis doctoral le aconsejó que estudiase el artículo 1.107 del C.c.: “Es un artículo rebelde”. Ha cumplido su encargo. Se remonta a POTHIER y al Código de Napoleón, a GARCÍA GOYENA y su Proyecto, y al belga LAURENT y el suyo. El resultado de la deliberación legislativa fue crear un rompecabezas que han intentado dilucidar DE LOS MOZOS, DÍEZ-PICAZO y CRISTÓBAL MONTES. Como era previsible, la cuestión es elevada al Digesto y al Código italiano. La jurisprudencia ha tomado su parte. El autor parece inclinarse a suprimir el artículo; rebelde.

MANUEL ALBALADEJO, catedrático, adelanta la conclusión de su dictamen sobre "El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legítimos son los hijos del causante" (877-886), y expone su rotunda opinión sobre varios supuestos, y no deseables situaciones que pueden derivarse de un misterio como es la familia, sobre la cual el autor vierte su irónica indulgencia. De paso aprendemos algo de la entraña polémica de la codificación (ALONSO MARTÍNEZ).

Desde el País Vasco, CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ, titular, reflexiona "En torno al testamento por comisario de la ley de Derecho Civil" del mismo, 3/1992, de 1.º de julio, que ha desarrollado en su libro *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, 1992, sobre dos cuestiones concretas, que se abren a la perspectiva histórica en el derecho vizcaíno, los derechos forales y la civilística europea.

FERRÁN BADOSA COLL, catedrático en Barcelona, examina "La autotutela" (903-931), es decir, el caso de nombrarse uno mismo un tutor, de aquel modo designado, a partir de un caso alemán de 1927, pero con antecedentes en la civilística española, DIEGO CREHUET DE AMO, en discurso académico, 1921, "tutela fiduciaria", y una Real Orden de 14 marzo 1924 que "aceptó el razonamiento" de una instancia desestimada, innovación de Díez-Picazo y colaboradores en 1977, que se refirió al Código suizo y fue objeto de discusión parlamentaria sobre reforma de la tutela en el C.c., que dio lugar a la Ley 13/1983, de 24 octubre, con participación inicial del diputado y catedrático GARCÍA AMIGO y otros civilistas, tanto en el Congreso como en el Senado. Donde incidentalmente se ha declarado que la "enemistad manifiesta" no necesita ser probada si la declara uno. ¡Naturalmente!

PABLO BELTRÁN DE HEREDIA, catedrático, ofrece unas "Notas sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo" (933-942) de la Constitución de 1978, que ha intentado el legislador mediante las Leyes 13 y 30/1981, mayo y 7 de julio, sobre patria potestad, filiación y relaciones conyugales; 21/1987, 11 de noviembre, sobre Adopción, y 11/1990, 15 de octubre, para "eliminar las discriminaciones por razón de sexo que perduraban en la legislación civil". Reconociendo el autor la tendencia sociológica a la igualación entre hombre y mujer, hace observaciones críticas al método seguido de mezclar en los siete artículos reformados situaciones y materias muy dispares, así como algunas vaguedades de la nueva redacción, que sobrepasa la finalidad perseguida o incurre en impropiedades terminológicas.

El mismo principio de indiscriminación ha dado lugar a una nueva regulación de la vecindad civil por la Ley 11/1990, de 15 octubre, y a la nueva redacción del artículo 14 del C.c. El catedrático RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO somete (943-963) a rigurosa crítica la confusión y contradicciones que se derivan de esta reforma en cuanto a situaciones transitorias y variedades forales. De modo semejante el artículo 15 ha sido modificado por virtud de la Ley 18/1990 sobre reforma del Código en materia de nacionalidad, donde el autor advierte una generalización de la regla adoptada por las Compilaciones de Cataluña y Vascongadas.

"La protección del consumidor en la Comunidad Europea" (965-978) efectiva desde 1975 y con nuevo impulso en 1985 ha dado lugar, según el catedrático de Administrativo en Zaragoza JOSÉ BERMEJO VERA, a un nuevo derecho europeo del consumo que los estados miembros deben configurar conforme a las directivas de la Comunidad, pero en algunos casos permiten el llamado efecto directo. Normas relativas a la salud de especies animales, condiciones de etiquetado, volumen y seguridad del transporte, juguetes peligrosos, venta fuera de establecimientos, transparencia de

los precios, fórmulas de crédito, rematado con una ojeada sobre la bibliografía pertinente.

“La subrogación en el crédito” (979-1015), convencional o legal, es analizada por el titular en la Carlos III de Madrid FERNANDO BONDÍA ROMÁN, que incluye su origen en el derecho intermedio francés (POTHIER), donde se refundieron dos figuras romanas, conservadas en Partidas y pasó al Código de Napoleón, seguido en el proyecto español de 1851, mientras el C.c. se apartó de este modelo y dio lugar a una ambigüedad exasperante. La referencia a civilistas españoles, a la doctrina francesa y a la jurisprudencia patria se dirige a proponer soluciones alternativas.

Para examinar las actuales “Transformaciones del derecho civil” (1017-1043) parte el titular de Filosofía del Derecho en Zaragoza MANUEL CALVO GARCÍA del cambio reciente en la teoría apoyada en la estructura del derecho a la consideración de su función social: saber como función. Desde la ideología liberal a la intervención estatal con efectos planificadores, que el autor concreta en la figura de la adopción de menores, campo en el que el indicado proceso iba más lento, se ha precipitado últimamente, manifestado en la Ley 21/1987, de 11 noviembre, de sentido intervencionista, que pone en marcha una auténtica policía de las familias. Pero ya se registra una reacción crítica procedente del neoliberalismo.

“La fianza general” (1045-1083) por el catedrático en Castilla-La Mancha ÁNGEL CARRASCO PERERA, parte del modelo español de globalización de las garantías en los préstamos bancarios, con un límite máximo para adentrarse en la doctrina alemana y en la jurisprudencia española en torno al artículo 1.825 del C.c.

“En torno a las disposiciones testamentarias captatorias” (1085-1140), SALVADOR CARRIÓN describe el *Opusculum de Captatoribus institutionibus*, 3.^a edición, Leyde, 1752, de CORNELIO VAN BYNKERSHOEK y analiza su contenido a la luz de la literatura y en los códigos civiles francés y español y en la jurisprudencia.

