

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2005



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 53, enero-marzo 2005

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. 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

ESTUDIOS DOCTRINALES

Pág.

ACEBES CORNEJO, Raúl: "Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión <i>mortis causa</i> "	9
ALONSO HERREROS, Diego: "Reflexiones sobre el derecho de información del paciente, instrucciones previas e historia clínica, en la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre"	95
ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: "El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad"	113
FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, Ramón J.: "La contratación en las nuevas tecnologías y sus conexiones con la jurisprudencia romana clásica"	161
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "La desheredación y la exclusión"	181
LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: "Aplicación por el notario de la equidad"	191

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 2/2004, de 27 de diciembre) y la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y de Función Pública de las Illes Balears (Ley 8/2004, de 23 de octubre)"	233
---	-----

PRÁCTICA NOTARIAL

POU AMPUERO, Felipe: “Segunda convocatoria en SL”	261
---	-----

JURISPRUDENCIA

Dirección General de los Registros y del Notariado

CABANAS TREJO, Ricardo: “Sobre la Resolución de la DGRN en el caso «Fomento de Construcciones y Contratas». Un paso firme en la buena dirección”	271
--	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

GOMA SALCEDO, José Enrique: “Tratado de Derecho Civil”, tomo I, Personas y Reales, Editorial Bosch, 2004. Por Jesús Marina Martínez-Pardo	319
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Manuales de metodología jurídica”, cuatro volúmenes, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004. Por J. Javier Nagore Yárnoz	321

LAS OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER EN LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

RAÚL ACEBES CORNEJO

*Abogado
Doctor en Derecho*

SUMARIO: § 1. LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE DEUDAS. 1. Transmisión *mortis causa* de deudas. 2. Fundamento. 3. La protección de los acreedores. 4. La protección del causante. § 2. LA TEORÍA DE LA *UNIVERSITAS* HEREDITARIA. 5. La herencia como complejo unificado. 6. *Universitas* hereditaria y transmisión *mortis causa* de deudas. 7. Origen espúreo. 8. Interpolaciones justinianeas. § 3. LA TESIS DE LA SUCESIÓN POLÍTICA EN EL DERECHO ROMANO. 9. *Successio mortis causa*. 10. Responsabilidad *ultra vires*. 11. Aspectos positivos de la tesis. 12. Aspectos negativos. 13. Excepciones a transmisibilidad *mortis causa* de deudas. 14. Intransmisibilidad de las *stipulationes in faciendo*. 15. La *mentio heredis*. 16. Inaplicación de la tesis en el Derecho moderno. § 4. LA DOCTRINA DE LA “CONTINUACIÓN DE LA PERSONALIDAD”. 17. El sucesor como deudor “continuador” del causante. 18. Sucesor no liquidador. 19. Imposibilidad de la tesis. § 5. LA TESIS DE LA “SOLIDARIDAD FAMILIAR”. 20. La “solidaridad familiar”. 21. Solidaridad y soberanía. 22. El deber *ultra vires*. 23. El sucesor como deudor personal. 24. Las herencias solventes. 25. El beneficio de inventario. 26.

“Solidaridad” familiar y “continuación” de la personalidad. § 6. EL SUCESOR COMO DEUDOR “PERSONAL”. 27. El sucesor como deudor “personal”. 28. La doctrina italiana. 29. La tesis de ZACCARIA. 30. La doctrina española. 31. Referencia a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. 32. Cumplimiento personal e *in natura*. 33. Deudor “personal” y principio de “continuación”. § 7. EL SUCESOR COMO LIQUIDADOR. 34. Tesis subjetivistas. 35. Crítica general. 36. Obligaciones *intuitu personae*. 37. Sucesión en los bienes y derechos. 38. Protección de los acreedores del causante. 39. La STS de 26 de febrero de 2001. 40. Dignidad y libertad del sucesor. 41. Tesis dogmáticas. 42. Los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, CC. 43. La idea de identidad. 44. Los artículos 1.003 y 1.023, 1.º CC. 45. Estatuto liquidatorio. 46. El artículo 1.084 CC. 47. *Lex specialis*. 48. Aceptación pura y simple. 49. Beneficio de inventario. 50. Derechos civiles autonómicos. 51. Argumentos adicionales. 52. Institutos de separación de bienes y preferencias de pago. 53. Responsabilidad mancomunada. 54. Yacencia hereditaria. 55. Administración de herencia. Sucesión del Estado. § 8. DERECHO COMPARADO. 56. Idea general. 57. Los Códigos francés e italiano. 58. El Código portugués. 59. El *BGB*. 60. Los Códigos latinoamericanos. 61. El Derecho anglosajón. § 9. LIQUIDACIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER. 62. Regla general: liquidación en dinero. 63. Compensación de créditos. 64. Contrato de obra. 65. Contratos públicos. 66. Sociedades personalistas. 67. Excepciones.

§ 1. La transmisión *mortis causa* de deudas

1. Transmisión *mortis causa* de deudas.

La transmisión *mortis causa* de deudas está admitida en Derecho (1). La muerte del causante no extingue sus deudas. Sin embargo, cuando se

(1) El CC español es uno de los más concretos (arts. 659, 661, 1.257, párr. 1.º; este último precepto completa al concordante art. 977, párr. 1.º, del proyecto de 1851, que sólo se declaraba el principio de relatividad contractual). Por su parte, el artículo 1, párrafo 1.º (inciso segundo) del Código de Sucesiones catalán se expresa en términos equivalentes a los del artículo 659 del CC.

El artículo 977 del proyecto de 1851 se inspiró en el artículo 1.122 del CC francés; dicho Código presupone el traspaso de las obligaciones en sus artículos 870 (responsabilidad mancomunada de los coherederos), 877 (ejecutabilidad en el heredero) y 873, 1.009 y 1.012 (respon-

trata esta materia existe una tendencia automática a pensar en deudas de dar y, preferentemente, en deudas de dinero. Así, Ley, doctrina y jurisprudencia hablan sistemáticamente de un sucesor que responde de las deudas del causante y de un sucesor que responde hasta donde alcancen sus “bienes” o, en el caso del beneficio de inventario, hasta donde alcancen los “bienes” herencia. Este esquema encaja perfectamente para las obligaciones de dar y, especialmente, para las obligaciones dinerarias. Pero, ¿qué ocurre, entonces, con las obligaciones que no consistan en un *dare*, sino en un *facere* o un *non facere*? ¿Cómo afectan al sucesor este tipo de obligaciones? ¿Ha de cumplirlas *in natura*? o, por el contrario, ¿sólo tiene el deber de “liquidarlas” hasta donde alcancen sus “bienes” o, en el caso del beneficio de inventario, hasta donde alcancen los “bienes” de la herencia?

Para contestar a esta pregunta hay que remontarse hasta el principio mismo de la cuestión y empezar investigando el fundamento en el que se apoya la transmisión *mortis causa* de deudas.

2. Fundamento.

En materia de transmisión *inter vivos* no se plantea cuestión en cuanto a su fundamento. Entre personas vivas, la transmisión de bienes, derechos y también de deudas, depende en última instancia de lo que su voluntad disponga. Reconocida esta voluntad por el Derecho como fuente de vínculos jurídicos, la transmisión por actos *inter vivos* de bienes, de derechos y de deudas tiene su fundamento último en la voluntad de las personas que convienen en la transmisión.

En la transmisión *mortis causa* de deudas, por el contrario, no existe ningún acuerdo de voluntades entre causante, acreedor y sucesor. Fallecido el causante, sus deudas van a ser asumidas por quien acepte convertirse en sucesor. Y si no aparece ninguno, será el Estado quien asuma en última instancia las deudas del causante. Pero el acreedor queda siempre al margen; él tendrá que conformarse con la persona que se convierta en sucesor, sea un sucesor ordinario o lo sea el Estado. Así pues, la transmi-

sibilidad *ultra vires*). El CC portugués establece el traspaso global por un criterio de excepción (art. 2.025,1: “Nao constituem objecto de sucessao as relações jurídicas que devam extinguirse por morte do respectivo titular, em razao da sua natureza ou por força da lei”).

Con una perspectiva distinta, el Código alemán no explicita el principio de transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones (§ 1.922, párr. 1.º: “Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über”—con la muerte de una persona va su patrimonio como un todo a una o varias personas—); pero lo da por supuesto cuando, con carácter general, declara al heredero responsable por las deudas de la herencia (§ 1.967, párr. 1.º). En la misma línea se mueve el CC italiano (arts. 588, 490, 512, 752).

sión *mortis causa* de las deudas del causante no depende de un acuerdo de voluntades, como en la transmisión *inter vivos* de deudas. No sólo eso, porque la transmisión *mortis causa* de deudas no depende ni siquiera, en sentido estricto, de la voluntad de quien se convierta en sucesor, puesto que el Estado sucede forzosamente en última instancia.

La transmisión *mortis causa* de deudas se presenta, por tanto, como un hecho necesario que acontece tras la muerte del causante. No es en absoluto un negocio jurídico basado en la autonomía de la voluntad, como la transmisión *inter vivos* de deudas, sino un simple hecho jurídico cuyas consecuencias jurídicas están establecidas por la Ley. No es, pues, la autonomía de la voluntad la que rige la transmisión *mortis causa* de deudas. Es la Ley quien impone directamente la transmisión como efecto indisolublemente ligado a la muerte del causante.

Ahora bien, si es indiscutible que la transmisión *mortis causa* de deudas tiene su origen en la Ley, lo que hay que investigar son los argumentos en que se apoya para establecer dicha transmisión. En la sociedad actual, al menos en la de influencia occidental, parece, en principio, que la transmisión *mortis causa* de deudas, como fenómeno que acompaña necesariamente a la muerte de una persona, no necesita de grandes explicaciones; se acepta comúnmente que las deudas del fallecido se traspasan a los sucesores. Esto puede parecer bastante evidente. Ahora bien, la cuestión es por qué parece tan evidente. Por imperio de la Ley, las deudas del causante se transmiten a los sucesores. Pero, ¿exactamente por qué se transmiten?

3. La protección de los acreedores.

En principio, la respuesta podría parecer sencilla. Así, cabría pensar, simple y llanamente, que las deudas se transmiten con el fin de no perjudicar a los acreedores del causante. Se diría que, si no fuese así, el fallecimiento del deudor provocaría la extinción súbita de los créditos, no solamente la extinción de aquellos considerados como *intuitu personae*, sino la de todos de manera general. Y este hecho se juzgaría incompatible con los postulados socioeconómicos de hoy en día: se juzgaría, en suma, que la no transmisión *mortis causa* de deudas provocaría una alarma social análoga a la que produciría, por hipótesis, la no transmisión *mortis causa* de bienes y derechos y su consiguiente conversión en un conjunto de *res nullius*. Según este punto de vista, por tanto, en un escenario donde el Derecho no contemplase la transmisión *mortis causa* de las deudas, las relaciones económicas entre las personas podrían sufrir una contracción generalizada, porque estarían marcadas por una nota de riesgo y aleatoriedad adicional significada en una circunstancia tan impredecible como

es la mayor o menor duración de la vida del deudor. En resumen, según esta visión, si el Derecho no contemplase la transmisión imperativa de deudas por muerte del deudor, todo acreedor debería de plantearse su crédito teniendo en cuenta qué riesgos asume en cuanto a la duración de la vida del deudor, estableciendo las garantías que estimase convenientes para solventarlos. Y todo ello se estimaría incompatible con las exigencias de seguridad y estabilidad que, en teoría, demanda el tráfico económico.

4. La protección del causante.

La explicación precedente puede resultar más o menos acertada desde un punto de vista fundamentalmente economicista. Ahora bien, lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, no es siempre la protección del crédito la que ha inspirado a aquellas teorías que han tratado de explicar el fundamento de la transmisión *mortis causa* de deudas. Así, algunas de esas teorías recurren a argumentaciones de orden esencialmente teórico, como ocurre con las doctrinas relativas a la *universitas* hereditaria. Mientras que en otras ocasiones, los autores, en lugar de referirse a la protección del crédito de los acreedores como el objetivo principal de la transmisión *mortis causa* de deudas, afirman, por el contrario, que lo que se persigue con la transmisión es el respeto a la persona del causante. Dicho de otra forma, de acuerdo con estos autores, las deudas se transmiten a los sucesores no por consideración a los acreedores del causante, sino, principalmente, por consideración al propio causante. En este sentido, BORREL SOLER explicaba que el heredero puede aceptar la herencia puramente “ya porque ve que el activo supera al pasivo, ya porque no quiera empañar la memoria del difunto o el prestigio de la casa poniéndolo como deudor insolvente frente a los acreedores o legatarios del mismo” (2).

Dentro de este grupo de teorías que enfatizan a la persona y a la memoria del causante, se pueden distinguir, al menos, tres variantes:

- a) En primer lugar, se encuentran aquellas teorías que, expuestas para el Derecho romano, interpretan que el sucesor asume las deudas del causante porque la *successio* romana, lejos de tener un contenido esencialmente patrimonial, tiene el efecto principal de transmitir al *heres* el *status* jurídico del *paterfamilias*, es decir, tiene el efecto de transmitir al *heres* su posición de “soberano” del grupo familiar. En esa posición soberana se incluye su posición de deudor, que el *heres* asume del mismo modo que el sucesor de un cargo político asume las obligaciones de su predecesor en el cargo.

(2) “Algunos problemas sobre el beneficio de inventario”, *RJC*, 1951, p. 505.

- b) En segundo lugar, se encuentran aquellas tesis que entienden que el sucesor asume las deudas del causante porque *continúa su personalidad*.
- c) Y un tercer grupo de teorías acepta el postulado de que el sucesor es un continuador en la personalidad del causante; pero matizan que asume sus deudas por una cuestión de *solidaridad* con el causante y su familia.

Pero analicemos primero las doctrinas relativas a la *universitas* hereditaria.

§ 2. La teoría de la *universitas* hereditaria

5. La herencia como complejo unificado.

En los Códigos civiles está institucionalizada la sucesión *universal* por causa de muerte (3). Esta calificación de la sucesión como *universal* no es una invención de los codificadores, sino que tiene su origen en la doctrina de la *universitas* hereditaria, doctrina que, a su vez, se remonta a las interpretaciones que los autores del Derecho intermedio obtuvieron de los textos romanos, donde aparecían expresiones del tipo de *successio per universitatem*, a la *successio in universum ius* y otras de parecido tenor (4).

(3) En el CC italiano (art. 588), al igual que en el nuestro (art. 660), la sucesión de heredero es a "título universal" y se contrapone a la del legatario, que lo es a título particular. En el CC francés se dice que las disposiciones testamentarias son "universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier" (art. 1.002). En el artículo 1.284 del CC mexicano, el heredero adquiere a "título universal"; en el artículo 834 del venezolano, "las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad de una parte alícuota de los bienes del testador son a título universal y atribuyen la calidad de heredero". Mientras que en el artículo 3.281 del Código argentino, "la sucesión universal es la que tiene por objeto un todo ideal...".

En el Código alemán no se utiliza la expresión *universal* o términos derivados, pero, en cambio, define la sucesión *mortis causa* la transmisión "como un todo" ("als Ganzes") del patrimonio del difunto (§ 1.922). Tampoco la utiliza el CC portugués, que, sin embargo, define la sucesión del heredero como aquella en que se transmite "na totalidade ou numa quota do património do falecido" (art. 2.030,2).

(4) Se atribuye la doctrina de la *universitas* a los glosadores, de los cuales se dice que ya distinguían entre universalidades de hecho y de derecho (FADDA y BENZA, notas al *Diritto delle Pandette* de Windscheid, vol. 5.º, Torino, 1926, pp. 2-3, con textos y referencias de la glosa apoyando su opinión; PUGLIATI: "Riflessioni in tema de universitas", *RTDPC*, 1955, pp. 968-974 y 971; PEÑA: *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967, p. 87, nota 163; incidentalmente, DE DIEGO: *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, p. 152 nota). NÚÑEZ LAGOS, por el contrario, dice que es posterior y cifra su formulación en HEINECIO y GROCIO, aunque no precisa sus fuentes ("El Derecho sucesorio ante la tradición española y el CC", *RGLJ*, 1951, p. 399).

Esta doctrina, hoy en horas crepusculares (5), no es una teoría homogénea sobre la herencia, sino que presenta diferentes grados de sutileza cada uno de los cuales ofrece sus propias conclusiones. Una de las más destacadas es, precisamente, la referida al tránsito de las deudas del causante. Se afirma, en ese sentido, que la herencia se comporta como un complejo unificado que tiene reflejo en el Derecho y que una expresión de ello es el traspaso de deudas. Los bienes y derechos del causante se unen al conjunto de sus deudas para formar la entidad hereditaria. Y se dice, también, que la doctrina de la *universitas* explica también la responsabilidad *ultra vires* del heredero (6), e incluso el beneficio de inventario (7). Sobre la base del testimonio de GAYO, declarando a la herencia y a las obligaciones como cosas incorpóreas (8), se afirma que las deudas del causan-

(5) O'CALLAGHAN atribuye hoy a la teoría de la *universitas* ser "doctrina dominante" (*Compendio de Derecho Civil*, V, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 16) y HERNÁNDEZ GIL observaba "un retorno a aquella concepción" (*Obras Completas*, IV, *Derechos reales, Derecho de sucesiones*, Madrid, 1989, p. 470). Por el contrario, para FAIREN estaba en "grave crisis" ("Patrimonio y responsabilidad patrimonial", *RDN*, 1962, p. 277), lo que es cierto hoy en día, al menos en la doctrina española e italiana. Vid. BIONDI: "Universitas e successio, saggio di anticritica, di storia e di dommatica romana", en *Scritti giuridici*, III, Milán, 1965, pp. 456, 458, 493 y 502; STOLFI: "Successione nei rapporti ed acquisto del diritto", en *Studi di Diritto Privato*, Milán, 1980, pp. 157 y ss., del mismo autor, "Concetto dell'erede", en los mismos *Studi*, pp. 186 y ss.; PUGLIATI: *op. cit.*, p. 1006; SCHLESINGER, voz "Successione (Diritto Civile): Parte generale", en *Novissimo Digesto Italiano*, p. 751; LACRUZ: "Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero", *RDN*, 1961, pp. 56 y ss.; MONJE BALMADEA, en *Compendio de Derecho de Sucesiones*, dir. por Lledó, Madrid, 1998, pp. 33-34; CODERCH: "El título de heredero", *RDN*, 1985, pp. 406 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, I, Madrid, 1989, p. 10. Véase también BINDER: *Derecho de Sucesiones*, trad. de LACRUZ, 1953, p. 13.

(6) HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, p. 470.

(7) Mientras la aceptación beneficiaria supone para algún autor una dificultad para la teoría de la *universitas* (HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, p. 471), para otros, en cambio, no hay dificultad alguna. Al contrario, se sostiene que el heredero sucede en las deudas del mismo modo que si hubiera aceptado pura y simplemente, con la única particularidad de que limita la responsabilidad al patrimonio hereditario; en prueba de esta afirmación, se recuerda la posibilidad de que el beneficio de inventario pueda perderse (MESSINEO: "La eredità e il suo carattere di *universum ius*", *RDC*, 1941, pp. 364-365). Apuntan también al beneficio de inventario como exponente de la *universitas*, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 38, y CASTÁN: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Madrid, 1960, p. 86.