Con una ojeada previa a la protección de la herencia en las declaraciones de derechos y en las constituciones de orientación liberal o socialista, nuestro JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ (Comillas) expone con suma claridad en “El derecho de sucesiones y las normas constitucionales” (1141-1160) su repercusión en el C.c. y en las compilaciones forales a través de las Leyes de 1981 y 1990, que conducen a nuevos rumbos jurisprudenciales en el campo del derecho privado con atención a la sucesión de títulos nobiliarios, a propósito de la cual se ha planteado la discriminación por razón de sexo con soluciones diferentes por la doctrina y la jurisprudencia y posibles colisiones entre el derecho sucesorio y la legislación fiscal.

SANTIAGO CAVANILLAS MÚJICA, titular en Baleares, diserta sobre “Razonabilidad legislativa y razonabilidad judicial: su control por el Tribunal Constitucional, a propósito de su sentencia núm. 159 de seis de octubre de 1989” (1161-1185), sobre un local de negocio en una separación matrimonial, que dio lugar a una sentencia del Tribunal Superior de Valencia, recurrida en recurso de amparo en torno al concepto de discriminación, y de aquí al concepto de discriminación con sus variaciones típicas y atípicas, y la extensión o no del Constitucional a enjuiciar sobre el fondo de las cuestiones planteadas y resueltas en la instancia judicial. Al ejercer el Constitucional como celoso defensor de la interpretación de las normas se extralimita en su cometido y amenaza convertirse en freno de la moderna hermenéutica, más próxima al valor de la justicia.

“La sanción de las irregularidades de las condiciones generales (de los contratos) en el derecho español” (1187-1198) por LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA, catedrático en

Sevilla, se refiere a la nulidad de cláusulas, condiciones o estipulaciones abusivas u oscuras, según la Ley 26/1984, de 19 julio, para la defensa de consumidores y usuarios, y la reconduce a la nulidad radical pero plantea la conveniencia de situarla en la anulabilidad clásica por las consecuencias prácticas de la primera y aboga por mantener en vigor la parte del contrato que no sea abusiva ni confusa a la vista de un proyecto de Ley en 1988 de condiciones generales de la contratación.

MANUEL CUADRADO IGLESIAS, catedrático en Madrid, "Aproximación histórica a la gestión oficiosa de negocios ajenos" (1199-1220), tras una detallada referencia al régimen romano de *negotiorum gestio* aborda el tratamiento en el derecho español a partir de ESCRICHE, BENITO GUTIÉRREZ y SÁNCHEZ ROMÁN, y se remonta a las Partidas con la Glosa de GREGORIO LÓPEZ y su aluvión de comentaristas italianos.

Sobre "La anulabilidad de los contratos" (1221-1230), en los artículos 1.261 y 1.300 del C.c., distingue LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (s.l. s.c.) la nulidad radical y la anulabilidad confusa en diálogo con FEDERICO DE CASTRO y J. DELGADO.

"Contenido y control de las cláusulas excesivas: soluciones jurisprudenciales" (1231-1249), J. A. DORAL GARCÍA señala que una nueva perspectiva orienta hoy la teoría general del contrato, en virtud de la cual hay menor solicitud doctrinal y jurisprudencial; una sentencia de 1987: "los contratos deben calificarse por sus estipulaciones y no por el nombre que le den los contratantes". El autor formula una valoración jurídica de este fenómeno en distintos planos. En un momento advierte que "pese a la tendencia descodificadora, han de respetarse los valores esenciales del Código", para en sus conclusiones remitirse a la posición de LACRUZ en favor de la autonomía de la voluntad.

La anulación civil del matrimonio canónico (obsequio de la democracia) y "el matrimonio en intervalo lúcido" (1251-1272) son asociados por el catedrático en Oviedo RAMÓN DURÁN RIVACOBIA, en torno a una sentencia de 1989, que reconocida la validez del así contraído, cuestión antes debatida, por la Ley de 7 de julio de 1981, y confirmada por dicha sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre. La cuestión más inquietante es la primeramente enunciada, síntoma de la crisis actual de la familia, entre otros que son examinados a la luz de la jurisprudencia más reciente. El autor argumenta su posición contraria.

El civilista DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, presidente de la "Asociación para la defensa del derecho de autor", diserta sobre "La incidencia de la propiedad intelectual en la sociedad de gananciales" (1273-1288), regulada dicha propiedad por una Ley de 1987, y en cuanto dicha consecuencia ha experimentado una variación por efecto de la Ley de 1981 que modificó el régimen de aquellos bienes. La dualidad moral y patrimonial de esta propiedad fue cortada por una ley francesa de 1957 que la atribuyó plenamente al cónyuge-autor, en virtud de lo cual la explotación de la misma le pertenece, pero no obstante, el rendimiento económico entra en la sociedad, solución que incorpora al derecho español.

JOSÉ FERNÁNDEZ VILELLA, "Una breve reflexión sobre los perfiles del derecho de servidumbre en el C.c." (1289-1300), término que el espíritu revolucionario eliminó del Código francés, pero el legislador español lo aceptó sin reparo y que GARCÍA GOYENA, en seguimiento del Digesto y Partidas definió como derecho, no obstante su carácter pasivo, y el artículo 530 del C.c. concibe como gravamen; con un ámbito para la autonomía de la voluntad, típico en cuanto a estructura y atípico en cuanto a contenido. A diferencia del proyecto de 1851, conforme al modelo francés, el C.c. introdujo en el 531 una categoría: las personales, expresión forjada por la doctrina y

la jurisprudencia, soluciones distintas en Alemania y Suiza. Vivaz página de evolución jurídica.

“Notas críticas sobre el sistema matrimonial español” por JAVIER FERRER ORTIZ (1301-1330). El reconocimiento civil del matrimonio canónico formulado por la RC de 1564 ha sido triplemente afectado por normas constitucionales (1978), concordadas (1979) y civiles (1981) que propician una diversidad doctrinal al valorar el conjunto del sistema. Una instrucción registral de 1978 sustituyó el civil subsidiario por el civil facultativo. Observa la nota de ambigüedad derivada del ámbito parlamentario en que se desarrolla la reforma. En el Concordato se registra la continuidad con los precedentes de 1953 y 1958, pero el Estado no reconoce ahora la competencia exclusiva de la Iglesia en cuanto a sus matrimonios introduciendo un criterio mixto o alternativo. Un proyecto de Ley de 1980 reduce la autonomía del Canónico, oscurecido el sentido de los textos originales, añade requisitos estatales no previstos y complica en la práctica el mecanismo concordado. El matrimonio canónico queda sometido a las normas civiles de nulidad y disolución. El matrimonio indisoluble quedó calificado como inconstitucional. El legislador ordinario ha sobrepasado el acuerdo Iglesia y Estado, dando lugar a una serie de ambigüedades, imprecisiones y contradicciones. La Historia del Derecho trata de su patología.

Precisamente sobre “El derecho a contraer un matrimonio indisoluble” (1331-1347) nuestro AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, desde Pamplona, saludo al sabio condiscípulo, se refiere al fenómeno universal, a partir de 1965, registrado por el italiano BARBAGLI en 1990, del matrimonio como relación cada vez más frágil e inestable, manifestado en familias de hecho, disminución de la natalidad, aumento de ilegítimos, divorcios, nulidades, pero añade que junto a estos efectos de la secularización, *hay familias que permanecen fieles a los principios fundamentales de la institución*. La Ley civil, si la democracia respeta a las minorías étnicas, podría tutelar expresamente un matrimonio indisoluble de acuerdo con la opción de los contrayentes. Matrimonio facultativamente indisoluble. Única fórmula de reducir los efectos negativos del divorcio. Este régimen dual por vía concordataria se ha establecido en Portugal (1940 y 1975), República Dominicana (1954), Colombia (1973). En Italia ANDREOTTI se había pronunciado en 1971 por un doble estatuto: matrimonio civil disoluble y matrimonio católico indisoluble. Prescindiendo de razones confesionales, en Francia LEÓN y HENRI MAEAUD sostienen desde 1945 la opción civil por la indisolubilidad para todo matrimonio. Que la elección no pertenezca a la ley sino a los contrayentes. También sin resultados positivos se ha planteado en España y Argentina. El derecho de divorcio es un producto de la revolución francesa: Ley de 20 de septiembre de 1792, una conquista de la libertad. Ha desaparecido la libertad de comprometerse en una indisolubilidad que beneficia a los hijos y a la sociedad. La autonomía de los cónyuges debe ser reconocida y esto por razones de orden público. Régimen de desorden público.

El profesor y fiscal FERNANDO GARCÍA VICENTE se ocupa de “Algunos aspectos de los testigos en el testamento notarial”, *materia modificada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, en el régimen legal anterior. Entonces era preciso que el notario y dos testigos conocieran al testador y esto se presumía o se salvaba mediante testigos de conocimiento o bien se suplía por documentos. La impugnación era difícil. También lo era apreciar la capacidad del testador. ¿Qué es tener cabal juicio? ¿Cuánta capacidad? Una ojeada al derecho comparado revela que se trata de irresueltas cuestiones. Dos sistemas: francés y germánico. El autor apunta una posible reforma. Pre-

cisamente en Aragón había precedentes de 1370 y 1272, recogidos por MARIANO ALONSO LAMBÁN en esta Revista IV, 1955, 315; experiencia en la Compilación aragonesa (1985) y en otros derechos forales. LACRUZ había comentado la obra de BINDER. Discusión entre notarios. En esto se produce la ley general citada, que modifica una antigua tradición. Página viva de la historia especial del derecho civil, que debe registrar y registra la Historia General. El autor señala el acierto de suprimir testigos y defectos técnicos y lógicos propios del sistema de parcheo, que, sin embargo, tiene tanto sabor histórico, es decir, patológico. El caso puntúa a favor del derecho aragonés, sobre el cual ahora: *Homenaje a Lorente Sanz* por la Academia de Jurisprudencia y Legislación (Zaragoza, 1202), donde, por ejemplo nuestro JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, "Notas sobre la jurisprudencia en juristas del siglo XIX": ESCRICHE, FRANCO LÓPEZ y GUILLÉN CARABANTES (1841), MARIANO RIPOLLÉS y BARANDA, entre los que merecen figurar en una historia de juristas, antes superada que ni modestamente realizada en nuestra asignatura.

JULIO V. GAVIDIA, civilista en Cádiz, diserta extensamente sobre "El sistema italiano de cesión de créditos" (1395-1436); en otra sede lo ha hecho sobre el sistema francés; estamos en Europa, como dice mi doctor Antonio Pérez.

JACINTO GIL RODRÍGUEZ, civilista en el País Vasco, que tanto los necesita, con tanto riesgo, nos enriquece mediante un comentario al "Arbitraje institucionalizado y el nombramiento de árbitros en la Ley 36/1988" (1437-1466), procedente de una obra colectiva dirigida por nuestro BERCOVITZ. Al parecer, la reforma del arbitraje comercial por dicha Ley (y otros especiales en 1984 y 1987) es abismal respecto a la Ley derogada. Atento a la discusión parlamentaria y a reglamentos autonómicos y corporativos. No hay evolución sino acontecimientos; éste ha tenido su cronista en J. C. FERNÁNDEZ ROJAS y sus estudiosos en unas Jornadas, Zaragoza, 1989, Mariño editor.

"Oponibilidad de los contratos" (1467-1482) por ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA; principio que añadir al de relatividad consagrado en el artículo 1.257 del C.c., y que mereció la atención de LACRUZ, entre otros, pero que es justo y oportuno destacar aquí, y sus *Elementos de Derecho Civil*, 2.^a ed. Barcelona, 1987, una pincelada para el retrato literario.

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, catedrático en Valencia, "La forma en los contratos" (1483-1500), su noción, distinción entre forma del contrato y manifestación del consentimiento; la forma *ad solemnitatem* o *ad probationem* (por favor, no se pierda el mínimo latín); legal convencional y especiales; el proyecto (tan vigente) de 1851, y el texto "vigente", tan retocado por la cirugía estética, objeto aquí también de la oportuna crítica, reveladora una vez más de la necesaria historia especial, encomendada a los colegas civilistas por la VIª Semana de Historia del Derecho.

Civilista en la Distancia y vocal de la Codificación, CARLOS LASARTE, "Interés legal y fiscal del dinero" (1501-1515), se refiere a una erosión más del derecho producida por la legislación, no el derecho fiscal, Ley tributaria de 1985; una constante histórico-jurídica, cuya exposición de motivos pondera el autor. Más inconstitucionalidad como es propio de los gobiernos constitucionales y de la democracia progresiva.