Por otra parte, se alude también a la tesis de la *universitas* para explicar el hecho de que las cargas hereditarias (surgidas después de la muerte del causante) integren el pasivo sucesorio (MESSINEO, pp. 365-366).

(8) GAYO, 2, 14: *Incorporeales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est* (8). (Son incorpóreas las que no se pueden tocar, como son las que consisten en un derecho, así una herencia, un usufructo, y las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. No hace al caso que en la herencia se contengan cosas corporales, o que los frutos que

te son “nel lato passivo, quella res incorporalis ch'è la obligatio, che ha l'altro polo fuori della eredità, nel credito” (9).

Esta visión concuerda, por otra parte, con las teorías que conciben el patrimonio de una persona aún viva como expresión de una universalidad. Según estas teorías, el patrimonio es una emanación de la personalidad, compuesto por bienes y deudas. Y se estima que es inseparable de su titular salvo sucesión *mortis causa* y también indivisible, puesto que sólo se puede tener un patrimonio (10).

6. *Universitas* hereditaria y transmisión *mortis causa* de deudas.

Planteadas en esos términos, las teorías sobre la *universitas* hereditaria no sirven como explicación convincente del fenómeno sucesorio ni, en particular, de la transmisión *mortis causa* de deudas. En ciertos momentos, la herencia sí puede comportarse realmente como un complejo de relaciones jurídicas unificado bajo un solo derecho (*universitas iuris*), como

se perciben de un fundo sean corporales, o que aquello que se nos debe en virtud de una obligación sea generalmente corporal, como un fundo, un esclavo, una suma de dinero, pues el Derecho mismo de sucesión, el Derecho mismo de usufructo y el Derecho mismo de obligación son, en sí mismo, incorporales) (*Instituciones de Gayo*, ed. bilingüe de Arias Bonet y otros, Madrid, 1990).

(9) BORTOLUCCI: *La eredità come universitas, risposta a un critico*, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1935, p. 135; la expresión se enmarca en una polémica doctrinal sostenida con ALBERTARIO (“La critica della critica”, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1934, p. 555), quien afirmaba que la adquisición de deudas por el heredero está fuera del sentido común: sólo se adquieren bienes mientras que en las deudas sólo cabe “subentrare”. Frente a esta opinión, BORTOLUCCI se vale del fragmento transcrito en el texto para rematar la idea de que el heredero del deudor sí adquiere deudas porque ello es consustancial con la herencia concebida como universalidad (pp. 133-135).

(10) La formularon AUBRY y RAU en Francia (*Droit Civil Français*, IX, 6.ª ed., par P. Esmein, París, 1953, pp. 305-306 y 343). En Italia, BONELLI planteó una teoría al estilo (“La teoria della persona giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 600, 620-625 y 661); y en España, ROCA SASTRE, en uno de sus primeros escritos (“El patrimonio”, en *Estudios varios*, Madrid, 1988, pp. 13-26; se publicó primeramente en *RCDI* 1926). Actualmente, esta teoría está bastante desprestigiada. Aunque todavía es frecuente encontrar afirmaciones en el sentido de que el patrimonio es una universalidad, se trata, sin embargo, de expresiones cuyo objetivo es más bien didáctico, sin considerarse que el patrimonio sea estrictamente el objeto de un Derecho. Vid. PLANIOL/RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil français*, III, París, 1926, p. 23. Vid. MEVORACH: “Le patrimoine”, *RTDC*, 1936, pp. 812 y ss.; SERIAUX: “La notion juridique du patrimoine”, *RTDC*, 1994, pp. 802-803; ATARD: “Notas críticas a la teoría clásica del patrimonio”, *RDP*, 1934, pp. 301 y ss.; FAIREN: *op. cit.*, pp. 294 y ss.; ENNECCERUS/NIPPERDEY: *Tratado de Derecho Civil*, I, volumen 1.º, Barcelona, 1947, pp. 608-610; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, en la obra anterior, p. 613; DíEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, I, 6.ª edición, 1988, pp. 387 y 393; CASTÁN: *Derecho Civil, Común y Foral*, I, volumen 1.º, 14 edición, Madrid, 1987, pp. 649 y 654; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, I, volumen 2.º, 9.ª edición, Barcelona, 1985, p. 79; RUIZ SERRAMALLERA: *La persona jurídica y el patrimonio*, Madrid, 1985, p. 145; MONTES: *Derecho Civil, Parte General*, con A. M. López y otros, II, Valencia, 1992, pp. 433 y 434.

podría ser el caso de la *petitio hereditatis*. En este caso, la Ley podría considerar al patrimonio hereditario como objeto de un único derecho subjetivo cuyo reconocimiento atribuiría la condición de heredero y, además, la transmisión *uno actu* de los derechos y obligaciones pertenecientes a la herencia (11). Desde este punto de vista, el valor de la tesis de las teorías sobre las *universitas* no es, por tanto, totalmente despreciable (12). Quizá tampoco lo sea para interpretar el perfil básico de la herencia yacente, como simple universalidad de hecho por un período transitorio durante el cual la herencia permanece estática con el fin, entre otros, de pagar las deudas del causante. Pero, para explicar todo lo demás y, concretamente, la transmisión de deudas, la tesis de la *universitas* resulta insuficiente (13).

Resulta insuficiente porque encierra una petición de principio que aboca a un razonamiento circular. La herencia, se dice, es o se considera una entidad unificada o una *universitas*, porque no sólo incluye los bienes y derechos del causante, sino también sus obligaciones. Pero, ¿por qué la herencia incluye las obligaciones del causante? Bajo la doctrina de la *universitas*, la respuesta a esta pregunta lleva a la petición del principio: las obligaciones se transmiten porque la herencia es una *universitas*. Dicha doctrina, por tanto, deja sin contestación cuál pueda ser el fundamento de la transmisión *mortis causa* de deudas. En su lugar, se parte de tal trans-

(11) Vid. MESSINEO: "La eredità e il suo carattere di *universum ius*", *Rivista di Diritto civile*, 1941, p. 365; HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, p. 472; ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 37; FERNÁNDEZ ARROYO: *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992, pp. 152, 160 y 454; SIMÓ SANTONJA: "En tema de petición de herencia", *RDP*, 1960, p. 677; CANO ZAMORANO: "La acción de petición de herencia: concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente", *RCDI*, 1981, p. 1228; CASTRO LUCINI: *Temas de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1987, p. 734; RAUCENT: *Les Successiones*, I, Louvain, 1988, p. 9.

En general, predomina en nuestra doctrina el carácter de universal, incluso en aquellos que no consideran a la herencia como *universitas* o lo hacen en sentido relativo, como CASTÁN: *Derecho Civil, Común y Foral*, VI-1.º, 9.ª edición, Madrid, 1989, pp. 437-438 (también en *La dogmática...*, *op. cit.*, pp. 84-89); PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, V-1.º, 3.ª edición, Barcelona, 1990, pp. 17-18 y 317, y RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, II, Madrid, 1987, p. 786. Otros autores no terminan de pronunciarse (GULLÓN: "La acción de petición de herencia", *ADC*, 1959, pp. 203, 205-207, 209, 226-227; Díez-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV, 6.ª edición, *op. cit.*, pp. 553 y 326).

El Código de Sucesiones de Catalunya dispone que el heredero actúa "a fin de obtener el reconocimiento de su calidad y la restitución de los bienes como universalidad, sin tener que probar el derecho de su causante sobre los bienes singulares que la constituyan" (art. 64, párr. 1.º).

(12) Vid., no obstante, SANCHO REBULLIDA: "Las acciones de petición de herencia en el Derecho Español", *RGLJ*, 1962, p. 280; GASPAR LERA: *La acción de petición de herencia*, Pamplona, 2001, p. 42.

(13) Vid. ROBBE: *La Successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, Milán, 1965, pp. 15-17 nota; LACRUZ, en sus *Notas a BINDER: Derecho de sucesiones*, traducción y notas de LACRUZ, 1953, p. 14, en *Sucesión universal...*, *op. cit.*, p. 60, y también en *Derecho de Sucesiones*, con SANCHO REBULLIDA, I, Barcelona, 1971, p. 22; SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios al CC y a las Comps. Forales*, dir. por ALBALADEJO, IX, volumen 1.º-A, Madrid, 1990, p. 19.

misión como un presupuesto dado por el Derecho positivo para ser utilizado como falso argumento de la *universitas* hereditaria.

7. Origen espúreo.

Además de su inconsistencia para explicar la transmisión *mortis causa* de deudas, las doctrinas sobre la *universitas* hereditaria tienen un más que probable origen espúreo, en tanto que podrían estar construidas a partir de simples interpolaciones hechas por los compiladores justinianeos sobre los textos romanos originales de los autores de la época clásica. De todo lo cual resulta que tales doctrinas ya están desvirtuadas desde su misma base.

En los textos del *Corpus*, tal como se han transmitido hasta nuestros días, la idea de universalidad sucesoria se expresa en dos sentidos. Así, en algunas ocasiones, la universalidad parece quedar referida al título de la adquisición, sin hacer referencia a una transmisión global de un patrimonio; de la herencia se habla entonces como medio para adquirir *per universitatem* (14). Pero otras veces se dice claramente que la herencia lleva consigo la totalidad del activo y del pasivo del causante (15). El mismo sentido tienen los textos que, en vez de expresiones tales como *in universum ius*, registran otras de tipo de *in omne ius* (16). En otros textos, la

(14) GAYO, 2, 97 y 98: 97. *Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis adquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.* 98. *Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manu ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.* (97. Basta lo dicho hasta aquí respecto de cómo adquirimos las cosas singulares, pues lo referente al derecho de legados, por el que también adquirimos cosas singulares, lo trataremos en otro lugar más oportuno. Así pues veamos ahora de qué modo adquirimos cosas a título universal. 98. Cuando somos instituidos herederos de una persona o reclamamos la posesión de sus bienes, o los compramos, o cuando adoptamos o tomamos el poder marital sobre ella, sus bienes pasan a ser nuestros) (*Instituciones de Gayo, op. cit.*).

(15) D, 37, 1, 3, pr (ULPIANO, 39 ed.): *Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.* (Bienes se entiende aquí, como solemos decir generalmente, la sucesión de cualquier patrimonio en su conjunto, por la que uno se subroga en el derecho del difunto y toma el activo y el pasivo de ese patrimonio, pues, tanto si éste es solvente como si no lo es, ya sea dañoso ya lucrativo, bien consista en cosas corporales bien en créditos, se llamarán aquí propiamente bienes.) También D, 50, 16, 24 (GAYO, 6 ed. prov.), D, 50, 17, 62 (JULIANO, 6 dig), D, 50, 17, 128, 1 (PAULO, 19 ed.). [La traducción de los textos del *Digesto* proviene de la edición de D'ORS y otros, tomos I (1968), II (1972) y III (1975), Pamplona.]

(16) D, 29, 2, 37 (POMPONIO, 5 Sab.): *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeat.* (El heredero sucede en todo el derecho del difunto, y no sólo en la propiedad de cada cosa, ya que también los créditos pasan al heredero.) También D, 44, 3, 11 (PAPINIANO, 2 def.).

idea de la universalidad hereditaria es expresada de modo genérico (17), mientras que en otros la idea de universalidad hereditaria es sustituida por otras más abstractas que consideran a la herencia como *iuris nomen*, en tanto que auténtica institución jurídica (18).

8. Interpolaciones justinianas.

Pues bien, a finales del siglo XIX, algunos romanistas intentaron una nueva reinterpretación de los textos del *Corpus* sobre *successio*, llegándose a la conclusión de que estaban interpolados por los compiladores justinianos. Se afirmó que sólo por alteraciones en los textos clásicos realizadas por los compiladores justinianos se había llegado posteriormente a concebir la sucesión *mortis causa* como sucesión *universal mortis causa*. Según estos autores, las expresiones *per universitatem*, *in universum ius*, *in omne ius* se deben a los compiladores y no respetan la versión original del texto compilado. Aparte de los necesarios argumentos de orden puramente lingüístico para fundamentar estas interpolaciones, se arguye, por una parte, que la figura de la *successio in singulas res*, que incluye supuestos de transmisiones singulares *inter vivos*, era igualmente desconocida por los clásicos. Y los compiladores justinianos estimaron lógico contraponerla a la *successio per universitatem*, entre las que se encontraba la herencia y las sucesiones entre vivos que implicaban transmisión de un patrimonio. Por otra parte, se señala también la tendencia hacia la especulación extrajurídica de la época, que llevó a la introducción de suce-

(17) D, 5, 3, 13, 8 (ULPIANO, 15 ed.), D, eod. 20, 10 (ULPIANO, eod.), D, 36, 1, 17 (16), 2 (ULPIANO, 4 de fideic.), D, 43, 2, 1, pr. y 1 (ULPIANO, 67 ed.).

(18) GAYO, 2, 14: *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est.* (Son incorporales las que no se pueden tocar, como son las que consisten en un derecho, así una herencia, un usufructo, y las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. No hace al caso que en la herencia se contengan cosas corporales, o que los frutos que se perciben de un fundo sean corporales, o que aquello que se nos debe en virtud de una obligación sea generalmente corporal, como un fundo, un esclavo, una suma de dinero, pues el derecho mismo de sucesión, el derecho mismo de usufructo y el derecho mismo de obligación son, en sí mismo, incorporales), D, 50, 16, 119 (POMPONIO, 3 ad Q. Muc) (La palabra herencia comprende sin duda la herencia dañosa, pues es un término de derecho como la posesión de los bienes hereditarios), D, 50, 16, 178, 1 (ULPIANO, 49 Sap) (La expresión herencia es un concepto de Derecho, que admite aumentos y disminuciones, pues la herencia aumenta sobre todo con los frutos), D, 50, 16, 208 (AFRICANO, 4 quaest.) (Las palabras bienes y herencia significan un conjunto o el Derecho de Sucesión, y no las cosas singulares que los componen). También D, 28, 5, 9, 12 (ULPIANO, 5 Sap).

sión universal que abría el camino hacia una *universitas* idealizada (19).

En resumen, de acuerdo con esta tesis, cuya verosimilitud es bastante probable, no cabe, pues, hablar de sucesión universal o particular, al menos en relación al Derecho romano de la época clásica. Sólo existe un tipo de sucesión, originalmente denominada por los juristas clásicos con términos tales como *successio in ius*, *successio in locum* o *successio in locum et in ius*; y que es aplicable exclusivamente a la sucesión *mortis causa* (además de aquellos supuestos especiales de sucesiones entre vivos que suponían la transmisión de un patrimonio). Con todo lo cual no sólo las teorías de la *universitas* hereditaria procederían de textos equívocos e interpolados, sino también la propia división de los Códigos modernos entre sucesión a título universal y sucesión a título particular (20).

(19) Apoyándose en ciertos antecedentes (*vid.* referencias en BONFANTE: *Corso di Diritto romano*, vol. 6.º, ristampa della 1.ª edición, a cura de G. Bonfante y G. Crifò, Milán, 1974; FADDA y BENZA: "Note e refrimenti al Diritto Civile Italiano", en el *Diritto delle Pandette* de Windscheid, vols. 4.º y 5.º, Torino, 1926, pp. 3-4; NÚÑEZ LAGOS: "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil", *RGLJ*, 1951, p. 399), la nueva doctrina se debe a LONGO y a BONFANTE. LONGO realizó un trabajo de rigurosa exégesis de las fuentes, llegando a la conclusión de que los textos del Derecho romano de la época clásica en materia de *successio* habían sufrido claras interpolaciones de mano de los compiladores justinianeos ("L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1902 y 1903). Posteriormente, BONFANTE se valió de estas investigaciones para reafirmarse en las tesis sobre la *hereditas* romana que ya venía manteniendo con anterioridad.

(20) En la actualidad, esta tesis de las interpolaciones de los textos clásicos goza de cierta aceptación. Pero también existen romanistas que leen las fuentes tal como nos han llegado, admitiendo la validez de expresiones tipo *successio in universum ius* para referirse al fenómeno hereditario; estos autores se mueven con un concepto de la *universitas* hereditaria más o menos desprovisto de sus caracteres más radicales. Se dice, en líneas generales, que la sucesión *mortis causa* tiene un contenido primordialmente patrimonial y en ella juega ante todo la idea de adquisición; y puesto que se adquiere de golpe un conjunto de relaciones jurídicas, es lógico hablar de adquisición *per universitatem*, expresión que engloba también el paso de deudas. Véase BIONDI (*Universitas e Successio, Scritti Giuridici*, III, Milano, 1965, *op. cit.*, p. 497), BORTOLUCCI ("La hereditas come universitas e successione nella personalità giuridica del defunto", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1934, pp. 150 y ss.), VOCI (*Diritto Ereditario Romano*, I, 2.ª ed., Milán, 1967, pp. 143-177), BURDESE (*Manuale di Diritto Romano*, 3.ª ed., Torino, 1977, pp. 623-624), TORRENT (*Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1991, pp. 577-582). En esta línea patrimonialista se mueve también la particular tesis de AMBROSINO. Este autor somete las fuentes nuevamente a exégesis y, aun aceptando básicamente las investigaciones de LONGO y la doctrina de las interpolaciones justinianas, establece una teoría en contradicción con la de BONFANTE. En virtud de esa tesis, el uso clásico de la *successio* es simplemente de carácter descriptivo y no tiene ningún contenido propio salvo el de reseñar una "trasposizione materialistica di soggetti" ("*Successio in ius, successio in locum, successio*", en *Studia et Documenta Historia et Iuris*, 1945, p. 164).

§ 3. La tesis de la sucesión política en el Derecho romano

9. *Successio mortis causa*.

Según esta tesis, la *successio mortis causa* romana no implica un traspaso de elementos de naturaleza patrimonial, sino un traspaso de soberanía familiar del *pater*, análogo al de la sucesión en un cargo público; dicha soberanía es la que conlleva posteriormente traspaso patrimonial, pero como efecto derivado. El *heres* recibe las cosas de su causante porque es sucesor en su posición jurídica e igual sucede con las obligaciones. La *successio* no es estrictamente adquisición de un patrimonio, sino transmisión al heredero del conjunto de poderes políticos y jurídicos del causante (21). Esta tesis se debe a BONFANTE, que considera a la *successio mortis causa* (al menos hasta la época clásica) como una derivación de los esquemas de la *hereditas* primitiva (anterior incluso a la Ley de las XII tablas) (22).