Una propuesta de interpretación del "Artículo 1.321 del C.c." (1517-1525), sobre la herencia del ajuar, modificada su redacción por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio 1981 hace, desde Sevilla, JOSÉ R. LEÓN-CASTRO ALONSO, acorde con la realidad de nuestros días. La investigación remonta al proyecto de 1851, al derecho foral ara-

gonés y navarro, siguiendo alguna certera indicación de LACRUZ. Coincide con actuales direcciones doctrinales. Las circunstancias en que tuvo lugar la disolución serán determinantes.

J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ, titular de Civil en León, estudia la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, en cuanto a "Limitaciones del dominio privado en litoral español". Objetivo de la Ley fue desarrollar el artículo 132 de la Constitución de 1978. Se trata de excluir la apropiación privada de terrenos públicos. Lenta y corrosiva erosión ejercida en las esferas agraria, minera, forestal, sin que falte un precedente en Partidas y Ley de Aguas de 1866. A las tradicionales servidumbres se une la servidumbre o zona de protección, figura introducida en Francia, 1986, en seguimiento de una recomendación europea de 1973. Origen semejante tiene una servidumbre de tránsito de la nueva ley, que a su vez enlaza con una servidumbre de vigilancia litoral de aquella Ley de Aguas, que también había formulado otra, de salvamento, ya recogida en la Ley de Costas de 1969, que también introdujo el acceso público y gratuito al mar ahora consolidado.

Nuestro JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, notario y catedrático de Civil, reflexiona "Sobre las indemnizaciones por causa la muerte", en torno a una sentencia del TS: ¿el heredero o el perjudicado? La respuesta tiene consecuencias prácticas. La jurisprudencia considera que la indemnización no se incorpora a la herencia del difunto. El comentarista va más lejos: las consecuencias del suceso se producen en quienes dependían del fallecido. Se remonta el autor a jurisprudencia anterior y a doctrina francesa. La muerte no es resarcible. La jurisprudencia criminal ha girado en el mismo sentido. Un trágico accidente con once trabajadores muertos dio lugar a esta sentencia en casación, donde además de resolver en el sentido indicado, se apremió a los tribunales de instancia a desechar la inclinación a la comodidad de no concretar el extremo de la indemnización a los perjudicados.

ÁNGEL M. LÓPEZ y LÓPEZ entra resueltamente en el terreno de la historia especial al tratar "Sobre el origen y significado del artículo 388 del C.c." (1581-1594), ya en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989. Derecho del propietario a disfrutar de la tierra como de su casa o de otros bienes, proclamado por Calatrava en la sesión del 20 de abril de 1813. Antecedente primero el decreto de 8 junio de 1813 y sus vicisitudes hasta 1836, y una revisión de la discusión en el Cádiz de las Cortes, estrecha relación entre Constitución y Código, "convertido en desván de normas" (p. 1582). El Proyecto de 1851 recobra su vigencia. Lo que había sido obra de la burguesía revolucionaria vino a ser una base para la burguesía conservadora. La cuestión está pacificada en apariencia. No debe ser olvidado el libro de SALVADOR MOXÓ, *La disolución del régimen señorial en España* (1962). Estudio el de ÁNGEL LÓPEZ lleno de erudición y de incógnitas. Pura Historia General y obligado recuerdo a mi único profesor JOSÉ M.^a VILLAR en la Academia de don SALVADOR MELLADO y a la Novísima Recopilación de las Leyes de España VII,25.

El registrador de la propiedad JESÚS LÓPEZ MEDEL plantea problemas de su oficio a propósito de la "Cesión de inmuebles por un tercero en pago de deudas" (1595-1604). El alumno de LACRUZ y de FRANCISCO SANCHO REBULLIDA del 5.º curso en Zaragoza 1948-49, dio el juicio que ha confirmado este homenaje (EUGENIO D'ORS). MARIANO ALONSO LAMBÁN. La estancia estudiantina y matrimonio de LACRUZ en Daroca. Su lucha con el ministro de Justicia para evitar una cárcel en la ciudad medieval y eucarística; establecimiento insano dentro y fuera. Ponentes el autor y LACRUZ ("mago del derecho civil, IIº Castán") de la compilación de 1967. Una crisis del

registro y la hipoteca en 1978, de la que debe quedar memoria. En ese pago hay problemas de adecuación e identificación, y el autor establece seis conclusiones.

El administrativista SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO (cuya muerte lamentamos) disertó magistralmente sobre "Competencias constitucionales (es decir, centrales) y autonómicas en materia de aguas" (1605-1659) según la Constitución y los Estatutos, el gran tema para el siglo que empieza en España, ella misma un conflicto entre partes. Capítulo de historia política y jurídica, del que nos encontramos al principio. Otro MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, senador en el debate parlamentario. La Ley de Aguas de 1985. La aportación de los Estatutos. Transferencias, recursos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional; la sentencia 227/1988. El fallido intento de la LOAPA, o los ingenieros en la corte del Rey jurídico. Pedía el autor que la realidad se enfrentase serenamente. Confiamos en que él lo ha conseguido.

MIGUEL MASSOT MIGUEL, "La responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante según el artículo 3.4 de la Compilación de Baleares" (1661-1693). En la salubre regionalización de la asignatura, que la libera del nacionalismo liberal e historicista del XIX, Baleares emerge con propia entidad, no liberándose de Madrid sino de Barcelona (cfr. ROMÁN PIÑA HOMS, *El derecho histórico del reino de Mallorca*, 1993). La separación de bienes es la estrella del derecho civil balear. Incluso lo preservaron dos jurisconsultos del país, MANUEL GUASP y JOSÉ SOCIAS, que en 1903 se inclinaban a la unificación peninsular. El efecto adelantado de esta figura tradicional fue la independencia de la mujer. Se ve que don ANTONIO MAURA, aunque se le debe un libro meritorio (añadir CJE p. 50) para el derecho de su patria, le probó el viento de Castilla. Por lo demás, las islas lo son asimismo en la continuidad más pura del derecho romano, sin "elemento gótico", que impregnó a Cataluña lo mismo que a Castilla. El virus centralista no deja de afectar a Baleares. Formentera tiene su fuero propio. Por lo demás, el entusiasmo es elemento esencial de la Historia y del Derecho, deslindados por el decano BRUNO AGUILERA. La posibilidad de fraudes es otra ventaja porque los hay que obedecen a la justicia.

DIEGO DE COVARRUBIAS LEYVA es uno de tantos autores famosos que están necesitados de lectura (CJE p. 13). No le obsta que esta lectura verse del enigma "Cábida de bienes en el derecho intermedio" (1695-1718). El fecundo y legítimo diletantismo del Dr. MANUEL MEDINA DE LEMUS nos ha proporcionado una pieza valiosa del derecho especial, y es grato confirmar que el maestro LACRUZ estimulaba toda clase de estudios, de los que se ha beneficiado nuestra asignatura: la Historia General del Derecho. Aquí la mejor semblanza del catedrático LACRUZ. De una tesis doctoral frustrada, en torno al tópico "cuerpo entero" o "según medida", deduce un COVARRUBIAS dogmático a partir del Digesto, Código y Decretales, sobre casos concretos, con un sentido práctico y además muy actual. Instancias hoy poco utilizadas pero caudal inagotable de salidas jurídicas. No sólo para la compraventa. COVARRUBIAS en el concierto del derecho intermedio, todos vivos. Doctor MEDINA DE LEMUS.

El abogado del Estado y doctor VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN en "Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal" (1719-1745), revela otra erosión del derecho privado por causa de una legislación administrativa (16/1985, 29 junio, al Patrimonio histórico español; 4/1989, 27 de marzo, Conservación de Espacios Naturales, Flora y Fauna; 8/1990, 21 julio), que utiliza los resortes del tanteo y retracto, antes en favor de los particulares, ahora instrumento de nacionalización de la propiedad. A fondo en el tema. Lo nuevo y característico es que las comunidades autónomas usan de su competencia para avanzar en el mismo sentido. Su conclusión,

valiosa, tratándose de un abogado del Estado, esos nuevos privilegios de la Administración son anacrónicos y de dudosa justificación. LACRUZ, en consonancia con el Vaticano II, también previó que la propiedad privada es garantía de la libertad humana y del orden social. ADAM SMITH advierte desde 1776 que las tierras públicas privatizadas mejoran y son mejor cultivadas.

“Colación e inoficiosidad de donaciones en el derecho aragonés” (1747-1771), por el notario doctor JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ, comienza por señalar la confusión tradicional sobre estas figuras a partir del artículo 818 del C.c., supletorio de la Compilación aragonesa. VALLET DE GOYTISOLO: colacionables significa computables. Para LACRUZ el cálculo de la legítima fingía la reunión de *donatum* y *relictum*. En Aragón *non habent de foro collationem bonorum*. Fuero de Jaca 1187: libertad de testar; JOSÉ M.^a CABALLERO DE SIERRA, 1951. El largo camino desde el Apéndice de 1925 a la Compilación de 1967. El reflejo de la práctica cotidiana en los despachos profesionales. Independencia del derecho privado aragonés que debe reafirmarse cada vez que el C.c. sufre otro retoque, 1981. Invitación a las Cortes de Aragón a que se adelanten.

Miembro de la Asociación de Notarios Joaquín Costa, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, sobre “El derecho de consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios” (1773-1787), sostiene que la seguridad del tráfico y el peligro de la usura habían determinado la necesidad de la escritura pública en el ramo de hipotecas y transmisiones inmobiliarias. Cuando en los años del desarrollo la contratación entre particulares cede lugar a la dominada por las empresas se acentúa la exigencia de la función notarial tradicional defensora de la familia y la propiedad. Aunque el margen de su eficacia no sea espectacular, favorece de hecho el equilibrio contractual amenazado. El derecho de libre elección de notario no está suficientemente protegido por el Decreto de 1989, defensa de consumidores y usuarios, y en relación con alteraciones del régimen bancario. El Notariado, en íntima y vivaz relación con la realidad, alerta sobre lo necesario de una ordenación legal, frente a la mercantilización de un tráfico antes civil y la desigualdad entre las partes, que exige una protección pública de la libertad de los particulares.

El catedrático de Civil JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, “Derecho de acrecer y mejora” (1789-1810). Considera que la sentencia del TS de 26 de diciembre de 1989 reabre la vieja polémica sobre el derecho de acrecer entre amejorados y se opone a la doctrina mayoritaria (que GOETHE tenía como lo más repugnante, Máxima 604) y asimismo contra dicha sentencia, fundado en distinciones, lo clásico, frente a confusiones, lo vulgar. A un lado MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, MAURA, VALVERDE, CASTÁN, FUENMAYOR CHAMPÍN, DE BUEN, frente a MUCIUS SCAEVOLA y DE DIEGO y un solitario VILLARES PICÓ; por último nuestro PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS; el notario GONZÁLEZ PALOMINO, el navarro GARCÍA GRANERO, ALBALADEJO. El autor se remonta al proyecto de 1836 y al Código chileno ensalzado por ALONSO MARTÍNEZ. De BARTOLO y ANTONIO GÓMEZ (1579) difiere un VON LÜBTOW en su *Erbrecht*, Berlín, 1971. Los diversos sentidos del término “mejora” llevan a recordar que HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, corrigiendo en 1946 a GONZÁLEZ PALOMINO, distinguió entre mejora y tercio de mejora, y el autor media entre ambos.

El catedrático y autor de un *Derecho Civil español*, 1977, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, añade “Notas para una revisión de la llamada función social de la propiedad” (1811-1824), idea que se ha expandido y expansionado en el siglo XX y contaminado la dogmática del mismo derecho de propiedad, e ido demasiado lejos. La legislación

impulsada por la Constitución de 1978 ha rebasado los límites y afectado al contenido de ese derecho. El autor es consciente de su propia evolución en este asunto. La iniciativa privada y la libertad están en peligro. El artículo 33 de la Constitución de 1978, menos expresivo que el principio X de los fundamentales del régimen anterior, era más tranquilizador que el 44 de 1931. Cede el optimismo del autor en 1984-1986, tras la confiscación de Rumasa en 1983 y la legislación general y la reforma agraria en Extremadura y Andalucía, ésta confirmada por el Constitucional. Utilidad social e individual se integran en el concepto mismo de propiedad. La mejora forzosa de fincas se convierte en un pretexto para la expropiación. Costará mucho hacer que las aguas vuelvan a su cauce. Se ha recibido acriticamente una doctrina italiana que ha perdido pie. Por otra parte, la misma idea de función social se desarrolla con deficiencias técnicas y sistemáticas; se aprecian comparadas con lo ocurrido en Alemania. Un retorno a la tradición jurídica, bien recogida en el artículo 348.1 del C.c., que mejoró el 544 del de Napoleón, que procedía de BARTOLO y continuó el egregio POTHIER, ilustre provinciano, último de los viejos juristas para el que PABLO GROSSI pide un paraíso. DE LOS MOZOS remite al análisis histórico del 544 por GROSSI y por su parte llama la atención sobre un ilustre poitevino marqués de VAREILLES-SOMMIERES, que ya advirtió los límites naturales de la propiedad.