(21) "Con il trapasso della sovranità si comprende quel carattere inerente alla *successio motis causa*, che stabilisce un'antitesi tra essa e le successioni *inter vivos*: la responsabilità per le obbligazioni del defunto. Il successore nel potere sovrano può bensì revocare liberamente ciò che non sia se non una graziosa concessione del suo predecessore ma è tenuto a rispettare i patti da lui conchiusi come rappresentante del corpo sociale. Lo Stato è perpetuo, il re non muore mai, il re è immortale, suonano gli aforismi costituzionali. Si veggia la schietta espressione del principio in uno dei nostri vecchi giuristi, il gran commentatore Baldo: «*imperator mori potest, sep ipsa dignitas, officium imperatoris est immortale, quae faccium itaque reges nomine non sui, sed regni, idest gentis suae, illa obligant gentem et principem eius successore*». Il principio dell'assumere le obbligazioni *ultra vires*, data la funzione primitiva dell'eredità, è tanto un principio organico necessario in esse, quanto è il principio diametralmente opposto del non assumere le obbligazioni nemmeno nella misura dell'attivo in ordine alle successioni *inter vivos*, in cui vi ha sottomissione" (BONFANTE, *Corso...*, *op. cit.*, p. 107).

(22) La tesis de BONFANTE (elaborada ya a principios del s. XX) pasó de tener gran aceptación inicial a ir reuniendo cada vez más posiciones en contra, por lo demás bastante más realistas. Referencias sobre los autores que aceptaron inicialmente las tesis de BONFANTE pueden verse en ALBERTARIO, "La critica della critica", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1934, p. 551 notas 1 y 2 (algunos de los cuales entraron en una polémica que el propio BONFANTE resalta, *op. cit.*, pp. 114-122). Algunos, como DE FRANCISCI, que se unieron a ella en principio, la abandonaron después (*Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, 1954, pp. 165 y ss.); mientras que otros sólo la aceptaron de manera parcial, sólo referida a la *hereditas* primitiva, caso de LEVY-BRUHL ("Observations sur le régime successoral des XII Tables", en *Nouvelles recherches sur le très ancien Droit romain*, París, 1947) o sin dejarla de someter a críticas (ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, 16 ed., Madrid, 1981, pp. 763-765 y 768, nota 711).

En España se adhieren a la tesis bonfantiana IGLESIAS ("La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno", en *Estudios*, 2.^a ed., Madrid, 1985 y también en *Derecho romano*, 11 ed., Madrid, 1994, pp. 524-531) y FAJREN ("En torno al concepto de *hereditas* romana en BONFANTE", *RDN*, 1958, núm. 19, pp. 117 y ss.).

Entre los civilistas destaca el brillante intento de adaptación de la tesis al propio CC de NÚÑEZ LAGOS (*El Derecho sucesorio...*, *op. cit.*) y que le lleva a profesar a ultranza el llamado criterio *subjetivo* en la distinción entre heredero o legatario. También ROCA SASTRE se movía

10. Responsabilidad *ultra vires*.

Sólo teorizando de esta manera se comprenderían, según BONFANTE, los efectos de la *successio mortis causa* de los períodos correspondientes a las fuentes escritas romanas (23). Entre otros, el autor se fija en el traspaso *mortis causa* de las obligaciones y en la responsabilidad ilimitada del heredero, efectos sucesorios que ya rigen sin lugar a dudas en esos períodos. La transmisibilidad de las obligaciones, reflejada en las fuentes escritas, no sería una creación de estos períodos históricos, sino un efecto que se remonta a las épocas más antiguas de la evolución del Derecho romano. En esas épocas, el *heres* ya respondía por las obligaciones del causante y, además, lo hacía de manera ilimitada, *ultra vires*, por lo que su propio patrimonio también quedaba expuesto a la acción de los acreedores del causante. Y, según BONFANTE, la explicación de este efecto no se debe a que el *heres* respondiese por razones de pura justicia patrimonial para no defraudar las expectativas de los acreedores y, en general, las necesidades del comercio. Al contrario, para este autor la *successio* no tiene naturaleza patrimonial y la única razón que fundamenta el traspaso de las obligaciones y de la responsabilidad del heredero se debe al hecho de que el *heres* suceda en la soberanía familiar del causante. Es esa transmisión de soberanía la que trae consigo la transmisión de su deudas como efecto derivado. El heredero sucede *in ius* o *in locum* y asume la esfera política y jurídica del causante. Consecuentemente, está obligado a responder de sus obligaciones de la misma manera que lo hacía el propio causante en vida. No importa que la herencia no contenga bienes o se trate incluso de una *hereditas damnosa*. Dicho de otro modo, las obligaciones se transmiten por el solo hecho de suceder y de existir un *heres* (24).

bajo la influencia de BONFANTE ("Crítica institucional del CC", en *Estudios sobre Sucesiones*, I, Madrid, 1981, pp. 41 y ss.; véase también "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio", en los mismos *Estudios...*, pp. 67-78; ambos estudios datan de los años cuarenta).

(23) *Corso*, *op. cit.*, pp. 77 y ss., 100-101 y 107 y ss.

(24) *Op. cit.*, pp. 107-109. Otros efectos sucesorios que provienen de la época arcaica son, según BONFANTE, la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada (puesto que no se concibe que un traspaso de soberanía se bifurque), la intransmisibilidad de la delación (porque un título personal como es el de heredero no puede ser susceptible de transmisión), o imposibilidad de la *institutio ex re certa* (porque el *heres* ha de recibirlo todo, no una cosa cierta) (*op. cit.*, pp. 101-106).

Los autores que se opusieron a la tesis de BONFANTE plantearon un concepto patrimonialista de *successio* sirviéndose de la clásica teoría de la *universitas* hereditaria. Con este planteamiento patrimonialista, las obligaciones no se transmiten por el hecho de suceder, sino por el hecho de adquirir el patrimonio del causante al cual están unidas. BIONDI describe significativamente esta versión de *successio*: "L'acquisto è un *prius logico* e giuridico rispetto alla *successio*. Si succede perchè si acquista, no si acquista perchè si succede. Non bisogna invertire il rap-

11. Aspectos positivos de la tesis.

Si se acepta el postulado de BONFANTE según el cual la *successio mortis causa* guarda una analogía sustancial con la sucesión política de los cargos públicos, hay que admitir que esta tesis sí explicaría, en principio, el traspaso *mortis causa* de deudas en Derecho romano. Es difícil concebir un cargo público romano que, en circunstancias normales, no asumiese las deudas de su predecesor porque, entre otras razones, cabe suponer que accedería al cargo precisamente con esa condición. Trasladando este esquema a la *successio mortis causa*, el *heres*, por tanto, se obligaría por las deudas del causante precisamente por ser tal *heres* o haber querido serlo. Por otra parte, la tesis explicaría también la responsabilidad *ultra vires*, ya que tampoco se concebiría un cargo público que accediese al puesto con la condición de afrontar las deudas de su predecesor tan sólo con el patrimonio que éste dejó. Es decir, no se concebiría un cargo público que accediese al cargo con un compromiso sólo de corte liquidatorio. Como mínimo, el nuevo cargo debería de comprometerse a cumplir todo lo que su predecesor dejó pendiente y, además, con independencia del patrimonio que recibiese. Para ello, podría verse obligado a crear más riqueza, evitando adoptar conductas dirigidas a la simple liquidación de las obligaciones pendientes de dicho predecesor, tomando como límite los medios patrimoniales que éste hubiese dejado. En resumen, el nuevo cargo debería de procurar la continuación y subsistencia del organismo al que accediese, aunque el patrimonio que dejase el predecesor fuese insuficiente para ello.

Aplicado este esquema a la *successio mortis causa*, resultaría, en definitiva, que el *heres* estaría obligado a pagar las deudas del causante para mantener vivo y unido al organismo familiar al frente del cual hubiese sucedido; y ello, con independencia de si el patrimonio recibido fuese o

porto logico e giuridico, tra il fenomeno (*successio*) e la causa che dà luogo ad esso (acquisto)" (*Universitas e Successio*, op. cit., p. 497; cursiva del autor). En la misma línea pueden citarse: BORTOLUCCI (*La hereditas come universitas e successione...*, op. cit., pp. 150 y ss., y también en *La hereditas come universitas. Risposta...*, op. cit., pp. 129-130), VOCI (op. cit., I, pp. 143-177), BURDESE (*Manuale di Diritto Romano*, 3.^a ed., Torino, 1977, pp. 623-624), TORRENT (op. cit., pp. 577-582).

Al margen de los aspectos de la *universitas* hereditaria, una variante de este concepto de *successio* es el de AMBROSINO (*Successio in ius...*, op. cit.). Para este autor, *successio* es un término usado en las fuentes con un carácter simplemente descriptivo y no tiene ningún contenido propio salvo el de reseñar una "trasposizione materialistica di soggetti" (p. 164); así "l'erede in quanto «successor» no è altri che un sostituto del defunto, è colui che prende il posto di un morto al pari del creditore ipotecario meno preferito che prende il posto del più preferito già soddisfatto, del soldato que prende il posto di combattimento del compagno che fugge, del medico que sostituisce l'altro medico nella cura di un malato" (p. 171).

no suficiente para ello, en virtud de la responsabilidad *ultra vires*. Como nuevo jefe del grupo, estaría obligado a todo lo que el antiguo dejó pendiente y, en general, a seguir procurando la subsistencia posterior de dicho grupo.

12. Aspectos negativos.

Todo ese planteamiento podría resultar convincente si la *successio* romana transmitiese la generalidad de las deudas del causante. Si así fuese, podría interpretarse que esa transmisión global de deudas sería, en efecto, una consecuencia de la sucesión en la soberanía familiar del *pater*. El *heres* sucedería en el poder soberano del *pater* y, por tanto, quedaría obligado a respetar cuantas obligaciones hubiese contraído con sus acreedores, exactamente del mismo modo que el sucesor en un cargo público debe de respetar todos los compromisos de su predecesor (25). Con este planteamiento, pues, el traspaso de deudas tendría que ser general y con escasas excepciones. El traspaso del estatuto soberano del *pater* conllevaría el traspaso de todas sus deudas, sin importar de qué clase son tales deudas, si dar, hacer o no hacer. El *heres*, como sucesor en la soberanía familiar del *pater*, debería de respetarlas todas. Nótese que esta regla sólo tendría una única excepción muy específica, impuesta por una pura cuestión de hecho: que el cumplimiento de una obligación exigiese una cualificación determinada para su cumplimiento que, además, sólo concurriese en la persona del causante y en ninguna otra persona más (p. ej., porque sólo él y nadie más conoce ciertas cosas). En todos los demás casos, el traspaso sucesorio de obligaciones debería de ser generalizado. Así, el hecho de que el sucesor no tuviese una cualificación suficiente para cumplir que, sin embargo, si concurriese en terceras personas, no debería de evitar que el *heres*, como sucesor en el *status* soberano del *pater* e investido de un deber *ultra vires*, estuviese obligado a buscar un sustituto que cumpliera lo debido por el causante. Este sería el caso, p. ej., de la *locatio operis* (arrendamiento de obra) o de la *locatio operarum* (arrendamiento de servicios).

En suma, con una idea de *successio* como la planteada por estas teorías, la transmisión de deudas sería categórica y no admitiría apenas excepciones. Pero ocurre que en el Derecho romano la transmisión *mortis causa* de deudas no es tan categórica. Al contrario, está bastante restringida.

(25) Recuérdese una parte del fragmento citado anteriormente: "Con il trapasso della sovranità si comprende quel carattere inerente alla *successio mortis causa*, che stabilisce un'antitesi tra essa e le successioni *inter vivos*: la responsabilità per le obbligazioni del defunto. Il successore nel potere sovrano può bensì revocare liberamente ciò che non sia se non una graziosa concessione del suo predecesore ma è tenuto a rispettare i patti da lui conchiusi come rappresentante del corpo sociale..." (*Corso, op. cit.*, p. 107).

Y esto es un hecho aceptado por toda la doctrina romanista, incluyendo a quienes sostienen estas tesis sobre la *successio* como sucesión política.

13. Excepciones a la transmisibilidad *mortis causa* de deudas.

En el Derecho romano la transmisión *mortis causa* de deudas tiene bastantes limitaciones, todas las cuales están plenamente vigentes en la época clásica. Y son tantas que incluso existe una base para pensar que, en realidad, hubo un tiempo, anterior a las fuentes escritas, en donde las obligaciones no se transmitían a los herederos (26) (27). Entre esas limitaciones se encuentran las siguientes:

(26) Al margen de los datos que se citan seguidamente en el texto, los autores derivan especialmente esta tesis de la circunstancia de la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, de fines del siglo IV a.C. Anteriormente a esta Ley, el acreedor podía vender como esclavo al deudor incumplidor e incluso matarlo; pero el sucesor quedaba a salvo. Con posterioridad a la *Lex Poetelia*, las facultades del acreedor se restringen a servirse del trabajo personal del deudor (vid. BIONDI: "Obbieto della antica hereditas", en *Scritti Giuridici*, op. cit., p. 426; DE DIEGO: *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 145-161; PEÑA: op. cit., p. 17; ARIAS RAMOS/ARIAS BONET: *Derecho romano*, I, 16 ed., Madrid, 1981, p. 173).

La misma solución sería aplicable, en líneas generales, al Derecho germánico antiguo, al igual que al viejo *droit coutumier* francés, donde tampoco se cree que los herederos respondiesen de las obligaciones del causante (BINDER: *Derecho de Sucesiones*, trad. de LACRUZ, 1955, p. 207; MAZEAUD y otros: *Leçons de Droit Civil*, IV, vol. 2.º, par Breton, París, 1982, p. 462; LACRUZ: *Derecho de Sucesiones*, con SANCHO REBULLIDA, I, Barcelona, 1971, p. 16). Ello sin perjuicio de que los mismos pudiesen cumplir tales obligaciones por motivos extrajurídicos, es decir, religiosos o morales (PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de Melón Infante, Barcelona, 1957, p. 378). Sólo posteriormente se va abriendo paso el tránsito de deudas, siendo satisfechas inicialmente con cargo a los bienes muebles hasta que, finalmente, la responsabilidad se extiende a todo el caudal (LACRUZ: "La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa", en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, II, Barcelona, 1992, pp. 493-494; COLIN/CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, VII, 3.ª ed., Madrid, 1955, p. 11, y los autores de la nota siguiente; la regla se extiende al antiguo *common law*: BUCKLAND/McNAIR: *Derecho romano y Common Law*, trad. de Cremades Ugarte, Madrid, s.f., pp. 147-148). Se entiende, por otra parte, que esta nascente responsabilidad está en primer lugar limitada al patrimonio hereditario, extendiéndose posteriormente al patrimonio personal del heredero (PLANITZ: op. cit., pp. 378-379; KIPP/COING: *Tratado de Derecho Civil*, V-2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1976, p. 74; MAZEAUD y otros: op. cit., p. 462; RAYNAUD: "Les Successions et les Libéralités", en *Droit Civil de Marty y Raynaud*, París, 1983, pp. 157-158).

En relación con todo ello, hay que notar cómo en el Derecho de Vizcaya la responsabilidad sobre los inmuebles troncales es todavía subsidiaria, ya que el acreedor hereditario sólo puede dirigirse contra los mismos cuando los inmuebles no troncales y los muebles no bastan para pagar las deudas del causante (art. 63 de la Ley vasca 3/92).

(27) La intransmisibilidad de la obligación del *sponsor* y del *fidepromissor*, que eran formas de garantía personal alternativas a la *fideiussio* (que sí se transmitía) (GAYO, 3, 120), no son argumentos en favor de la intransmisibilidad originaria de deudas (que, por lo demás, ya está probablemente contrastada por otros argumentos); en esas obligaciones interviene un ingrediente de personalismo superior a lo normal, y de un nivel parecido, p. ej., al del mandato o la sociedad, relaciones jurídicas que fueron intransmisibles en todas las etapas del Derecho romano. No obstante, los autores suelen aducir la intransmisibilidad hereditaria de tales obli-

- a) Las obligaciones de hacer son, por regla general, intransmisibles; la transmisibilidad sólo es posible por una estipulación especial en que se haga mención al heredero (*mentio heredis*) (28). De esta regla se desprende que contratos tales como la *locatio operis* o la *locatio operarum* no se transmitían a los sucesores (29). Hay que esperar a una Constitución de Justiniano (C, 8, 37, 13) para que esta clase de obligaciones se traspasen a los herederos sin necesidad de esa mención.
- b) En armonía con la regla general de intransmisibilidad de las *stipulationes in faciendo*, tampoco se transmiten contratos tales como el mandato y la sociedad (sin perjuicio de los deberes liquidatorios), que en gran medida se sustancian en obligaciones de hacer (30). En el caso de la sociedad no se permite ni siquiera el pacto de continuación con los sucesores del socio fallecido (31). Tampoco se transmite el compromiso arbitral por muerte de una de las partes a menos que se haga mención a los herederos (32).
- c) El aspecto puramente patrimonial e indemnizatorio de las obligaciones penales no se traspassa a los herederos (33). La pena es en-

gaciones para apoyar la tesis de la intransmisibilidad primitiva y general de las deudas (BETTI: *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milán, 1955, p. 59; VASALLI: "L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionale", en *Studi Giuridici*, III-1.º, Milán, 1960, p. 315; AMBROSINO: "In iure cessio hereditatis", en *Studia et Documenta Historia et Iuris*, 1944, p. 92, nota 218; también en *Successio...*, *op. cit.*, p. 180).

(28) Vid. VOCI: *op. cit.*, I, pp. 225 y ss.; BONFANTE, *Corso...*, *op. cit.*, pp. 164-165; VASALLI: "Di talune clausole con riferimento al dies mortis", en *Studi Giuridici*, III-1.º, Milán, 1960, p. 261; ROBBE: *Diritto Ereditario Romano*, I, Nápoles, 1962, p. 200. Existen, no obstante, una serie de textos que reconocen transmisibles algunas obligaciones de hacer o establecen cierta eficacia en relación a los herederos (D, 45, 1, 3; eod. 38, 4 al 18; 46, 8, 22, 7; 45, 1, 76 pr.); pero, según SCHERILLO, las interpolaciones que han sufrido estos textos no prueban nada para la natural intransmisibilidad de las *stipulationes in faciendo* en Derecho clásico ("La trasmissibilità della stipulatio in faciendo", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1928, pp. 54-86, y esta última página especialmente).

(29) VOCI: *op. cit.*, pp. 234-235; BONFANTE: *op. cit.*, pp. 163-164; FADDA: *op. cit.*, p. 270. Las fuentes parecen no referirse de manera explícita a esta cuestión, pero tal es la solución consensuada en la doctrina.

(30) Respecto del mandato: GAYO, 3, 166; D, 17, 1, 27, 3; D, eod., 34, 1; D, eod. 1, 57; Respecto de la sociedad: GAYO, 3, 152; D, 17, 2, 4; D, eod., 65, 9-11. Vid. VOCI: *op. cit.*, pp. 235 y ss.; BONFANTE: *op. cit.*, pp. 165 y ss.; FADDA: *Concetti...*, *op. cit.*, pp. 197 y 266.

(31) D, 17, 2, 59: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati*. (Hasta tal punto se extingue la sociedad por muerte del socio, que ni siquiera inicialmente podemos pactar que el heredero suceda en la sociedad) (traducción de D'ORS y otros: *El Digesto de Justiniano*, I, Pamplona, 1969). Por excepción, sí se admitía la continuación con el sucesor en la sociedad "de concesiones públicas".

(32) D, 4, 8, 27, 1; D, eod., 49, 2. A esa mención del heredero (*mentio heredis*) nos referimos posteriormente.