FERNANDO PANTALEÓN, ya mencionado en esta reseña, catedrático en la Universidad Carlos III de Madrid, sobre la "Reversión legal de donaciones e impuesto de sucesiones" (1825-1853), se eleva sobre un caso de sucesión hereditaria y derecho tributario, objeto de una resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 1989, con un dictamen en favor del recurrente y crítico de la argumentación utilizada por dicho tribunal, con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia de Francia en continuidad evolutiva con el antiguo Parlamento de París, recogida en la literatura civilística, objeto de un detallado análisis, e indirectamente un panorama actual de la española. La reversión legal de donaciones no está sujeta al impuesto regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, otro frente en la lucha por el derecho civil.

"Algunas reflexiones en torno a los denominados derechos morales de divulgación e integridad de la obra" (1855-1864). La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 ha reformado la de 10 de enero de 1879 en el sentido de diferenciar el derecho moral de los autores y el derecho de explotación de la obra, pero LACRUZ ya advirtió que se trata de un derecho unitario y proteico, y paralelamente nuestro ANDRÉS OLLERO TASSARA, filósofo en escaño, que la indemnización por el daño moral tiene un carácter subordinado de agravante. LACRUZ consideraba que la plena disposición de los creadores encuentra la dificultad de que esos pretendidos derechos son por sí mismos indisponibles. La innovación moralista ha sido tratada amplia y pluralmente en los *Comentarios* coordinados por BERCOVITZ, Tecnos, 1989. NAZARETH PÉREZ DE CASTRO, aguda, profundiza en dos aspectos: el derecho de divulgación o derecho a lo inédito, difícil de concretar en obras de colaboración y en producciones audiovisuales, y en el derecho a la integridad de la obra, por virtud del cual cada creador genial o más o menos grande hubiera detenido la historia intelectual y artística de la humanidad. El derecho fundamental del autor es la gloria. Ya RAMOS DEL MANZANO declaró que los bienes académicos son comunes. No digamos los bienes creados por el genio.

Revindica, no reivindica doña TERESA PUENTE MUÑOZ el "Estudio sobre la obligación jurídica" (1865-1880) y llama la atención sobre el aspecto económico radical de las obligaciones y contratos en dos direcciones: la adaptación de su régimen a las

circunstancias de dicha índole y dos fuentes de integración del contrato, la ley y la voluntad de los sujetos, en continuidad con la obra de dos maestros: STÉFANO RODO-TÁ y MOHAMÉ EL-GAMMAL, movida por el noble empeño de que una vez más España no llegue tarde; según el autor que seguimos llega pronto y aún se precipita. Con el pretexto de la libertad los grandes poderes del siglo XIX abusaron de los débiles: trabajadores y consumidores. No es extraña la crisis contractual. Las experiencias en Francia y en Italia revelan que el resorte para mantener la justicia reside en la equidad.

Eco de unas oposiciones a agregado en 1980, de cuyo tribunal fue presidente LACRUZ BERDEJO, es la disertación sobre "Matrimonio aparente, matrimonio putativo y buena fe matrimonial en el artículo 79 del C.c." (1881-1894), por ANTONIO RE-VERTE NAVARRO, que no olvida a su maestro ROCA JUAN. Ese artículo 79, con la reforma de la tantas veces citada en esta asamblea de juristas finiseculares Ley 7 de julio de 1981, ha sustituido al 69 y ha variado su encuadramiento sistemático. En nota se precisa la noción de matrimonio putativo y su origen oscuro en Romano y Canónico, mientras el autor atribuye a MANUEL GONZÁLEZ TÉLLEZ, en su *Commentaria perpetua in decretalia*, s.l. s.f., una teoría general, apoyado en la buena fe, la equidad y la justicia, cuando el gran número de impedimentos, la extensión del parentesco y la falta de registros facilitaba la frecuencia de nulidades, escándalo de fieles indoctos que la confunden con la anulación. Ya PEDRO LOMBARDO había fijado en sus *Sentencias* dos requisitos: la buena fe y la celebración *in facie* o *coram Ecclesia*. A MOSTAZA Y SALAZAR se debe un *Nuevo Derecho Canónico*, Madrid, 1983. ACCURSIO y BARTOLO habían limitado los efectos a los hijos; HUGO DE PISA lo extendió al cónyuge de buena fe, dato del que ha prescindido el *Landrecht* prusiano de 1794. LACRUZ y colaboradores habían excluido el contraído de mala fe por ambos cónyuges, mientras que JORDANO el C.c. había destituido la buena fe como requisito autónomo. El Tribunal Supremo ha confirmado en 1984 que lo es, aunque sea como *obiter dicta*. Esta es la posición que mantiene REVERTE NAVARRO con sólidos argumentos. Rosa de Oro para doña Concha Márquez Piquer.

Catedrático de Civil en Barcelona, ENCARNA ROCA TRÍAS propone una "Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona" (1895-1912). Una sentencia del Constitucional, 56/1990, atribuye al Supremo la competencia en un recurso de casación fundado en infracción de un precepto constitucional, por la necesidad de una interpretación unitaria en lo que puede considerarse como derecho civil o "privado constitucional", función exigida. La autora reconduce la cuestión a las nociones de persona y personalidad, su adquisición y pérdida, capacidad de obrar, conforme a la doctrina clásica y modernas fórmulas que pueden llevar a anular los derechos fundamentales de las personas. Es posible el reconocimiento de una capacidad natural anterior a la mayoría de edad y la actuación eficaz de los menores, como reconoció el antiguo derecho a los de siete años. Por último, mantener la teoría tradicional de los estados civiles significa olvidar el artículo 10 de la Constitución de 1978 y lesionar gravemente el principio de igualdad que consagra.

"El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional" (1913-1946), es objeto de una densa exposición por el catedrático de Civil en Madrid CARLOS ROGER VIDE, que habiendo publicado en Bolonia, 1985, una monografía sobre dichos derechos de la personalidad y dichas libertades, donde sostuvo que en el caso de colisión privan los derechos priva-

dos sobre las libertades, encuentra que la doctrina sigue manteniendo divergencias personificadas en RODRIGO BERCOVITZ y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, aborda una argumentación fundada en el análisis de las respectivas jurisprudencias, registrados los magistrados ponentes, veintiséis sentencias del Supremo y dieciocho del Constitucional, con un intento de construcción dogmática, previa una definición de los repetidos derechos y libertades y la conceptualización de unos y otras, su naturaleza y sus limitaciones. Hay varias tensiones: libertad / honor; libertad / intimidad; libertad / imagen. Con el alcance de las “últimas noticias” de ambas procedencias, donde brillan algunos votos particulares, la selecta voz de la minoría, el autor reconoce que las cosas marchan en sentido contrario a su convencimiento e incluso al itinerario que había creído identificar en la anterior jurisprudencia del Constitucional. El conflicto es inherente al arte del derecho. Y, naturalmente, el debate continúa y el autor preconiza atenerse a la presente realidad social española, no aplicar automáticamente doctrinas imperantes en otras sociedades. Lo cierto es que el Constitucional se ha erigido en Penal. Pero la Historia del Derecho es esencialmente una historia clínica: de su patología.

La misma Ley orgánica de protección al honor, intimidad y propia imagen lleva al catedrático en Cantabria LUIS ROJO AJURIA a estudiar la “Libertad de expresión y el derecho civil” (1947-1971). Otro recuerdo de las oposiciones que presidió LACRUZ. He aquí un doctorando que dudaba entre las garantías inmobiliarias y el *leasing* (vean el diccionario). LACRUZ BERDEJO opinaba que este era un tema político; el alumno reaccionó en contra; y ahora le dedica en homenaje su rebeldía. Le interesaba el *leasing*. Donde quiera que esté, LACRUZ BERDEJO le bendice. Que haya una jurisprudencia contradictoria entre el Supremo y el Constitucional hace más interesante la cuestión. Frente a la historia, muerte, la Vida. Present History Law. ¿Contradicción? Función exigida. El autor ha tratado ya de la intimidad y el honor; ahora se ocupa de esa libertad de expresión, de la que presenciamos el libertinaje. Pero no deseamos franquear la frontera de la Moral. Lo nuestro es el Derecho (Stammler). Para la historia general basta; en ella ocupa un lugar LUIS ROJO AJURIA. Y también la guerra, no fría, latente y activa entre el Supremo y el Constitucional. Por lo que respecta a la Facultad de Derecho, se trataba asimismo en una distinción entre dos cotidianos: *El País* y *Diario 16*. Se escribe esta reseña cuando nuestra ministro educativo Pilar del Castillo señala la necesidad de que en la Universidad se lea la prensa (*El Mundo* 25,II,03, *Campus*). En ello estamos. Pero no, naturalmente, para vender más periódicos, sino para leerlos... en Cátedra.

“Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria” (1973-1989) por la titular ELSA SABATER BAYLE. Portugal y Suiza dan un tratamiento unitario y forman una figura propia; Francia, Italia y España, en la tradición de las Partidas, han optado por la pluralidad. SANCHO REBULLIDA y VIÑAS MEY se singularizan en favor de construir la figura, pero, naturalmente, estos y la multitud de autores involucrados divergen entre sí hasta el infinito. Sintomático es que el Fuero Nuevo de Navarra (ÁLVARO D'ORS) y la Compilación catalana se inclinan a la figura unitaria. La autora, igualmente. El Derecho es así; no hay verdad jurídica; sino cuestiones entre partes. El jurista vacila hasta que tiene un cliente; entonces se decide o se despidе.

Nos obsequia(n) PABLO SALVADOR y CODERCH GRETEL (¿uno o dos autores?), de la Pompeu Fabra, Barcelona, con una conferencia (¿concelebrada?) en Caracas, a invitación del Congreso de la República, acontecimiento, una asamblea política convertida en discente; un parlamento oyente; la historia da sorpresas, y esta lo es

de presente. Le(s) ha parecido oportuno utilizar el modelo de la madre patria: “La legislación en España: técnica y procedimiento” (1991-2009). Curioso el esquema comparativo entre ambos Estados (ninguno igual a otro en este vasto mundo), pero más todavía la desenvoltura con que borran por un golpe de cátedra cuarenta y tres años de la historia constitucional de este país, blanco preferente el Estatuto de Bayona y las Leyes Fundamentales, es decir, los mal llamados años). Con estas salvedades exponen el sistema legislativo actual. ANDRÉ MAUROIS le (los) definiría politécnico (s). Admirablemente definido el bicameralismo español como atenuado, producto del compromiso entre adversarios declarados, o latentes. Con toda claridad se expone el triunfo de la compatibilidad proclamada en el *ABC* del 19 de febrero de 1931, cuyo autor no es política ni académicamente correcto mencionar.

El catedrático IGNACIO SERRANO GARCÍA expone sus “Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el C.c. por (la) Ley 21/1987 (arts. 172, 222, 239)” (2011-2024). Desamparo distinto de abandono. Si como dice ÁLVARO D’ORS, la Historia del Derecho consiste esencialmente en las alteraciones que sufren los textos jurídicos, y esto con el objeto, que definió GALO SÁNCHEZ, de mostrar cómo nuestro derecho ha llegado a ser lo que es, de los romanistas deben tomar los civilistas el método de las interpolaciones, y el estado del Código Civil español, o el derecho civil en lo que queda de España es en términos administrativos literalmente de ruina y al mismo tiempo de reconstrucción, con atención igual al derecho todavía llamado común y el foral (CASTÁN) que ha recuperado su territorio y presencia el feliz nacimiento de nuevas regiones forales como Andalucía aún bajo la férula del centralismo sevillano, mientras el reino de Jaén, el de Granada y la república de Córdoba luchan por su autonomía, y avanzamos hacia la monarquía federal. LACRUZ aún confiaba (sus *Elementos*, Ed. Luna Serrano, 1990, p. 246) en que el derecho civil se mantendría frente a la Administración, que posiblemente siga cada una los derroteros que le marque la democracia, es decir, el sistema electoral.