(33) Especialmente, D, 35, 2, 32 pr; también, 47, 1, 1 pr; 48, 19, 20; 50, 17, 111, 1; GAYO IV, 112. Véase FADDA: *Concetti...*, *op. cit.*, p. 251; VOCI: *op. cit.*, p. 303.

teramente personal y los herederos responden tan sólo en supuestos concretos (34).

- d) En época clásica, el heredero del precarista no está legitimado pasivamente en el *interdictum de precario* instado por el concedente; ello ponía al concedente en una situación de desventaja, ya que se le obligaba a recurrir a procedimientos menos favorables. Sólo en edad postclásica se equiparan procesalmente las posiciones del precarista y su heredero (35).
- e) Es posible que todavía en época clásica las obligaciones condicionales no se transmitiesen a los herederos. Esta es una cuestión controvertida, puesto que en las fuentes aparecen algunas manifestaciones en favor de la transmisibilidad; ante ello, los romanistas se dividen, y mientras unos afirman la transmisibilidad en el Derecho clásico, otros creen que dicha transmisibilidad sólo se debe a interpolaciones justinianeas (36).
- f) Por último, hay que recordar que en las sucesiones *inter vivos* no había transmisión de deudas; hay sucesión *inter vivos* en los casos de adopción, de entrada de la mujer bajo la *manus* del marido y en los de reducción a esclavitud y todos ellos coexisten con la sucesión *mortis causa* en los tiempos en que ésta ya llevaba consigo la regla general de transmisibilidad de las deudas y la responsabilidad *ultra vires* (37).

(34) FADDA: *op. cit.*, pp. 253-260; VOCI: *op. cit.*, p. 305; BONFANTE: *op. cit.*, p. 158, nota 1.

(35) D, 43, 26, 12, 1. Véase, no obstante, 43, 26, 8, pr, que otorga, según VOCI (*op. cit.*, p. 238), legitimación pasiva a los efectos de una *actio in factum* tanto al heredero como al tercer precarista que lo es por persona interpuesta.

(36) D, 45, 1, 57; 18, 6, 8 pr; 35, 2, 73, 1. Fue VASALLI quien dedujo que estos y otros textos estaban interpolados ("Dies vel condicio", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1915, pp. 238 y ss.; también en *L'origine...*, *op. cit.*, pp. 305 y ss.), a quien siguieron otros (RICOBONNO: "Formazione del domma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizioni", en *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 352 y ss.); desde otro punto de vista, pero llegando a la misma conclusión de intransmisibilidad, BONFANTE (*op. cit.*, pp. 194-195). Por otro lado, aparte de la dificultad que representan los textos citados para negar el traspaso de la obligación condicional, existen otros que plantean nuevos obstáculos; se trata de aquellos otros que hablan de computar o no las obligaciones condicionales en la herencia del deudor a los efectos del cálculo de la cuarta falcidia cuando hubiese legados y en los cuales la cuestión se soluciona a base de cauciones (D, 35, 2, 73, 1; 35, 3, 1, 11; 35, 2, 70; v., PAMPALONI: "Rapporti giuridici condizionale e legge Falcidia", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1909, pp. 190 y ss.); o de los que legitiman al acreedor condicional a ejercer la *separatio bonorum* contra el heredero del deudor (D, 42, 6, 4, 1); ante todo ello, VASALLI opinó que tales textos estaban interpolados (*Dies...*, *op. cit.*, pp. 254-256 y 235, respectivamente; también, para la segunda cuestión, en *L'origine...*, p. 307) y que razones en defensa del tráfico económico aconsejaron la posterior admisión de la transmisibilidad hereditaria (*L'origine...*, p. 317).

Por la no interpolación y la transmisibilidad en la época clásica, FADDA (*op. cit.*, pp. 272-273), VOCI (*op. cit.*, pp. 297-299), ROBBE (*op. cit.*, pp. 242-245).

(37) Para aliviar los posibles fraudes a que pudiese dar lugar esta regulación, el Derecho

14. Intransmisibilidad de las *stipulationes in faciendo*.

Entre todas estas limitaciones, es especialmente importante la relativa a la intransmisibilidad general de las obligaciones de hacer. Las obligaciones consistentes en un *dare* sí se transmiten como regla general y, además, el sucesor tiene un deber *ultra vires* frente a ellas.

La transmisibilidad de las obligaciones de dar está sobradamente justificada. Si la herencia contiene los medios suficientes para dar lo que debe el causante, el sucesor ha de cumplir con ello; de otro modo, la herencia supondría un enriquecimiento injustificado del sucesor en perjuicio del acreedor. Y este planteamiento no tiene por qué dejar de regir ni siquiera en las épocas más arcaicas. Así, p. ej., resulta poco creíble que el acreedor no se pudiese dirigir contra el sucesor para recuperar la cosa que prestó al causante; o, en el caso de una permuta donde el acreedor ya había entregado una cosa al causante mientras éste todavía vivía, para que el sucesor le entregase la cosa ofrecida a cambio o para recuperar la que dio.

Pero las obligaciones de hacer se sustraen a esta regla y el sucesor no tiene ningún deber frente a ellas (38). Notemos, desde un punto de vista teórico, que, en las obligaciones de hacer, con excepción de los raros y excepcionales supuestos donde el deudor es la única persona capacitada para cumplir, la ejecución podría confiarse a un tercero para que cumpla a costa del deudor. Pero esto es así sólo si se piensa desde la perspectiva del Derecho moderno, según la cual las obligaciones de hacer no dejan de ser, por ello, obligaciones estrictamente patrimoniales, exactamente igual que las obligaciones de dar. Así, si un deudor no cumple con una obligación de hacer, se emplean sus medios patrimoniales necesarios para que un tercero la ejecute a costa de esos medios. Recordemos, en este sentido, cómo nuestra LEC ya prevé de manera específica el cumplimiento por un tercero de obligaciones no personalísimas de hacer y a costa del deudor (art. 706); lo cual no es sino una expresión particular de la norma general según la cual la ejecución contra un deudor sólo termina “con la completa satisfacción del acreedor” (art. 570).

Pero el Derecho romano no acepta estos principios, de manera que declara la general intransmisibilidad *mortis causa* de estas obligaciones. Por ello, sólo resta pensar que el Derecho romano las considera personalísimas. Constituida una obligación de hacer, sólo el causante debe cumplirla y nadie más. Así lo expresa la antes citada Constitución de Justiniano que, ya en época postclásica, abolió esta regla (8, 37, 13) y que tacha plan-

pretorio dio una *actio utilis* a los acreedores mediante la cual se consideraba no acaecida la *capitis deminutio* (GAYO 3, 84 y 4, 38). Vid. BONFANTE: *op. cit.*, pp. 28 y 43.

(38) Vid. VOCI: *op. cit.*, p. 231; BONFANTE: *op. cit.*, p. 164.

teamiento precedente como demasiado “escrupuloso” (*supervacua scrupolositate explosa*), lo cual es evidentemente más realista. Volvamos a reiterar lo dicho más arriba. En muchas ocasiones, el *heres* no debería de tener las habilidades o las capacidades necesarias para cumplir; ahora bien, con excepción de los supuestos del causante como única persona capacitada para el cumplimiento, lo que sí tendría serían medios patrimoniales para emplear a un tercero (sin perjuicio de un eventual sucesor insolvente).

15. La *mentio heredis*.

También es llamativa la cuestión de la *mentio heredis*. Consistía en una mención que se hacía al heredero para hacer extensivos contra él los efectos de un pacto. Bastaba una fórmula sencilla del tipo “*¿Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?*” (¿prometes que tú y tu heredero Ticio dareis diez mil sestercios?) (39).

La práctica habitual de mencionar al heredero, muy presente todavía en época clásica, demuestra el sentido restrictivo con que el Derecho romano mira a la transmisión *mortis causa* de deudas. Probablemente, es un residuo del pasado donde el Derecho no reconocía ni siquiera la transmisión *mortis causa* de deudas y en donde se delegaba al acreedor qué hacer ante el fallecimiento del deudor, recurriendo a los instrumentos jurídicos que fuesen necesarios para salvaguardar su crédito ante tal eventualidad. Con este planteamiento, era el acreedor, y no la Ley, quien debería de proveerse de las garantías suficientes para la satisfacción de su crédito, pactando con cada deudor la transmisión *mortis causa* de la deuda; y, en su caso, imponiendo una especial garantía que le pusiese a salvo de la muerte del deudor. En suma, con este planteamiento la muerte del deudor no tendría que provocar la transmisión forzosa de sus deudas a un tercero. Antes que esa transmisión forzosa, impuesta por el Derecho, cada acreedor tendría que velar por sí mismo de sus derechos. Cada acreedor tendría que asegurarse los medios necesarios para que la muerte del deudor no supusiese la pérdida de sus créditos, pactando con el deudor las estipulaciones y garantías necesarias para ello.

(39) D, 45, 1, 56, 1. Otros textos pueden verse en SCHERILLO: *La trasmissibilità...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

También había mención a los herederos en el *pactum de non petendo*. Según algunos, era precisa esa mención para que el pacto fuese extensible a ellos, al menos en Derecho clásico; en otro caso, la remisión del débito sólo tenía lugar en la persona del causante-deudor, pero no en el heredero (SEGRE: “Sull’efficacia del *pactum de non petendo*”, en *Scritti varii di Diritto romano*, Torino, s.f., pp. 115-116 y 118). En cambio, para otros cabía aún en Derecho clásico un tipo especial de *pactum de non petendo* que no mencionaba a personas determinadas (*in rem*) y que era transmisible a los herederos (VOCI: *op. cit.*, pp. 243-246).

Notemos que esta visión no resulta extraña ni siquiera en nuestro tiempo. El Derecho instituye hoy la transmisión *mortis causa* de deudas, cierto; pero ello no impide que los acreedores sigan buscando garantías específicas de sus créditos que cubran el fallecimiento del deudor. Obsérvese un supuesto sobradamente extendido en la práctica comercial, como es, sin ir más lejos, el caso de los préstamos hipotecarios para la adquisición de bienes hipotecables. Está claro que cuando el prestamista (un banco) concede el préstamo, no está pensando que, en caso de muerte del prestatario, su sucesor va a pagar regular y fielmente las cantidades que resten en el momento del fallecimiento; para la entidad bancaria, esta circunstancia es una eventualidad de importancia secundaria, porque lo que realmente va a garantizar el pago del préstamo es la hipoteca que grava a su favor el inmueble adquirido por el prestatario (y, en su caso, además un seguro de vida). El sucesor del prestatario puede cumplir o no; al banco, lógicamente, no le es indiferente que el sucesor cumpla o no; pero tampoco es algo sustancial. Existiendo hipoteca, el único riesgo que asume el banco es la obtención de un lucro inferior para el caso de incumplimiento del sucesor del prestatario.

16. Inaplicación de la tesis en el Derecho moderno.

En resumen, las numerosas excepciones a la regla de transmisibilidad *mortis causa* de obligaciones habidas en Derecho romano (que, en realidad, sólo opera de manera general para las obligaciones de dar y, además, con todas las restricciones apuntadas) aconsejan desechar la tesis Bonfantiana de la sucesión política para explicar el traspaso de deudas.

Al margen de esta barrera, ocurre que el propio esquema de la sucesión *mortis causa*, como fenómeno análogo a la sucesión política, no tiene encaje posible en el Derecho moderno, como, por otra parte, reconocía el propio BONFANTE. Es evidente que, en el Derecho moderno, la sucesión *mortis causa* no puede asimilarse conceptualmente con el supuesto específico de la sucesión en los cargos públicos. En el *ius civile* romano, el fenómeno de la *successio* sólo lo producía, por regla general, la muerte del *paterfamilias*, ciudadano romano y *sui iuris*; en los demás supuestos, no había estrictamente *successio* e incluso cabían supuestos de libre ocupación de los bienes del difunto como *res nullius* (40). Todo lo cual es incompatible con la sucesión *mortis causa* del Derecho moderno, por la sencilla razón de que hoy en día el fallecimiento de toda persona abre su sucesión. No importa su estado civil, ya que éste, como atributo de la per-

(40) Existía, no obstante, *successio* tras el fallecimiento de la mujer *sui iuris*, además de otros supuestos excepcionales (vid. ARIAS RAMOS/ARIAS BONET: *op. cit.*, p. 770).

sonalidad jurídica, es intransmisble y se extingue con su muerte (41). Por ello, es imposible concebir hoy la sucesión *mortis causa* como una sucesión en algún tipo de soberanía o potestad de contenido político y no patrimonial. No puede sostenerse, por tanto, que el sucesor asuma las obligaciones del causante por razón de haber sucedido en esa soberanía o potestad política.

§ 4. La doctrina de la “continuación de la personalidad”

17. El sucesor como deudor “continuador” del causante.

La doctrina del principio de la continuación de la personalidad del causante por el sucesor tiene su epicentro en la Novela 48 del *Corpus* y, junto con la teoría de la *universitas* hereditaria, ha sido durante siglos uno de los pilares recurrentes para explicar la esencia del fenómeno sucesorio.

En virtud de esta doctrina, la transmisión del pasivo sucesorio del causante se generalizaría: el sucesor, en tanto que continuador del causante, estaría obligado a la totalidad del pasivo sucesorio, a cuanto se obligó dicho causante. A esta regla sólo se sustraerían determinadas obligaciones, las obligaciones *intuitu personae*, que sustancialmente se resumen en deberes consistentes en un *facere*, como el mandato o la sociedad. Pero, fuera de estas excepciones, si el sucesor es considerado como un “continuador” de la personalidad del causante, debería de asumir consiguientemente la generalidad de sus obligaciones; y no sólo eso, sino que, además, debería de asumirlas en el mismo estado en que las había asumido el causante. Si el causante se obligó a dar una cosa determinada, el sucesor, como “continuador” de su personalidad, debería de dar esa cosa y no otra. Y si el causante se obligó a hacer o no hacer algo específico, el sucesor, como tal “continuador”, debería de hacer o no hacerlo en los mismos términos en los que estaba obligado el causante.

Es decir, con el principio de continuación de la personalidad, la transmisión de deudas del causante no sólo sería la norma general, sino que, además, se organizaría bajo un régimen presidido por la idea de identidad entre las posiciones de sucesor y causante. Ello, porque el sucesor estaría, en suma, obligado en los mismos términos en los que estaba obligado el causante. El sucesor asumiría las deudas del causante bajo un estatuto deudor que, básicamente, sería el estatuto deudor del causante.

(41) El sucesor puede ejercitar ciertos derechos relativos al estado civil que poseía el causante, p. ej., acciones de filiación. Pero, lógicamente, ello no implica la transmisión del estado civil. En todo caso, las consecuencias sólo pueden tener carácter patrimonial (al efecto de reclamar bienes o derechos ligados al estado civil del causante) o simplemente moral.

18. Sucesor no liquidador.

El sucesor, como “continuador” de la personalidad de su causante, no recibe sus obligaciones con el simple deber de liquidarlas, como si se tratase del administrador de un patrimonio ajeno en liquidación, caso del concurso de acreedores del Derecho moderno. Según el principio de continuación de la personalidad, no es este el mecanismo que opera la transmisión de deudas, porque el sucesor asume íntegras todas las deudas del causante, excepción hecha de las *intuitu personae*.

Notemos que los administradores del concurso de acreedores no asumen las obligaciones de hacer o de no hacer del deudor concursado por la sencilla razón de que éstas continúan vigentes para el deudor; no solamente las obligaciones que ya estuviesen vencidas al tiempo de la declaración del concurso, sino también las que se vayan generando con posterioridad como consecuencia de la continuación de la actividad normal del deudor (cfr. arts. 40.2, 44 y 61.2 de la Ley Concursal; también art. 6 de la Ley de Suspensión de Pagos). Lógicamente, los administradores asumen un conjunto de obligaciones de hacer y de no hacer derivadas del ejercicio de sus cargos; pero estas obligaciones no son las del deudor concursado, sino, simplemente, las que dimanen por razón del cargo de administrador, que es distinto (arts. 35 y 36); las obligaciones del deudor concursado consistentes en un hacer o en un no hacer quedan fuera de la masa pasiva del concurso y siguen plenamente vigentes (cfr. arts. 84.1 y 154 y ss.). Este hecho no es, desde luego, inverosímil. Lo sería si el deudor concursado se desvinculase de las obligaciones de hacer y éstas se tradujesen en un resarcimiento por el *id quod interest* con cargo a la masa activa del concurso. Pero puesto que el deudor sigue vivo, es incontestable que ha de cumplir *in natura* las obligaciones de hacer que pueda ejecutar personalmente.

Para el caso de que el deudor fallezca, el principio de continuación rechaza toda idea de considerar al sucesor como un simple administrador liquidatorio de la herencia. Desde esta perspectiva, el sucesor no puede, por tanto, dejar de ejecutar personalmente e *in natura* las obligaciones de hacer o de no hacer. Al contrario, debe cumplirlas por sí mismo y exactamente del mismo modo que lo hubiera hecho el causante. Lo que significa que el sucesor, como “continuador” del estatuto deudor del causante, tampoco está autorizado para servirse de terceras personas a menos que el acreedor lo consienta, exactamente lo mismo que ocurre con dicho causante aún vivo (cfr. art. 1.205 CC).

19. Imposibilidad de la tesis.

Esta tesis del sucesor como un “continuador” de la personalidad del causante plantea dificultades insuperables. De entrada, aun en el supuesto en que, por hipótesis, se llegase a aceptar que el sucesor puede llegar a “continuar” de algún modo la personalidad misma del causante, quedaría sin explicación el hecho de que las obligaciones *intuitu personae* no transiten al sucesor. Porque si el sucesor fuese en realidad un verdadero “continuador” de la personalidad del causante debería de asumir, en consonancia con esta proposición, la totalidad de sus deudas. De modo que el principio deja en el vacío por qué el que el sucesor sólo asume ciertas obligaciones y otras no, no obstante ser un “continuador” de la personalidad misma del causante y, consiguientemente, un “continuador” de su estatuto deudor. Queda sin explicación, por tanto, la extinción por muerte del causante de muchas de sus obligaciones de hacer y de no hacer: el contrato de trabajo, el arrendamiento de servicios, el mandato y todos los contratos mercantiles derivados de él, la sociedad e incluso el arrendamiento de obra, que es ordinariamente un contrato intransmisible (cfr. art. 1.595 CC). Si el sucesor fuese un “continuador” debería de asumir todas estas obligaciones, a menos de que interfiriesen circunstancias análogas a las que pudieran darse en vida del causante (p. ej., que el sucesor se incapacite).

Pero, ya fuera de todo ello, el problema mayor es cómo aceptar el planteamiento de fondo de la teoría. Es decir, cómo aceptar que el sucesor pueda considerarse nada menos que un “continuador” de la misma personalidad de un difunto. Hasta mediados del siglo xx, por lo menos, esta teoría (junto con la de la *universitas*) ha dominado en la doctrina (42) y,

(42) Sólo a título de ejemplo, puede citarse a MANRESA, quien, comentando el artículo 1.003 CC, afirma: “Tenemos, pues, que admitir en términos absolutos que el heredero puro y simple ha de identificar de tal modo su personalidad con la del causante, que debe de respetar todos sus actos y cumplir con sus obligaciones” (p. 491). Pero matiza al comentar el artículo 1.023r, indicando que dicho precepto “no quiere decir que el heredero beneficiario no represente al difunto. Es desde luego, un sucesor por causa de muerte y a título universal; sucede en todos los bienes y derechos; sucede también en todas las obligaciones, pero sin confundir su personalidad y sin confundir su patrimonio” (*Comentario del CC*, V, 3.ª ed., Madrid, 1910, p. 560).