“La tácita reconducción en la nueva Ley (83/1980, 31 diciembre) de Arrendamientos Rústicos” (2025-2047) por la catedrático en Valladolid TEODORA F. TORRES GARCÍA trata la novedad introducida por la Ley 83/1980, de 31 de diciembre que, sin embargo, corresponde a las Leyes II,17,8 del Fuero Real, Partidas V,8,20 y 8 de junio de 1813 sobre “libertad en los precios de los jornales y los arrendamientos de todas clases”, restablecida por el RD de seis septiembre 1836, el Alcubilla II, 85, 1914 y *Concordancias* de GARCÍA GOYENA; una recta línea histórica. La jurisprudencia del TS la dio por fenecida entre 1941 a 1985. La nómina de los magistrados ponentes y también la de los que en 1988 y 1990 han aplicado la mencionada ley, que tiene presupuestos necesarios para su eficacia, tanto en los arrendamientos ordinarios como en los tácitos y de larga duración; LACRUZ en sus *Elementos*, 1979, expuso la duración desde 1935 a 1959. La duración contempla situaciones transitorias; y hay unos arrendamientos históricos: los anteriores a aquella Ley de 1935, con prórroga legal. El arrendamiento es una forma de acceso a la propiedad.

ETELVINA VALLADARES RASCÓN, catedrática en León, expone “La reducción de la renta como sanción al incumplimiento de los deberes fiscales: el art. 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos” de 1956 (2049-2075), que otorga esa facultad al arrendatario contra el arrendador. Reducción a la cuantía declarada al Fisco. Frente a la doctrina que supone derogado ese precepto por la reforma tributaria de 1964, ella sostiene sola que puede plantearse su vigencia actual. El artículo 103 no ha sido derogado, y en su consecuencia procede examinar los requisitos generales, los de la decla-

ración fuera de plazo, la cuantía, los plazos, la renunciabilidad, los terceros, la impugnación del precio, con motivo de la cual entra en la Historia del Derecho el magistrado del TS don ANTONIO PERAL, ponente en 1963.

De esa enfiada fecha pasamos a la más reciente actualidad con “Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido *in vitro*” (2077-2105) por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, en la Universidad de Valencia. LACRUZ BERDEJO, presidente del comité científico del Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia, en Cáceres, 1987, había considerado “la perspectiva de las consecuencias que puede acarrear en el futuro la producción industrial de seres humanos imprevisible y desde luego aterradora”. En su informe de 1989 a la comisión especial del Congreso de los Diputados sobre la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, había declarado que la experimentación con embriones en caso de permitirse debía ser muy estricta con límites taxativos y garantías de que no serían traspasados. Ya en 1983 LACRUZ había defendido al concebido en sus reflexiones de civilista sobre “Aborto, persona y vida”. Las nuevas prácticas genéticas desde 1978 habían impulsado al autor a reclamar el tratamiento jurídico de la filiación afectada, y a criticar las proposiciones de Ley que dieron lugar a la 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida, y 42/1988, sobre utilización de embriones y fetos. La discusión, no el debate, en el parlamento y la posible inconstitucionalidad. Las leyes protectoras de 1990 en Gran Bretaña y en Alemania; el anteproyecto francés de 1988 sobre las ciencias de la vida y los derechos del hombre más el nuevo Código de la Salud Pública. Permisividad británica y restricción alemana, danesa y noruega, más la de Estados Unidos y Australia en contraste con la débil posición de la Convención europea, acentuada en 1990 por la Asamblea parlamentaria de su Consejo. La falta de un consenso impone una elevada reflexión desde un triple enfoque científico, ético y jurídico. Añadía interrogantes el hecho de que todavía estaba abierta la fase experimental. VIDAL confiaba plenamente en el artículo 10.1 de la Constitución. Demasiada confianza en esa dudosa dama.

Al término de una larga reseña en la que he abusado de la hospitalidad de esta querida *Revista*, recuerdo al profesor JOHANNES VINCKE, en Friburgo de Brisgovia, agradecido a una publicación de su patria que admitía reseñas bibliográficas de cualquier extensión. Se trata de 2.100 páginas, que no tras una detenida lectura sino una rápida ojeada, ofrece en estas veinte a los lectores, en general profesionales atareados, formarse una idea de tan vasta colaboración y localizar alguna pieza que puede interesarles particularmente. Por mi parte, quería además de corresponder al obsequio de los dos volúmenes por mi antiguo alumno y hoy eminente catedrático de Derecho Civil ÁLVAREZ VIGARAY, formarme una idea del estado del Derecho en el final de siglo que encierra la semillas de este XXI en el que nos hallamos. Lo cumple principalmente este homenaje por lo que se refiere al Derecho Civil. Colaboradores principalmente aragoneses pero también de Cataluña, Valencia, Baleares, Galicia, ambas Castillas con Madrid y Cantabria, País Vasco con Navarra, Sevilla, Granada y Jaén, con una sorprendente unidad de tono y de estilo. Sólo he echado de menos una nómina con la edad de esos noventa y tres autores, de los cuales quince mujeres, proporción con tendencia a aumentar, principalmente docentes en dos grados, la cátedra asentada y titulares, jueces y magistrados, notarios, registradores, algún abogado, contemporáneos pero no coetáneos, colocados en orden cronológico nos darían una visión real más real del momento que el alfabético adoptado. El Derecho Civil en

todas sus secciones es el más afectado por la Constitución de 1978 y la legislación subsiguiente injertada no sin cierta violencia en el cuerpo del Código secular. No tanto el contenido sustantivo de estas páginas, que no puedo enjuiciar y muchas veces ni entender, sino registrar la constancia de la historia de juristas y de una parte de su obra, simbólica expresión de un tiempo. Un índice de nombres hubiera sido excesivo esperar, en torno al personaje central, del que seguramente hay ya un retrato literario, aquí se encuentran algunos trazos característicos y los documentos de su positiva influencia. En cambio, un índice tópico sumamente complejo y completo ofrece una visión sintética del vasto contenido.

Rafael Gibert

*Catedrático de Historia del Derecho
Noemérito de la Nocomplutense*