Por su parte, DE DIEGO indica: “El heredero tiene la figura de representante del difunto, cuya personalidad jurídica continúa aquél, y en esta sazón hay confusión de patrimonios, el del heredero y el hereditario (...), y, por tanto, las relaciones jurídicas de que era titular y portador el difunto continúan en el heredero, como si fueran propias de su persona” (*Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, p. 366).

Y destaca la defensa de BORRELL SOLER, oponiéndose a quienes rechazan el principio: “El heredero es el continuador de la casa, conservador de su historia, por modesta que sea; de sus tradiciones y costumbres, de sus recuerdos; etc. Y esto no tan sólo cuando se hereda a un próximo pariente en todos los casos, con tal que dichas costumbres no sean reprobables; y es natu-

aún hoy, podemos encontrar declaraciones dispersas en alguna STS (43) e incluso en ciertos autores contemporáneos (44). Pero, en realidad, es falsa y carece de valor científico, al menos si es interpretada en un sentido estricto (que es como tiene que interpretarse si quiere ser una teoría seria) (45). Hablar hoy de “continuar” la personalidad de alguien correspon-

ral que se conserven en los demás casos porque nobleza obliga y hay que conservar el prestigio de la casa. Puede decirse que el causante materialmente transmite el patrimonio del difunto y, metafóricamente, su alma. Aun en la venta de un comercio, además de los géneros existentes, se cotiza la clientela, el crédito que, durante años, se ha ido labrando con su honradez, formalidad, trato, buen gusto, etc., con que ha logrado acreditarse. Y estos elementos de carácter moral menos pueden despreciarse en las sucesiones *mortis causa*, íntimamente enlazadas con el Derecho de familia. No ver en aquélla más que su condición económica, más que trasiego de intereses materiales, hace descender a la familia a un nivel muy bajo, poco favorable a la dignificación de la sociedad... En tiempos en que las sociedades gustan el amargo fruto de las doctrinas y prácticas materialistas, no parece oportuno el afán de repudiar desdeñosamente la bella ficción de considerar al heredero como continuador de la personalidad del difunto; y es atrevida la profecía de que acabará por desaparecer lo que tiene de espiritualista la sucesión por causa de muerte; que ha de consistir en una simple transmisión de intereses materiales” (*op. cit.*, pp. 503-504).

(43) La STS de 21 de abril de 1997 (RA 3248) dice que “por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica de su causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquél consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indiferenciada, de la que responden no sólo los bienes hereditarios, sino también los propios” (fdo. 4.º). El problema de fondo era una disputa entre legitimarios, uno de los cuales alegaba la existencia de deudas hereditarias (dinerarias) de cara al cómputo de las legítimas; pero no se logró demostrar la existencia de tales deudas y la afirmación transcrita opera a título de *obiter*.

(44) Es frecuente encontrar referencias al principio en los magistrados del TS en su faceta de escritores. SANTOS BRIZ/SIERRA dicen que en la sucesión *mortis causa* “... las relaciones jurídicas del causante persisten activa y pasivamente como si su personalidad no se hubiera extinguido” (*Tratado de Derecho Civil*, tomo 6, Barcelona, 2003, pp. 14-15). Y VILLAGÓMEZ RODIL afirma que en el beneficio de inventario “... se instaura una separación de patrimonios, el del causante y del propio aceptante, aunque éste sea continuador de la personalidad jurídica de aquél y asuma su representación por haber sucedido a título universal (*Comentario del Código Civil*, coord. por Sierra, V, p. 453, Barcelona, 2000). Pero también se pronuncian referencias desde el ámbito universitario, como GONZÁLEZ PACANOWSKA, para quien “la muerte de las personas no es causa de extinción del vínculo, que continúa entre los que dieron en llamarse «continuadores de su personalidad», cuando se produzcan efectivamente los presupuestos de la sucesión *mortis causa*” (*Comentarios al CC y a las comp. Forales*, XVII-1.º-A, Madrid, 1993, p. 335).

(45) Vid. VOCINO: “Personalità, rappresentaza y volontà del defunto”, *Rivista di Diritto Civile*, 1934, pp. 317 y ss.; BONFANTE: *op. cit.*, pp. 52 y ss.; LACRUZ: “Para una ontología de Derecho Sucesorio”, en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, II, Barcelona, 1992, pp. 401 y ss.; GALVÁN GALLEGOS: *La herencia: contenido y adquisición*, Madrid, 2000, p. 18. Es probable (como advierte LASARTE, *Principios de Derecho civil*, VII, 3.ª ed., Madrid, 2003) que algunos de los autores que refieren el principio sean conscientes de sus evidentes errores. Pero esto, antes que una excusa, es una agravante, por utilizar un principio que se sabe incorrecto para explicar la sucesión *mortis causa*, incluso aunque sea con propósitos simplemente descriptivos o didácticos.

de ya a la metáfora literaria, no al ámbito jurídico, porque, en Derecho, la personalidad es un atributo esencial de cada ser humano y no puede transmitirse ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa* (arts. 10.1 CE y 32 CC). De modo que el sucesor no continúa la personalidad de nadie, puesto que él, como todo ser humano, ya tiene la suya propia y no puede suplantar a un difunto. Lo único que objetivamente puede transmitir una persona tras su muerte son sus bienes y derechos y, en su caso, sus deudas. Y en punto a qué efectos tiene la sucesión de las deudas, todavía queda por aclarar cuáles son. Porque el principio de continuación de la personalidad se limita a introducir un principio de corte evidentemente subjetivista que es incompatible con el Derecho positivo, al menos con el de nuestro entorno cultural.

No obstante, su influencia ha sido determinante y ha derivado con el tiempo en otras doctrinas directamente entroncadas con él. Se trata de las teorías de la “solidaridad familiar” y la más refinada del sucesor como deudor “personal”, todas las cuales se construyen, de una u otra manera, a partir de los mismos elementos subjetivistas en los que se sustenta el principio de continuación de la personalidad.

§ 5. La tesis de la “solidaridad familiar”

20. La “solidaridad familiar”.

Según un planteamiento extendido en la doctrina francesa, el sucesor asume las deudas del causante por “solidaridad” con el causante y con su familia. Para ello, los autores se sirven del principio de continuación de la personalidad, igualmente extendido entre los autores (incluso los más recientes) (46).

Dicho principio de continuación no se interpreta en sentido estricto y algunos autores reconocen, incluso, que, desde el punto de vista técnico-jurídico, sólo es una ficción (47). Su verdadero valor reside en actuar como

(46) Vid. DURNERIN: *La notion de passif successoral*, París, 1992, pp. 141 y ss.; BLONDEL: *La transmission a cause de mort des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux a caractère personnel*, París, 1969, pp. 38 y 143; PLANIOL/RIPERT: “Traité pratique de Droit Civil français, Obligations”, IV, LGDJ, París, 1928, pp. 245 y ss.; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*, IV, vol. 2.º, par Breton, París, 1982, pp. 460 y ss.; RAYNAUD: “Les Successions et les Liberalités”, en *Droit Civil* de Marty y Raynaud, París, 1983, pp. 158-159; TERRE/LEQUETTE: *Les Successions, Les Liberalités*, 2.ª ed., París, 1988, pp. 747 y ss.; GRIMALDI: *Droit Civil, Successions*, París, 1989, pp. 507 y ss.; SERIAUX: *Les successions. Les libéralités*, París, 1986, pp. 12-13; MAURY: *Successions et libéralités*, París, 1998, pp. 6-7.

(47) DURNERIN: *op cit.*, p. 142; RAYNAUD: *op. cit.*, p. 189; *vid.* también BLONDEL: *loc. cit.*

fundamento del deber *ultra vires* (48). Así, se sostiene que el heredero responde ilimitadamente de las deudas de su causante por razón de la “solidaridad” familiar, señalándose que este hecho tiene el suficiente rango moral como para justificar el traspaso *mortis causa* de deudas y el deber *ultra vires*. Pero dicha “solidaridad” familiar engloba también al causante y no sólo a la familia que le sobrevive. Es decir, el heredero no sólo está obligado a pagar las deudas hereditarias por solidaridad con su familia, sino también con el propio causante ya fallecido. De este modo, se afirma que la “dignidad” y “memoria” del causante justifican la transmisión *mortis causa* de sus deudas para que sean satisfechas por el heredero, incluso con su propio patrimonio, como es el caso del deber *ultra vires*. Frente a este régimen se halla el regido por la aceptación a beneficio de inventario, donde el principio de continuación está aminorado o excluido. Pero si existe aceptación pura y deber *ultra vires*, el fundamento del traspaso sucesorio de deudas es el señalado.

La doctrina más reciente intenta limitar en alguna medida las dimensiones exclusivamente morales y familiares del principio de continuación. De este modo, se afirma que en dicho principio también interactúan los intereses económicos de las personas afectadas por la sucesión, es decir, los acreedores del causante, así como los del propio heredero. Sin embargo, lo cierto es que, incluso para estos mismos autores, el fundamento moral y familiar del principio tiene una jerarquía superior al puramente patrimonialista que vela por el interés de los acreedores (49).

21. Solidaridad y soberanía.

Como es evidente, esta justificación de la transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones, tras partir del principio de continuación, termina

(48) Usualmente se habla de “responsabilidad” *ultra vires* o *intra vires*. Pero, en realidad, la expresión reproduce una imprecisión de los Códigos. El sucesor, ante todo, “debe” frente al acreedor del causante y “debe” limitada o ilimitadamente, según acepte o no con beneficio de inventario. Sólo cuando el sucesor incumpla ese deber, se abrirá el capítulo de “responsabilidad” que, además, será siempre universal, independientemente de si hay o no aceptación beneficiaria (cfr. art. 1.911 CC). El artículo 1.003 reproduce la imprecisión (“... quedará el heredero responsable...”; también lo hacen Códigos más modernos, como el portugués en su art. 2.071); mientras que el 1.023,1 se expresa más correctamente (“el heredero no queda obligado...”; también el art. 490,2 del Código italiano, según el cual el sucesor beneficiario “non è tenuto” al pago de las deudas hereditarias más allá de la herencia).

(49) DURNERIN trata de conjugar, por una parte, los diversos “intereses en presencia” para fundamentar la responsabilidad *ultra vires*, entre los que incluye a los acreedores del causante (*op. cit.*, pp. 143-145). Pero algunas páginas atrás el propio autor señala expresamente que el interés que fundamenta en primer lugar la transmisión de las deudas del causante es el del propio difunto, centrado en la protección de su “dignidad” y de su “memoria” (pp. 130-132). En resumen, el autor afirma que son “ses intérêts extrapatrimoniaux qui passent en première ligne: le respect de sa mémoire, sa dignité, la survie de son souvenir” (p. 132).

siendo una expresión renovada de la tesis de la sucesión política ajustada a las exigencias del Derecho moderno, donde la sucesión en la soberanía del *paterfamilias*, imposible hoy en día, ha sido sustituida por una indeterminada sucesión en la “solidaridad” familiar. El heredero, por el solo hecho de serlo, adquiere el deber general de sostener a su familia, para lo cual ha de pagar las deudas del causante incluso con su propio patrimonio, como acontece en el régimen del deber *ultra vires*. Y no por haber sucedido en una hipotética soberanía que regentaba el difunto sobre la misma, es decir, no por haber sucedido en algunos de los efectos derivados del estado civil del causante, sino por haber asumido la “solidaridad familiar” en la que estaba envuelto. De esta manera, la familia se constituye como el argumento nuclear en torno al cual gira el Derecho de Sucesiones y, concretamente, la transmisión de deudas.

22. El deber *ultra vires* (50).

El objetivo de todas estas tesis acerca de la “solidaridad familiar” es contestar al interrogante de por qué el Derecho positivo *institucionaliza* la posibilidad de que la transmisión *mortis causa* de deudas se organice en un régimen de deber ilimitado, *ultra vires*. En otras palabras, se trata de averiguar por qué el Derecho establece de una manera destacada y singularizada la opción del deber *ultra vires* cuando, en realidad, se trata de una posibilidad que, aunque no estuviese institucionalizada en el Derecho positivo, siempre estaría al alcance del heredero que quisiese pagar las deudas del causante con su propio patrimonio. Se trata, en suma, de explicar por qué el deber *ultra vires*, que es sólo una alternativa que, en teoría, no necesitaría ser explicitada por el Derecho, tiene, sin embargo, un tratamiento institucional tan destacado que incluso llega a convertirse en regla general (51).

Expuesta así la cuestión, en su resolución parece poder sentarse que, en efecto, no juegan otras razones que las atinentes a la solidaridad, al respeto, a la memoria u otras análogas puestas en relación a un determinado grupo de personas. No se tienen en cuenta los intereses de los acreedores del causante a ver satisfechos sus créditos. El Derecho no estatuye el deber *ultra vires* para beneficiarlos. Que resulten o no beneficiados por

(50) *Vid. supra*, nota 48.

(51) La opción legal del sucesor de asumir un deber *ultra vires* y pagar con sus propios bienes a los acreedores del causante no se impide ni siquiera aunque resulten perjudicados los acreedores particulares del sucesor, que también es una posibilidad cierta. Los Códigos no contemplan en este caso ningún mecanismo de protección a su favor, al contrario que sucede respecto de los acreedores hereditarios con los diversos institutos de separación de bienes (desequilibrio crediticio no demasiado exquisito, por otra parte, como alguna vez ha sido resaltado).

ello es una circunstancia aleatoria, porque la facultad de optar por el deber ilimitado es potestad exclusiva del sucesor. Y esta potestad no está objetivamente sustentada por el ánimo de proteger esos derechos de los acreedores, sino por el ánimo de proteger los intereses de otras personas conectadas con el causante o con el heredero por vínculos familiares u análogos, pero no patrimoniales. Nótese, en tal sentido, que la opción del deber *ultra vires* puede facilitar el cobro de las deudas hereditarias; pero también puede perjudicarlo, como podría suceder en los casos de un heredero personalmente insolvente (sin perjuicio de los supuestos de separación de bienes).

En resumen, el Derecho estatuye el deber *ultra vires* sin consideración (ni a favor ni en contra) de los acreedores del causante. La opción del deber ilimitado es una facultad cuyo ejercicio depende exclusivamente del heredero. Es el heredero quien decide si va aceptar pura o simplemente o a beneficio de inventario. Los acreedores (excepción hecha, dentro del CC español, del supuesto del art. 1.001) no tienen participación en el acto de la aceptación. No pueden obligar al heredero a que acepte pura y simplemente, porque es una facultad exclusiva y personal del heredero. La cuestión es, por tanto, por qué el Derecho establece esa facultad a favor del heredero, por qué institucionaliza esa posibilidad de la *ultra vires*. Y la respuesta parece dirigirse a todas estas razones en torno a la “solidaridad” familiar.

23. El sucesor como deudor personal.

No obstante lo anterior, el hecho de que el sucesor asuma las deudas del causante por respeto a la “solidaridad” familiar no prejuzga, en teoría, qué contenido tiene el deber del sucesor respecto de dichas deudas. El sucesor responde *ultra vires*, pero ello no termina de dibujar los contornos del deber del sucesor. Está claro que, de acuerdo con esta tesis, las obligaciones de dar se transmiten íntegras al sucesor, quien ha de afrontarlas empleando cuantos medios patrimoniales permita su patrimonio personal y el hereditario. Ahora bien, todavía quedaría por resolver la cuestión de las obligaciones de hacer y no hacer.

A tenor de los pronunciamientos de los autores franceses, parece, sin embargo, que no hay tal cuestión respecto a tales obligaciones de hacer; porque el problema se resuelve de igual modo a como lo hacen las antiguas tesis del principio de “continuación” de la personalidad del causante, a las cuales ya nos hemos referido. Es decir, se considera que el sucesor asume las deudas del causante con un estatuto jurídico sustancialmente idéntico al del causante. Así, para PLANIOL Y RIPERT, “le successeur est tenu des dettes et charges du défunt de la même manière que celui-ci: il

est, en tan que représentant du de cujus, obligé *personnellement* et son titre héréditaire ne pouvant être cédé, il le reste malgré la cession des ses droits successifs qu'il peut consentir" (cursiva nuestra) (52). Pero, además, este *status* deudor persiste también en los casos de aceptación con beneficio de inventario, puesto que en tales casos no se excluye la vigencia del principio de continuación: "L'héritier bénéficiaire reste héritier. Toutes les tentatives qu'on a faites pour réduire son rôle à celui d'un administrateur ou d'un simple représentant des créanciers ont échoué : elles procèdent d'une fausse conception de la situation de l'héritier et des effets du bénéfice d'inventaire" (53). Este punto de vista básico está ampliamente compartido en la doctrina francesa, incluso entre los autores que, como se ha dicho anteriormente, proponen una interpretación más progresiva del principio de continuación (54).

Aunque los autores no lo afirman expresamente, de estas tesis se deduce que, en lo tocante a las obligaciones de hacer y de no hacer, el sucesor estaría obligado a cumplir personalmente las obligaciones de hacer y de no hacer, sin estar autorizado a derivar su cumplimiento a un tercero a costa del patrimonio del sucesor. Con este planteamiento, la transmisión *mortis causa* de deudas se organizaría, por tanto, bajo los mismos parámetros que caracterizan a las antiguas tesis del principio de continuación de la personalidad, ya mencionados. El sucesor asumiría la generalidad de las deudas del causante, ya de dar, hacer o de no hacer. Pero, como ocurre con la tesis del principio de "continuación" de la personalidad del causante, lo haría bajo el mismo el estatuto deudor del causante, de manera que se convertiría en deudor "personal" de cuantas obligaciones se le transmitiesen, no en un simple administrador de un patrimonio en liquidación. Y, en cuanto tal deudor "personal", estaría obligado a cumplir *in natura*, cualquiera que fuera la naturaleza de la obligación transmitida, si de dar, hacer o de no hacer.

(52) PLANIOL/RIPERT: *op. cit.*, pp. 429-430. Los autores suelen exponer el principio, y sus consecuencias, después de rechazar que el CC francés se inscriba en la línea de los sistemas foráneos que ellos denominan como "succession aux biens"; ello sin perjuicio de que se reclame, a veces, mayores garantías liquidatorias a los acreedores en los casos de aceptación a beneficio de inventario. *Vid.* MAZEAUD y otros: *op. cit.*, pp. 404 y 463; SERIAUX: *op. cit.*, pp. 289-290; GRIMALDI: *op. cit.*, pp. 507 y ss.; TERRE/LEQUETTE: *op. cit.*, pp. 746 ss. y 794; RAYNAUD: *op. cit.*, pp. 158-159 y 165.

(53) *Op. cit.*, pp. 495-496. Los autores insisten posteriormente en esto (p. 514).

(54) Refiriéndose a la aceptación pura, DURNERIN dice: "Le successeur est définitivement tenu de répondre du passif successoral, conformément aux principes généraux d'obligation à la dette... En théorie, le successible est devenu débiteur du passif dès le décès" (*op. cit.*, pp. 189-190).

24. Las herencias solventes.

Esta teoría de la “solidaridad” familiar ofrece, pues, la misma solución que la dan las antiguas tesis del principio de “continuación” de la personalidad del causante. Y, sin juzgar, de momento, si tal solución es aceptable o no, al menos suministra indicios no despreciables sobre cómo explicar la transmisión *mortis causa* de deudas de dar en supuestos tales como el de una herencia insolvente aceptada por el sucesor pura y simplemente. En tales casos, la apelación a la “solidaridad” familiar puede ser un argumento que explique la transmisión (55). Ahora bien, estas mismas virtudes son, a la vez, las que descubren sus carencias, que son de mayor rango (56).

En primer lugar, no puede explicar los supuestos en que las deudas de dar no se pagan con cargo al deber *ultra vires* del sucesor, sino con cargo a los bienes de la herencia. Es decir, no puede explicar, por una parte, el pago de deudas de dar en las herencias solventes, no obstante haber sido aceptadas pura y simplemente. Este supuesto de herencias solventes es, con mucho, el supuesto más extendido en la práctica, puesto que en la gran mayoría de las ocasiones el sucesor acepta la herencia puramente sólo para evitar la complejidad formal del beneficio de inventario y sin la intención de comprometer su patrimonio respecto de los acreedores del causante. De este modo, esa idea de “solidaridad” familiar carece de presupuestos de hecho y no llega a actuar. La norma que estatuye en el Derecho positivo la opción del deber *ultra vires* puede presumir que el heredero que elige esta opción se mueve obedeciendo a la “solidaridad” familiar, con lo que va a exponer conscientemente su propio patrimonio ante los acreedores del causante. Pero esta presunción se desvirtúa ante una herencia solvente. Y el resultado es, en definitiva, que el deber *ultra vires* no llega a tener verdadera aplicación práctica y que se desvanece la idea de la solidaridad familiar como fundamento de la transmisión *mortis causa* de las deudas del causante incluso en la aceptación pura.

(55) Ello, sin olvidar los supuestos en los que el propio heredero puro y simple intente destruir la idea de solidaridad familiar de la *ultra vires* alegando ante los acreedores su error sobre la solvencia falsa de la herencia.

(56) Aparte de esas carencias, que son de fondo, hay que notar también que las tesis en cuestión están enfocadas al supuesto prototípico en el que el hijo sucede al padre, dejando fuera a todos los demás. Caben otros grupos o personas que ni siquiera sean familia, incluso aunque el causante fallezca con legitimarios, si el causante nombra herederos a extraños que optan por el deber *ultra vires*.

25. El beneficio de inventario.

Pero donde la tesis de la solidaridad familiar demuestra sus mayores inconsistencias es cuando se trata de explicar la transmisión *mortis causa* de deudas en sede de beneficio de inventario. Aquí, la tesis en torno a la solidaridad familiar termina demostrando su parentesco filial con el principio de “continuación” de la personalidad del causante.

Cuando se trata de obligaciones consistentes en un *dare*, la tesis de la “solidaridad” queda relegada al mutismo, porque el sucesor aceptante a beneficio de inventario va a pagar esas obligaciones única y exclusivamente con los bienes y derechos que ha recibido por sucesión; de modo que cualquier motivación en torno a la “solidaridad” familiar sucumbe ante la motivación economicista del sucesor de pagar sólo con lo que se le ha transmitido. Si el sucesor tiene algún pensamiento en torno a esa “solidaridad”, estará siempre en un segundo plano respecto a sus propios intereses personales.

En sede de obligaciones consistentes en un *facere* o un *non facere* cuando la tesis sí se muestra relevante. Así, como ya se ha indicado, se dice que el sucesor conserva su estatuto aunque acepte con beneficio de inventario. Lo que significa que el deber *intra vires* no impedirá que el sucesor siga siendo un deudor “personal” obligado, por tanto, a cumplir *in natura* las obligaciones de hacer y no hacer. Pero es precisamente este planteamiento el que descubre las inconsistencias de la tesis de la “solidaridad” familiar sobre su pretensión de ofrecer una explicación sistemática de la transmisión *mortis causa* de deudas. Estas inconsistencias son, en realidad, las mismas que padece el principio de “continuación” de la personalidad del causante. Porque, como vamos a ver, la tesis de la “solidaridad” familiar comparte el mismo argumento de fondo que la tesis de la “continuación” de la personalidad del causante.

26. “Solidaridad” familiar y “continuación” de la personalidad.

En el principio de continuación, el sucesor está “personalmente” obligado al cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer porque se le considera un “continuador”, no sólo de su patrimonio, sino, también, de su personalidad. De hecho, algunos autores, cuando expresan el principio, afirman que el sucesor no continúa una noción abstracta de la personalidad del causante, sino su personalidad concreta (57). Es decir, se

(57) “... tenemos, pues, que admitir en términos absolutos que el heredero puro y simple ha de identificar de tal modo su personalidad con la del causante, que debe de respetar todos sus actos y cumplir con sus obligaciones” (MANRESA: *op. cit.*, p. 491).

piensa, en suma, que la sucesión no tiene el simple efecto de transmitir bienes, derechos y también deudas; se piensa que, además de bienes, derechos y deudas, a través de la sucesión *mortis causa* fluye hacia el sucesor una parte de la personalidad del causante. Y así se forma la ficción que pretende esta tesis: el causante no muere del todo; la muerte no hace que su personalidad se desvanezca por completo porque una parte de ella transmigre al sucesor y se instala en él para fundirse con su propia personalidad.

Esta visión metafísica del fenómeno sucesorio, aparte de ser, como ya se dijo, jurídicamente imposible, parte de un prejuicio moral o religioso que, como tal, es meramente subjetivo. Pero sus consecuencias son claras: el sucesor cumplirá *in natura* lo que debía el causante; si estaba obligado a dar algo, lo dará y si estaba obligado a hacer o a no hacer algo, lo hará o no lo hará. Y ese hacer o no hacer lo deberá de ejecutar el sucesor “personalmente”, sin poderse servir de un tercero a costa de su patrimonio. Como ya se dijo, el principio de continuación sostiene que el sucesor asume el mismo estatuto deudor del causante. El sucesor se convierte, por tanto, en un nuevo deudor “personal” con respecto a los acreedores del causante, investido de los mismos deberes que éste.

En la tesis de la “solidaridad familiar”, no es la personalidad del causante lo que fluye hacia el sucesor; fluye, precisamente, ese deber de “solidaridad” para con la familia. Pero, en realidad, esa afluencia de “solidaridad” no es más que una adaptación de la esencia del antiguo principio de continuación a unas exigencias algo más prácticas. Es, en definitiva, una versión actualizada de dicho principio. Y, como versión que es, coincide en lo esencial: la sucesión no se limita a transmitir bienes y deudas. Transmite también un ingrediente adicional, de naturaleza etérea e inconclusa, que obligaría al sucesor a cumplir personalmente e *in natura* con cuantas obligaciones transmita el causante, ya sean de dar, hacer o de no hacer (58).

Así pues, todo este esquema propuesto por la tesis de la “solidaridad” familiar deviene finalmente inaceptable, como inaceptable ya es la tesis del principio de continuación de la personalidad del causante en la que está entroncado. Porque trata de justificar la transmisión de deudas a partir de elementos puramente subjetivos en radical contradicción con el Derecho positivo: el causante no transmite ningún deber atinente a la “solidaridad” familiar, puesto que este deber sólo se lo puede autoimponer cada

(58) Notemos que, en sentido estricto, la “solidaridad” familiar que fluye hacia el sucesor no tendría que tener necesariamente estas consecuencias. Para cumplir con las exigencias planteadas por esa “solidaridad” bastaría, en teoría, el cumplimiento *in natura* por un tercero a costa del patrimonio del sucesor, sin que él estuviese personalmente obligado. Pero ya se ha dicho que los autores le consideran como un deudor “personal”.

persona con arreglo a sus intereses y convicciones personales (y para eso está la opción del deber *ultra vires*). Así que lo único que objetivamente transmite el causante no es otra cosa que bienes y derechos y, en su caso, también deudas. Y, a partir de aquí, todavía queda por aclarar cuál sea el régimen jurídico bajo el que se organiza la transmisión *mortis causa* de deudas.

§ 6. El sucesor como deudor “personal”

27. El sucesor como deudor “personal”.

Una vez analizadas las cuestiones más fundamentales de las teorías que fundamentan la transmisión *mortis causa* de deudas no en el respeto de los derechos a los acreedores del causante, sino, de manera diversa, en el respeto a la persona del propio causante, ya sea por razón del principio de continuación de su personalidad o por razón de la “solidaridad” familiar, se obtiene, finalmente, un resultado algo paradójico. Para explicar la transmisión *mortis causa* de deudas, estas teorías ponen su interés en el causante; ahora bien, la consecuencia de este respeto al causante es convertir al sucesor en un deudor “personal”; como tal deudor personal, está obligado no sólo a las obligaciones de dar, sino también a las de hacer y no hacer, que ha de ejecutar *in natura* y por sí mismo, sin estar autorizado a hacerse sustituir por un tercero a costa de su patrimonio (o del hereditario, para el caso del beneficio de inventario).

Esta consideración del sucesor como deudor “personal” domina también en la doctrina contemporánea, fuera de la francesa. Pero, a diferencia de la doctrina francesa, no se alude a la “solidaridad” familiar. Y tampoco se alude al antiguo principio de “continuación” de la personalidad del causante. Ni siquiera se justifica por cuestión de la protección del crédito de los acreedores de dicho causante. Todas estas cuestiones son silenciadas y, simplemente, se afirma, desde un planteamiento propio de dogmática jurídica, que el sucesor es un deudor “personal” como lo era el causante, es decir, como alguien que asume las deudas del causante bajo el mismo estatuto deudor que tenía el causante. Y no sólo en el régimen del deber *ultra vires*; también se le considera así en el beneficio de inventario.

28. La doctrina italiana.

En la doctrina italiana, la cuestión de la posición del sucesor respecto de las deudas del causante se revitalizó con la entrada en vigor del Código Civil de 1942 y su regulación del beneficio de inventario. La teoría

tradicional preexistente ya venía aceptando que el sucesor asumía una posición deudora equivalente a la de aquél. Pero, después del nuevo *Codice* y su novedosa regulación para el beneficio de inventario, se pasó a discutir qué papel correspondía al sucesor respecto a las deudas del causante. El nuevo Código abría la posibilidad de una administración reglada de la herencia en beneficio preferente de los acreedores del causante. Aquí surgió la tesis de CICU que, con un planteamiento radical, proponía un sucesor netamente liquidador (59). Pero tal doctrina, sin embargo, no tuvo éxito, pese a algún intento conciliador (60). De manera que la doctrina se sigue moviendo dentro del esquema tradicional del concepto dogmático de “sucesión” en una posición jurídica, concepto según el cual (como se verá posteriormente) el sucesor asume la “misma” posición deudora que el causante; aceptándose también que esta concepción vale tanto para la aceptación pura como para el beneficio de inventario, en cuanto que se entiende que el sucesor beneficiario “sigue siendo sucesor” (61).

(59) En realidad, la posición de CICU va más allá de lo que pudiera considerarse como un sistema liquidatorio *stricto sensu*. El autor afirma que las deudas del causante consistentes en un hacer o en un no hacer no afectan al sucesor en modo alguno. Respecto de esta clase de deudas, la sucesión aceptada con beneficio de inventario, en lugar de producir su transmisión *mortis causa* al sucesor, produce el efecto de “resolver” el vínculo obligatorio, según una difícil analogía que CICU establece con la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos bilaterales: “... en las obligaciones de hacer o no hacer en las que no ha habido todavía incumplimiento por parte del difunto, y no había, por tanto, surgido el derecho al resarcimiento del daño, el heredero beneficiario, no estando obligado a la prestación, no podrá ser declarado incumplidor. Y como en la quiebra, existirá el efecto que ésta produce sobre los contratos bilaterales todavía no cumplidos; con la diferencia de que allí el curador puede, cumpliendo por el quebrado, pretender la contraprestación; aquí el heredero no puede cumplir si ello exige una disposición de bienes hereditarios, estando éstos vinculados a favor de los acreedores hereditarios; puede hacerlo si puede cumplir con los propios bienes, pero no está obligado; y si cumple la contraprestación no entrará a formar parte de la masa hereditaria” (*Derecho de sucesiones, Parte General*, trad. de GONZÁLEZ PORRAS con anotaciones de ALBALADEJO, Barcelona, 1964, pp. 533-534). El examen de la facultad de abandono del artículo 507 CC italiano le hace confirmar su tesis (p. 585).

(60) Intento debido a FERRI (*Comentario del Codice Civile*, a cura de Scialoja/Branca, art. 456-511, 2.^a ed., Bologna-Roma, 1980, pp. 325 y ss.).

(61) *Vid.* STOLFI: “Successione nei rapporti ed acquisto del diritto”, en *Studi di Diritto Privato*, del mismo autor, Milán, 1980, pp. 157 y ss. (en los mismos *Studi...*, *Concetto dell'erede*, pp. 186 y ss.); GROSSO/BURDESE: *TDC*, XII-1.^o, Torino, 1977, pp. 445 y ss.; BRAMA: *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, Milán, 1987, pp. 36 y ss.; LORECFE: “L'accettazione con beneficio con beneficio d'inventario”, en *Successioni e donazioni*, dir. Rescigno, Padova, 1994, pp. 271-272. Es inexcusable, por otra parte, la cita de VOCINO: *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milán, 1942, pp. 70-75 y 127-134. *Vid.* también PINO: *Il Patrimonio separato*, Padova, 1950, pp. 58 y ss.; ARPENTI, en *Codice Civile*, dir. por Perlingieri, II, pp. 47 y 60.

En sintonía con esta línea de pensamiento, en la doctrina germana se suele afirmar que el sucesor no sólo responde (*haftet*), sino que también debe (*schuldet*) (MAROTZKE: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 1967-2017, 12 ed., Berlín, 1982, pp. 6-7. *Vid.* también LANGE/KUCHINKE: *Lehrbuch des Erbrechts*, 3.^a ed., Munich, 1989, p. 936; BROX: *Erbrechts*, 16 ed., 1996, pp. 396-397).

29. La tesis de ZACCARIA.

En el marco de estas tesis, la posición del sucesor aceptante a beneficio de inventario como deudor es detallada por ZACCARIA (62). Según este autor, el sucesor aceptante a beneficio de inventario sucede en las deudas hereditarias y ocupa respecto de éstas la misma posición que el causante. Como consecuencia, el autor entiende que el deber *intra vires* propio del beneficio de inventario no afecta a las obligaciones de hacer y de no hacer, puesto que no exigen empleo de bienes y derechos para su pago y, por tanto, deberán ser cumplidas “personalmente” por el sucesor, exactamente del mismo modo que hubiera correspondido al causante (63). Así, las obligaciones hereditarias consistentes en dar algo serán cumplidas a expensas de la herencia y, en caso de que el objeto de la obligación no esté presente en la herencia (dinero, por ejemplo), el sucesor deberá proceder a la realización de los bienes hereditarios para entregar lo obtenido a los acreedores. Y en cuanto a las obligaciones de hacer o no hacer que no sean personalísimas, susceptibles, por tanto, de transmisión *mortis causa*, deberán ser cumplidas por el sucesor en tanto que, por su propia naturaleza, no exigen empleo de medios patrimoniales. En este sentido, ZACCARIA cita, a título de ejemplo, las obligaciones de no edificar, de no concurrencia, de suministrar información respecto del funcionamiento de una empresa o de limitación del derecho de voto. Según este autor, ocurre, en suma, que, con respecto a estas obligaciones de hacer o de no hacer “il fatto che l’eredità si stata accettata con beneficio d’inventario non comporta alcuna conseguenza: questi debiti vanno adempiuti allo stesso modo in cui debbono essere adempiuti da un erede accettante puro e semplice” (64).

30. La doctrina española.

En nuestra doctrina se acepta mayoritariamente que el sucesor tiene un estatuto deudor análogo al del causante. Es decir, se acepta que el sucesor es un deudor “personal” del acreedor hereditario, del mismo modo en que ya lo era el causante. Tanto es así, que la cuestión apenas tiene lugar en sede de aceptación pura, sino directamente en sede beneficio de inventario, donde el estatuto jurídico del sucesor beneficiario se equipara

(62) *Rapporti obbligatori e beneficio d’inventario*, Turín, 1994, pp. 53 y ss.

(63) Ello, sin perjuicio de que el deber puro de hacer o no hacer algo esté acompañado de un deber accesorio de dar.

(64) *Op. cit.*, p. 60.

al del aceptante puro y simple (65). Así, se afirma que “el llamado a la herencia que la acepta es también verdadero heredero cuando se prevale del beneficio de inventario. Así, es dueño de los bienes y ... deudor de las deudas del caudal” (66); que el heredero beneficiario “es un verdadero heredero y, por tanto, deudor personal, con la única particularidad de que responde limitadamente” (67) o que “el heredero que acepta a beneficio de inventario sigue siendo heredero, sucesor del causante, y, por tanto, deudor personal de las deudas que aquél hubiera contraído en vida y deudor de las demás cargas de la herencia, pero su responsabilidad está limitada al caudal relicto” (68); igualmente, se afirma que “el heredero como sucesor a título universal de todos los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (arts. 659, 660 y 661) y titular del patrimonio relicto responde personalmente de todas las deudas y cargas de la herencia, aunque esta responsabilidad esté limitada «hasta donde alcancen los bienes de la misma»” (69). En fin, de una u otra manera, se afirma concluyentemente que “al ocupar el heredero el puesto del difunto se convierte en titular de los derechos que pertenecían a éste, en deudor de las obligaciones que tenía, y, en suma, en sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas en que lo era el otro, asumiéndolas tal cual estaban en sus manos y tomando sobre sí, en el estado en que se halle, la producción de los resultados de lo realizado o por el causante, o frente a él por otros. Aplicándose la vieja regla de que el «heredero tiene el mismo poder y derecho que el difunto»” (70).

(65) En sede de aceptación pura se dice que “el heredero aceptante pasa a colocarse en la misma situación que tenía el causante respecto de los bienes, derechos y obligaciones que se le transmiten.” (SERRANO ALONSO: *Manual de Derecho de sucesiones*, Madrid, 1002, p. 71). “Quien resulte ser heredero sucede al causante y ocupa su lugar jurídico en relación a los derechos y obligaciones pendientes sin solución de continuidad.” (VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Particiones hereditarias, liquidación de gananciales y demandas judiciales*, I, p. 126, Madrid, 2002). “Los efectos de la aceptación pura y simple de la herencia consisten en la subrogación total del heredero en el lugar del causante y, por consiguiente, asumiendo la totalidad de las cargas de la herencia.” (FARRÉ ALEMÁN: *Código Civil concordado y comentado*, Barcelona, 2000, p. 239).

(66) LACRUZ: *Derecho de Sucesiones*, I, Madrid, 1971, p. 174.

(67) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de Sucesiones*, ..., II, *op. cit.*, p. 644.

(68) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: *Derecho de Sucesiones*, con A. M. López y otros, Valencia, 1992, p. 563.

(69) RUIZ SERRAMALERA: *Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1987, pp. 241-242.

(70) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, V-1, Madrid, 1979, pp. 244 y ss. Algunos autores no llegan a decir de manera expresa que el heredero beneficiario es un deudor “personal” y se limitan a establecer que, como sucesor que es, se subroga en los derechos y obligaciones del causante (ROCA SASTRE: *Notas al Derecho de Sucesiones* de Kipp, vol. 1.º, *op. cit.*, pp. 413-414; le siguen, explícitamente, VALLET: *Panorama...*, II, *op. cit.*, p. 545; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, V-1.º, *op. cit.*, pp. 266 y ss.). En la misma línea, LÓPEZ CONTRERAS: “... es un auténtico sucesor que se subroga en los derechos y obligaciones del causante, si bien su responsabilidad es limitada y su patrimonio no se confunde con la herencia aceptada ...”, “La responsabilidad *ultra vires* e *intra vires*

En la doctrina de los Derechos civiles autonómicos destaca la doctrina catalana, que afirma insistentemente que el heredero aceptante a beneficio de inventario es tan heredero como el aceptante puro y simple (71).

31. Referencia a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

Llegados a este punto es conveniente hacer una referencia a las tesis de PEÑA acerca de las deudas de la herencia (que tanta influencia han tenido en la doctrina) (72). Dichas tesis se enmarcan en un ámbito distinto al aquí planteado y caen fuera de este trabajo. En PEÑA, la discusión se sitúa en un estado posterior y, básicamente, está dirigida a construir un sistema de protección de los acreedores del causante en base a la idea central de la "persistencia" del patrimonio hereditario. Pero, como es obvio, ocurre que esta cuestión, que gira en torno al viejo problema del *beneficium separationis*, no es un punto de referencia del que partir en busca del fundamento de la transmisión *mortis causa* de deudas. Es, simplemente, un apartado ulterior en busca de aspectos sectoriales del estatuto del sucesor con respecto a las obligaciones de dar.

Notemos que, en el tema de la separación de bienes a favor de los acreedores hereditarios (enunciado por ULPIANO) (73), las obligaciones de hacer y de no hacer quedan fuera de lugar, a menos que se conviertan en un crédito sobre bienes y derechos de la herencia. Porque si esto no es así y se entiende que el sucesor está obligado a cumplirlas *in natura*, está claro que ni los acreedores del causante portadores de créditos de hacer o de no hacer, ni tampoco los acreedores personales del sucesor portadores de la misma clase de créditos, van a poder exigir preferencia alguna en el cumplimiento de tales créditos consistentes en un hacer o un no hacer.

en la herencia y en los legados", en *Estudios de Derecho Privado*, dir. por De la Esperanza Martínez-Radio, II, Madrid, 1965, pp. 434-435.

(71) Vid. BORRELL SOLER: "Algunos problemas del beneficio de inventario", *RJC*, 1951, p. 505; PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS: *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, III-2.º, Barcelona, 1980, pp. 525-526; GETE ALONSO: *CA*, XXIX-3.º, Madrid, 1986, pp. 362-364; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO: *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, I, Barcelona, 1994, p. 119.

(72) Desde su aparición, las tesis de PEÑA acerca de la "persistencia del patrimonio hereditario" (título del cap. VIII de su famosa obra) han ido sumando continuas adhesiones y hoy en día podrían ser, incluso, doctrina mayoritaria; además de figuras como LACRUZ y ALBALADEJO, que aceptaron prontamente tales tesis, pueden citarse: GARCÍA RUBIO: *La distribución de la herencia en legados*, Madrid, 1989, pp. 196-206; ROVIRA JAÉN: "En torno a las deudas de la herencia", *RCDI*, 1969, pp. 1573 y ss.; O'CALLAGHAN: *Compendio...*, V, *op. cit.*, p. 52; GUTIÉRREZ BARRENENGO: en *Compendio de Derecho de Sucesiones*, dir. por Lledó, Madrid, 1998, pp. 310 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES: "El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español", *ADC*, 1998, pp. 81 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA: *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Madrid, 1989, pp. 132-150.

(73) D, 46, 2, 1. Vid. su texto *infra* nota 92.

Concurriendo acreedores hereditarios y personales, portadores ambos de esta clase de créditos, es absurdo que unos u otros pretendan que el sucesor cumpla antes con unos que con otros. Puesto que el cumplimiento es *in natura* y estamos hablando de obligaciones de hacer o de no hacer, que, al contrario que las obligaciones de dar, no se cumplen mediante entrega de bienes o derechos, está claro que el sucesor (caso de estar obligado a cumplir *in natura*) debería de satisfacerlas rigiéndose única y según las respectivas fechas de vencimiento que tengan las obligaciones, ya sean hereditarias o personales.

A partir de aquí queda claro que la tesis separacionista de PEÑA en torno a la “persistencia” del patrimonio hereditario está exclusivamente dirigida a completar algunos aspectos de la posición jurídica del sucesor con respecto a las obligaciones de dar, como todas las tesis sobre el beneficio de separación de bienes enunciadas desde ULPiano. Todo lo relativo al fundamento de la transmisión de deudas no pasa de obligadas referencias generalistas. En particular, el autor no se pronuncia acerca de lo que pueda ocurrir con respecto a las obligaciones del causante consistentes en un hacer o un no hacer (74).

(74) De manera más específica, puede decirse que lo que en la obra de PEÑA pudiera tener relación con este trabajo es tratado con cierta confusión y no exento de contradicciones. Así, por una parte, el autor introduce un breve capítulo en el que desglosa lo que van a ser las bases teóricas de sus tesis ulpianas y afirma: “Los herederos suceden al difunto en sus deudas, pero no en cada relación obligatoria aisladamente, sino en todas ellas conjuntamente y sólo en cuanto nuevo titular del patrimonio a que las deudas siguen afectando. Acepten o no con beneficio de inventario son igualmente deudores. De la sucesión se desprende únicamente la responsabilidad *cum viribus*. Las deudas se conservan inalteradas a través de la vicisitudes de la titularidad: yacencia; aceptación pura y simple o con beneficio de inventario (por el único o por varios herederos); partición. No sufren más alteración que la estrictamente irremediable: la impuesta por la muerte. Aparte la alteración sufrida en la titularidad del patrimonio, el régimen de las deudas, respecto del patrimonio, sigue inmutable” (*La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967, p. 152). Sin embargo, esta idea de identidad de la deuda hereditaria transmitida, con evidentes conexiones con las tesis del principio de continuación de la personalidad, no le impide obtener una concepción fundamentalmente patrimonialista del fenómeno hereditario: “El Código, lejos de ser trasunto de las concepciones romana y francesa, está en la etapa final de una larga evolución en la que se va imponiendo la idea de que el fenómeno sucesorio, en su repercusión patrimonial, afecta únicamente a la titularidad del patrimonio del causante, y nunca implica la desaparición de la individualización del patrimonio. Suceder, a efectos patrimoniales, es simplemente —como ya hemos dicho— sustituir al causante en la titularidad de un patrimonio que, no obstante, continúa diferenciado” (pp. 150-151; cursiva del autor). Esta concepción patrimonialista se desliza en expresiones del autor, según las cuales las deudas de la herencia “afectan” al patrimonio hereditario; e incluso, en ocasiones, se desliza también la idea de que la sucesión *mortis causa* da paso a un procedimiento liquidatorio, con independencia de que haya o no beneficio de inventario: “El carácter de patrimonio en liquidación que tiene el patrimonio hereditario obliga a tomar alguna prevención en defensa del orden de prelación (cf. art. 1.028 CC)” (p. 195).

32. Cumplimiento personal e *in natura*.

Aclarado lo anterior, resulta, por tanto, que la aplicación de la tesis que patrocina un sucesor como deudor “personal”, tanto en los supuestos de aceptación pura y simple como con beneficio de inventario, implicaría, en definitiva, la transmisión íntegra de todas las obligaciones del causante (con excepción de las *intuitu personae*).

Con respecto a las obligaciones de dar, no importaría que se trate de cosas que estén o que no estén en la herencia, porque el sucesor debería de dar lo que se obligó a dar el causante; de modo que, para el caso de que la cosa no estuviese en la herencia, tendría que adquirirla a costa del patrimonio herencial o, en su caso, para el caso de deber *ultra vires*, a costa de su propio patrimonio.

Y con respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer, el sucesor debería de cumplirlas tal cual debiera haberlas cumplido el causante. Por ello, su cumplimiento no dependería de la mayor o menor solvencia patrimonial de la herencia o del heredero. Este dato sería aquí insustancial. La herencia o el patrimonio personal del sucesor pueden tener o pueden no tener la suficiente solvencia que permita el cumplimiento de las obligaciones de dar. Pero las obligaciones de hacer y de no hacer se cumplirían siempre, incluso aunque la herencia o el patrimonio personal sean insolventes. Y ello porque si el sucesor fuese considerado como un deudor “personal”, las obligaciones de hacer y de no hacer se cumplirían no a costa de medios patrimoniales, sino a costa de una actividad personal del sucesor. Más exactamente, el sucesor habría de cumplirlas *in natura* y, además, personalmente. De modo que no estaría autorizado a hacerse sustituir por un tercero para que ejecutase la obligación a expensas de los bienes y derechos de la herencia o, en caso de aceptación pura, también a expensas del patrimonio propio del sucesor. Según la tesis comentada, el sucesor es deudor “personal”, lo que implica que no puede delegar el cumplimiento de sus obligaciones a un tercero. Podría hacerlo si media el consentimiento del acreedor del causante. Pero no en otro caso (cfr. art. 1.205 CC).

Nótese que esta subsistencia íntegra de las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión *mortis causa* es, justamente, la acontecida en los casos de concurso de acreedores; y no por casualidad. En el concurso, todas las obligaciones de *dar* del deudor concursado han de cumplirse a expensas de la consistencia patrimonial de la masa activa. De ello se encargan los administradores del concurso. Ahora bien, las obligaciones de hacer y de no hacer permanecen vigentes por la simple razón de que el deudor sigue vivo y no está, por supuesto, inhabilitado para cumplirlas (arts. 40.2, 44, 61.2, 84.1 y 154 y ss. de la Ley Concursal). En el caso de la sucesión *mortis causa*, el deudor es sustituido por otro que, de acuerdo con la tesis co-

mentada, no asume el papel de simple administrador de la herencia; al contrario, asume el papel de deudor “personal”, análogo al causante. Y obligado por ello, al cumplimiento íntegro de todas las obligaciones, incluidas las de hacer y no hacer, *como si el causante siguiese vivo*.

33. Deudor “personal” y principio de “continuación”.

Puede decirse, por tanto, que, de acuerdo con esta tesis del sucesor como deudor “personal”, la transmisión *mortis causa* de deudas se realiza de una manera sustancialmente autónoma a la transmisión *mortis causa* de bienes y derechos del causante. El causante puede resultar insolvente, pero esta insolvencia sólo es un hecho relevante para la subsistencia de las obligaciones de dar. Porque es irrelevante para la subsistencia de las obligaciones de hacer y de no hacer. Salvados los supuestos de obligaciones *intuitu personae*, estas obligaciones se transmiten siempre, con independencia de si la herencia es solvente o no.

Pues bien, todo este planteamiento reproduce, en el fondo, el fundamento que inspira al viejo principio de “continuación” de la personalidad del causante, así como su versión modernizada en la tesis francesa de la “solidaridad” familiar. En lo tocante a transmisión *mortis causa* de obligaciones consistentes en un *facere* o un *non facere*, si la razón que inspira al dogma del sucesor como deudor “personal” fuese evitar un hipotético enriquecimiento injustificado del sucesor frente al acreedor del causante (porque éste ya dio su contraprestación en vida del causante), bastaría con que las obligaciones de hacer y de no hacer se ejecutasen por cualquiera capaz de hacerlo, ya fuese el sucesor o un tercero a costa de la herencia o del patrimonio personal del sucesor (dependiendo de si hay o no beneficio de inventario). Si la obligación de hacer o de no hacer se ha transmitido al sucesor, quiere decirse que no es *intuitu personae*, que no es personalísima pues; y ello significa que podrá ser cumplida por el sucesor y también por un tercero. De una u otra manera, los acreedores del causante quedarían satisfechos y se les evitaría un daño equivalente a un lucro injustificado del sucesor.

Sin embargo, para la tesis en cuestión, el sucesor es, por definición, un deudor “personal”, sin poder delegar a un tercero, a menos, claro está, que cuente con la autorización del acreedor, exactamente igual que ocurría en vida del causante (art. 1.205 CC). Y puesto que el cumplimiento “personal” no está ligado a la recepción de bienes y derechos del causante, sino, simplemente, al hecho de ser sucesor, es obligado concluir que, con respecto a las obligaciones de hacer y no hacer, el sucesor que cumple “personalmente” con tales obligaciones no lo hace por consideración a los acreedores del causante. Lo tiene que hacer en consideración a otros motivos,

los cuales quedan ocultos bajo la difuminada luz del dogma del sucesor como un deudor “personal” análogo al causante. Motivos ocultos que, se quiera o no, no puede dejar de entroncarse en los mismos argumentos subjetivistas de las tesis del principio de “continuación” de la personalidad del causante o de la “solidaridad” familiar (75).

Y de desnudar la inconsistencia frente al Derecho positivo de todas estas tesis nos ocupamos a continuación.

§ 7. El sucesor como liquidador

34. Tesis subjetivistas.

Por lo que se refiere a las tesis subjetivistas (la del principio de continuación de la personalidad y de la “solidaridad familiar”), es evidente que conciben a la sucesión *mortis causa* no tan sólo como un fenómeno en virtud del cual el causante transmite bienes, derechos y deudas. Para estas tesis, la sucesión transmite, además, un elemento de naturaleza inconclusa, abstracta, constituido por una fracción ideal de la personalidad del causante o por un etéreo deber relativo a una “solidaridad” con los demás sucesores. Es ese impreciso elemento el que justifica, según esas tesis, que el sucesor deba de cumplir personalmente, por sí mismo, las obligaciones del causante y, en particular, las consistentes en un hacer y en un no hacer. Se piensa que una parte de la personalidad del causante persiste en el sucesor y es la que le obliga a cumplir personalmente con esos deberes; o bien se piensa que es el conjunto de personas formado por el causante y su “familia”, lo que justifica la imposición de tales deberes por una cuestión de “solidaridad” con todos ellos.

Pues bien, toda esta visión del fenómeno sucesorio es jurídicamente incompatible con las libertades constitucionales. Es incompatible, de entrada, con la libertad religiosa (art. 16 CE), porque detrás de las tesis de la “solidaridad familiar” y, mucho más señaladamente, detrás de la tesis

(75) No vale decir, como una hipotética defensa de la tesis del sucesor deudor “personal”, que éste puede hacerse sustituir por un tercero para que cumpla a su costa si con ello perjudica no al acreedor, el cual no podría alegar el artículo 1.205 CC por aplicación de la doctrina del abuso de Derecho. Y no vale porque esto ya lo puede hacer cualquier deudor, como una simple excepción a una regla general que sigue inmodificada (el deudor como sujeto personalmente obligado frente al acreedor que no puede hacerse sustituir si no es el consentimiento de tal acreedor). Lo que significa, ya en el terreno procesal, que será el deudor quien tenga que probar que la sustitución no ha producido ningún daño al acreedor, justamente al contrario que en un sistema donde, por hipótesis, el deudor pudiese hacerse sustituir sin consentimiento del acreedor.

del principio de continuación de la personalidad subyacen indudablemente un crisol de creencias religiosas o morales de todo orden; creencias todas ellas respetables, pero creencias que no pueden ser impuestas como un dogma fuera del ámbito que les corresponda, que en ningún caso puede confundirse con el ámbito jurídico. El sucesor es libre de cumplir las obligaciones del causante por creerse “representante” del difunto en el mundo y también es libre de cumplir por consideración y solidaridad con su memoria y la de su familia. Pero, por tratarse de creencias personales, enraizadas en la conciencia de cada cual, el Derecho no puede objetivar tales creencias imponiendo como regla general un deber personal al sucesor que le obligue a ejecutar por sí mismo e *in natura* las obligaciones del causante consistentes en un hacer y un no hacer. De donde deriva, a la postre, que todas las tesis que patrocinan un sucesor encorsetado en el cliché de deudor “personal” terminan chocando con la propia dignidad y la libertad del sucesor (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 17.1 CE).

35. Crítica general.

La imposición de un deber *personal* al sucesor significa que ha de cumplir personalmente e *in natura* con las obligaciones de hacer y de no hacer del causante. Según estas tesis, no importa la persona del sucesor ni sus intereses, ni siquiera cuentan los intereses de los acreedores. Lo que importa son los intereses de un difunto o la “solidaridad” con su familia, intereses todos ellos que priman sobre los intereses del sucesor. Al mismo tiempo, los intereses de los acreedores son obviados. Ya hemos visto que para estas teorías no es el interés de los acreedores del causante el punto de referencia. Estas tesis que imponen un deber personal al sucesor no atienden, como se ha venido diciendo, a la protección del acreedor. El deber personal se impone o bien por consideración al causante o a la “solidaridad familiar” o, bien, sencillamente, por consideración a un puro dogma que, se quiera o no, está directamente entroncado en las tesis subjetivistas. Así pues, se termina proponiendo un sucesor como deudor “personal”, no por el hecho objetivo y constatable de la protección del crédito del acreedor, sino por un hecho envuelto en brumas de ultratumba como es la continuación de la personalidad causante o en otro evento rodeado de neblinas, como es la alusión a la “solidaridad familiar”. O, sencillamente, se propone un sucesor deudor “personal” sólo por cuestión de cumplir con un puro dogma acuñado en el tiempo como producto final de la destilación de todas esas brumas y neblinas.

Para que el sucesor quede libre de todas estas ataduras, la sucesión *mortis causa* ha de tener un sentido estrictamente patrimonial, de modo que su efecto sea la simple transmisión de bienes y derechos cuyo destino sea,

en primer lugar, el pago de deudas del causante, *cualquiera* que sea la naturaleza de estas deudas, si de dar, hacer o de no hacer. Dicho de otro modo, el sucesor *mortis causa* no ha de sentirse vinculado frente a los acreedores del causante sino en la medida que lo permitan los bienes y derechos de dicho causante, sin perjuicio, lógicamente, de que extienda ese deber a su propio patrimonio si acepta pura y simplemente. Es más, puede comprometerse frente a los acreedores del causante a cumplir personalmente las obligaciones de hacer y de no hacer. Pero esto ha de ser una facultad suya, no una imposición de la Ley. Porque, fuera de este esquema, la imposición al sucesor de un estatuto de deudor personal frente a las obligaciones del causante pasaría por atribuirle un deber *extra* en relación a lo que transmite realmente el causante, que no son otra cosa que bienes y derechos, por una parte, y deudas en las que emplearlos, por otro. El causante no transmite otra cosa que elementos patrimoniales activos o pasivos, pero no atributos nebulosos.

36. Obligaciones *intuitu personae*.

A partir de aquí, lo único que justificaría que el Derecho pudiese imponer ese deber “personal” al sucesor sería enjuiciar el único dato objetivo posible, que no puede ser otro que la protección de los acreedores del causante. Y, como vamos a ver, ocurre que tampoco la protección de los acreedores ofrece esa justificación.

Desde las épocas más antiguas del Derecho romano hasta nuestros días, las obligaciones de hacer y no hacer se han sustraído de manera general a la regla de transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones. En realidad, el imperio de esta regla se extiende a las obligaciones de dar, porque las obligaciones de hacer y de no hacer o bien han sido intransmisibles en su conjunto, como es el caso de las citadas *stipulationes*... hasta período clásico, o bien han pasado a formar el grupo de las obligaciones *intuitu personae*, grupo que está fundamentalmente nutrido por obligaciones de hacer y de no hacer. Así, las procedentes del arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, mandato y contratos mercantiles derivados, sociedad o arrendamiento de obra, que, en la práctica, es ordinariamente intransmisibles (cfr. art. 1.595 CC), lo mismo que el depósito (cfr. arts. 1.776 y 1.778).

En Derecho romano, la intransmisibilidad de las *stipulationes*... era calificada como de demasiado “escrupulosa” por la Constitución ya citada que abolió esa regla (8, 37, 13), mientras que en Derecho moderno la intransmisibilidad de la obligación *intuitu personae* se suele explicar por los autores por un doble orden de causas. O bien por razón de proteger al propio acreedor, en tanto que el fallecimiento del causante supone la desaparición de las características objetivas (capacidad y cualificación) y/o sub-

jetivas (confianza especial) necesarias para el recto cumplimiento de la obligación. O bien por razón de proteger al propio sucesor, para descargarle de deberes que, por su propia naturaleza, puede ser incapaz de asumir a menos de obligarle a hacer cosas en la frontera de la imposibilidad.

Pero en realidad, todas estas explicaciones sobre la intransmisibilidad de las obligaciones *intuitu personae* se resumen en que tales obligaciones, que en general son obligaciones consistentes en un *facere* y un *non facere*, no se pagan con bienes y derechos, como las obligaciones consistentes en un *dare*, sino mediante una actividad o inactividad del deudor. Por ello, ocurre que las obligaciones de hacer y de no hacer son generalmente intransmisibles porque la sucesión *mortis causa*, al margen de deudas, sólo tiene como efecto único y objetivo la transmisión de bienes y derechos del causante.

37. Sucesión en los bienes y derechos.

A partir de este dato, la Ley ya excluye directamente la transmisibilidad *mortis causa* del grueso de las obligaciones de hacer y de no hacer, como se ha apuntado. Y para el conjunto residual de obligaciones de hacer y de no hacer, su posible transmisibilidad *mortis causa* se justifica sólo en función de los intereses de los acreedores del causante. Pero no sólo eso. La transmisibilidad se justifica sólo con la condición de que tales obligaciones no conviertan al sucesor en un deudor “personal” situado en el mismo plano que el causante; es decir, se justifica sólo con la condición que el sucesor no quede obligado a cumplirlas *in natura*.

La protección del crédito de los acreedores, viva o no el deudor, es, evidentemente, un pilar fundamental del Derecho; ahora bien, ya no es un pilar del Derecho el que el crédito del acreedor, cualquiera que éste sea, se intente proteger en todo caso a costa de un sucesor que, sin embargo, sólo recibe del causante bienes y derechos del causante para cumplir sus obligaciones. Para pagar las deudas del causante, el sucesor no recibe más que eso (sin perjuicio, además, de los casos de *hereditas damnosa*). El sucesor no es investido de un título sacramental que le imponga, además, el deber de actuar por sí mismo para cumplir *in natura* las obligaciones de hacer y de no hacer. El sucesor sería investido de ese título sacramental si se aceptase la verosimilitud del dogma del sucesor como deudor *personal*, del principio de continuación o de la “solidaridad” familiar. Pero fuera de estos pseudoargumentos, lo cierto es que lo único que recibe el sucesor son bienes y derechos y éstos deben ser los que el sucesor debe emplear para pagar las deudas del causante, sean de la clase que sean, ya de dar, hacer o de no hacer (sin perjuicio del deber *ultra vires*, que alcanzará a los bienes y derechos propios del sucesor).

En justicia, pues, el único deber que cabe imponer objetivamente al sucesor es, simple y llanamente, el de *liquidar* las deudas del causante con los bienes y derechos recibidos por sucesión y sin perjuicio, naturalmente, de la opción acerca del deber *ultra vires*. De manera que las obligaciones de hacer y de no hacer deben entrar en una fase de naturaleza *liquidatoria* en donde sean valoradas económicamente para convertirse en simples obligaciones de dar bienes y derechos, que podrán ser pertenecientes a la herencia (en caso de haber sido aceptada con beneficio de inventario) o pertenecientes al sucesor (en caso de haber sido aceptada pura y simplemente).

38. Protección de los acreedores del causante.

Este planteamiento compatibiliza los intereses del sucesor y de los acreedores del causante. Ni el sucesor se enriquece por el hecho de asumir las deudas del causante mediante un deber liquidatorio, ni el acreedor se empobrece con ello. Que el sucesor no se enriquece en absoluto por el hecho de que las obligaciones de hacer y de no hacer se evalúen económicamente y sean liquidadas mediante entrega equivalente de bienes y derechos está meridianamente claro. El sucesor se enriquecería si esas obligaciones de hacer y de no hacer simplemente se extinguiesen, como ocurría con la intransmisibilidad *mortis causa* de las *stipulationes in faciendo* del Derecho romano clásico, según se vio. Pero, según el planteamiento aquí propuesto, las obligaciones de hacer y no hacer sí se transmiten por sucesión *mortis causa*, pero convertidas en simples obligaciones de dar su valor económico equivalente.

Y por lo que se refiere al acreedor del causante, basta con que el sucesor asuma una posición liquidatoria para que el acreedor del causante quede satisfecho. Y ello, cualquiera que sea la relación jurídica que atribuya a dicho causante una obligación de hacer o no hacer. El caso que aquí más interesa es aquel en que la relación jurídica que une a acreedor y causante es bilateral e impone obligaciones a ambas partes. Pues bien, en este caso, la asunción por el sucesor de una posición liquidatoria bastará para satisfacer debidamente los intereses del acreedor tanto si tal acreedor ha cumplido o como si no ha cumplido con su prestación correspondiente en la fecha de la sucesión.

En el caso de que el acreedor ya haya cumplido con su prestación antes de esta fecha, su crédito queda suficientemente protegido con esa posición liquidatoria del sucesor, sencillamente porque el sucesor no es un deudor "personal" como lo era el causante, sino, se mire como se mire, un tercer sujeto que ingresa por virtud de Ley en la relación jurídica habida con el acreedor, no por voluntad propia. El acreedor hereditario no lo es del sucesor, sino del causante, del mismo modo que el sucesor no es,

stricto sensu, parte de la relación jurídica entre causante y acreedor (76). De modo que sólo una visión proteccionista a ultranza del crédito del acreedor puede llevarle a convertir en deudor “personal”, como sí lo era, sin embargo, el causante. Y una visión tal provocaría un desequilibrio automático entre los intereses del sucesor y los de los acreedores del causante, porque estos últimos estarían superprotegidos frente a un sucesor que, sin embargo, no recibe del causante otra cosa que sus bienes y derechos. En una tesitura tal, el sucesor, más que la posición de un deudor, ostentaría el cargo de un “superdeudor”.

Y en los casos en que el acreedor no ha cumplido aún con su prestación en la fecha de la sucesión, la cuestión resulta aún más evidente, porque la relación jurídica ni siquiera ha comenzado a ejecutarse.

39. La STS de 26 de febrero de 2001.

Dicho todo lo anterior, toda pretensión de convertir al sucesor en un deudor “personal” obligado, consiguientemente, a cumplir *in natura* con las obligaciones de hacer y de no hacer del causante resulta incompatible con su dignidad y su libertad, que son valores constitucionales proclamados al más alto nivel (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 17 CE). Una vez puesto de manifiesto que la simple asunción por el sucesor de un estatuto de corte liquidatorio basta para proteger los intereses de los acreedores del causante, está claro que ni la dignidad ni la libertad del sucesor pueden quedar comprometidas por referencias tan evanescentes como la del principio de continuación de la personalidad o la de la “solidaridad familiar”.

Que la pretensión de convertir al sucesor en un deudor “personal” puede suponer un atentado a su dignidad y su libertad no es algo que deba de sorprender. Detengámonos, p. ej., en el supuesto enjuiciado por la STS de 26 febrero de 2001 (RA 2613), que es uno de los infrecuentes casos donde el TS condena a los sucesores por obligaciones de hacer del causante (77). El causante forma parte de una sociedad “irregular” cuyo

(76) El artículo 1.257, párrafo 1.º, del CC no es argumento para decidir que el sucesor es parte. Primero, porque esta consideración es contraria a la libertad y a la dignidad del sucesor, como se dice a continuación en el texto. Y, segundo, ya en el ámbito del CC, porque esa conclusión está desmentida por otros preceptos que regulan más específicamente el estatuto del sucesor respecto de las deudas del causante: artículos 1.003, 1.023, 1.º, 1.084 y otros, de todos los cuales nos ocupamos más adelante.

(77) Los casos sobre transmisión *mortis causa* de obligaciones dinerarias sí son enjuiciados con más regularidad. Así, en los últimos años pueden citarse las SSTS 30 de diciembre de 1993 (RA 9906 –pagar participaciones de la adquisición de una sociedad colectiva–), 6 de octubre de 1992 (RA 7527 –responsabilidad decenal del 1.591 CC–), 22 de octubre de 1991 (RA 7860 –devolución de un crédito bancario–), 21 de mayo de 1991 (RA 3779 –reclamación de cantidad–), 28 de septiembre de 1989 (RA 6355 –obligación de pagar un aval).

objetivo es la promoción de cuatro viviendas unifamiliares. Tras su muerte, sus socios demandan a las herederas para que asuman sus deberes como *promotoras* de las viviendas citadas. El TS accede a esta petición y condena a las herederas. Con independencia de si las obligaciones del causante se enmarcan o no en el seno de una sociedad irregular y, por tanto, con independencia de si son o no transmisibles por este motivo, lo cierto es que el TS condena aquí a un conjunto de sucesoras a asumir el entramado de obligaciones de hacer que corresponde a un *promotor* de viviendas (cfr. art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación) (78). Y este entramado de obligaciones no es precisamente un cuestión menor; no solamente porque ya todo lo que implica *promover* la construcción de viviendas puede comprometer seriamente el modo de vida de las sucesoras; sino, además, porque lo compromete de manera duradera, si se tienen en cuenta los plazos de responsabilidad establecidos (arts. 17 y ss. de la Ley de Ordenación de la Edificación).

40. Dignidad y libertad del sucesor.

No obstante, la sentencia condena a las sucesoras a que asuman ese entramado de obligaciones de hacer. Lo que significa que no podrán hacerse sustituir por terceros sino con el consentimiento de los acreedores (art. 1.205 CC). Es decir, si quieren derivar el cumplimiento de sus obligaciones vía mandato, arrendamiento de servicios, de obra, contrato de trabajo o cualquier otro venido al caso, deberán de ponerlo en conocimiento de sus acreedores para que acepten; de otro modo, deberán de ser ellas mismas quienes personalmente cumplan *in natura* con su condición de promotoras asumida por sucesión *mortis causa*. En resumen, salvo que se opere esa sustitución, no es excesivo decir que la obligada asunción súbita de la condición de promotoras podrá alterar sensiblemente sus vidas, exactamente en la misma proporción que se verán alteradas su propia libertad y, por derivación, su misma dignidad, porque se trata de una con-

(78) El TS estima que la sociedad “irregular” de la que formaba parte el causante se extingue por su muerte (art. 1.700,3.º CC), pero ello “no evita que ... (las sucesoras) ... tengan que pechar con las obligaciones contractuales de su causante en su condición de promotor de la edificación, ... y en tanto se practique la liquidación de la sociedad ha de entenderse que se produce implícita prolongación de la misma” (FJ 3.º). Con esta declaración, teniendo en cuenta que el único objetivo de la sociedad “irregular” de la que formaba parte el causante era la construcción y promoción de las cuatro viviendas citadas (FJ 1.º), la sentencia viene a considerar, en definitiva, que la sociedad no se extingue con la muerte del socio, puesto que se condena a sus herederas a continuar hasta el final en su faceta de promotoras, aunque el TS pretenda disimular esta continuación bajo el pretexto de una “liquidación”. Es decir, la sentencia, aunque lo llega a citar formalmente, no aplica, de hecho, la extinción que en tal caso establece el artículo 1.700,3.º CC.

dición deudora impuesta sin una justificación convincente. No puede imponerse a nadie un estatuto tan comprometido como el de promotor de viviendas sólo por ser sucesor y para cumplir así los deberes adquiridos por el causante.

Con un planteamiento como esta sentencia, los intereses de los acreedores del causante pasan por encima y aplastan los intereses de los sucesores. Estos sólo reciben del causante sus bienes y derechos. Y, sin embargo, la asunción del estatuto jurídico del promotor exige una dedicación personal que fácilmente puede comprometer y absorber importantes parcelas de la vida de los sucesores, empezando por su trabajo o empleo mismos. En resumen, con un planteamiento como el de la sentencia comentada, la dignidad y la libertad de los sucesores (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 17 CE) es violada ante la imposición de un estatuto según el cual pasan a ser deudores "personales" de los acreedores del causante. De manera que, para reponer esa dignidad y libertad de los sucesores, sólo cabe que asuman un deber de corte liquidatorio y que todo ese conjunto de obligaciones de hacer que corresponden a un promotor de viviendas sea sustituido por una simple obligación de dar cuyo objeto sea entregar un valor económico equivalente. Sólo así quedarán equilibrados los intereses de sucesores y acreedores del causante (79).

Fuera ya del supuesto de esta sentencia, otras especies de obligaciones de hacer o de no hacer pueden provocar consecuencias más o menos

(79) Ello, sin perjuicio de que los deberes del promotor de viviendas no sean directamente intransmisibles. Lo cual es una hipótesis nada improbable, porque asumir la condición de promotor puede ser tanto o más gravosa que la de asumir, p. ej., un contrato de trabajo o, desde otro punto de vista, tan gravosa como la de asumir la condición de empresario, que es lo que es un promotor de viviendas. Bajo esta perspectiva, la intransmisibilidad vendría impuesta por la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), que sería una simple y específica manifestación de la libertad y de la dignidad personal. La doctrina laboralista se suele invocar, precisamente, a la libertad de elección de profesión u oficio como la causa en la que se fundamenta la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador. Vid. DIÉGUEZ CUERVO: *Comentarios a las Leyes laborales*, VIII, 2.ª edición, dir. por Borrajo, Madrid, 1988, pp. 393 y ss.; ORTIZ LALLANA: *Comentarios a las Leyes laborales*, IX-2.º, dir. por Borrajo, Madrid, 1989, pp. 121-122, 124 y 134; CAMPS RUIZ: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, 1993, pp. 135-137; SALA FRANCO: *La extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación e incapacidad del empresario*, Valencia, 1994, p. 13; SALA FRANCO y otros: *Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Valencia, 1991, p. 840; ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, 15 edición, Madrid, 1997, p. 384; RAMÍREZ MARTÍNEZ y otros: *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1993, pp. 459-460; TOVILLAS ZORZANO y otros: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1995, pp. 439-44; MONTOYA MELGAR y otros: *Comentarios al ET*, Pamplona, 1995, p. 268. A la misma solución, según CAMPS RUIZ (ibídem), se llegaba antes del ET, interpretando el artículo 76.4 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

En el apartado de jurisprudencia: STSS de 26 de mayo de 1986 (RA 2688), 10 de noviembre de 1986 (RA 6669), 1 de abril de 1987 (RA 2311), 16 de junio 1988 (RA 5401), 17 de junio de 1988 (RA 6024), 18 de diciembre de 1990 (RA 9807). Véase, además, nutrida referencia jurisprudencial en ORTIZ LALLANA, cit., p. 134.

graves en los sucesores. Pero, en realidad, no es la mayor o menor gravedad de consecuencias lo que puede descartar o no imposición de un deber “personal”. Lo que hace descartar definitivamente la imposición de ese deber es, justamente, la ausencia de razones para imponerlo. Porque cualquiera que sea la obligación de hacer o de no hacer del causante, su transmisión *in natura* al sucesor sigue violando la dignidad y la libertad del sucesor si se impone sólo por consideración al principio de continuación o al de la “solidaridad familiar” o sólo por atender los intereses de unos acreedores que, sin embargo, pueden ser perfectamente cubiertos con la imposición al sucesor de un deber de corte liquidatorio. Nada de esto justifica la imposición de un deber “personal” al sucesor, porque, a la postre, se trata de atribuir un deber “personal” a alguien, el sucesor, sólo por el hecho de ser sucesor, sin ninguna otra razón más. En resumen, se trataría de imponer un deber sin razón alguna, porque no son razones ni el principio de continuación, ni la “solidaridad familiar”, ni la “superprotección” de los acreedores del causante (80).

41. Tesis dogmáticas.

En conclusión, puede decirse, por tanto, que toda tesis que atribuya al sucesor un estatuto de deudor “personal” es, simple y llanamente, inconstitucional, porque atenta con la dignidad y la libertad de los sucesores. A partir de aquí resultan ya inviables las tesis de corte dogmático que, al igual que las del principio de continuación y de “solidaridad familiar”, también proclaman ese estatuto inconstitucional del sucesor como deudor “personal”.

No sólo eso, sino que tales tesis dogmáticas están en contradicción con el CC español. Para verlo, pueden examinarse dos grupos de normas:

(80) Nada de esto debe de sorprender si se tiene en cuenta la jurisprudencia del TC en materia de dignidad y libertad personal. Así, p. ej., en materia laboral, un convenio colectivo que fija los complementos por antigüedad en función de la fecha de ingreso en la empresa se estima contraria al principio de igualdad y, por derivación, a la dignidad de la persona: “La prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE representa un expreso rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE” (STC 27/2004, FJ 2). Y, en materia penal, una interpretación flexible acerca de la garantía constitucional del *habeas corpus* estima contrarias a la libertad personal sendas resoluciones judiciales denegatorias del *habeas* en dos casos de arresto domiciliario de cuatro días a guardias civiles y aun reconociéndose que las sanciones hayan sido impuestas lícitamente (SSTC 233/2000 y 263/2000). Si estos supuestos son considerados contrarios a la dignidad y libertad, con igual o mayor razón ha de serlo el de la sentencia comentada en el texto o, en general, cualquier pretensión de convertir al sucesor en un deudor “personal” sin razón alguna.

- a) En primer lugar, el constituido por los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º
- b) Y en segundo lugar, el constituido por los artículos 1.003 y 1.023.

42. Los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, CC.

Con relación al primer grupo de preceptos, si fuese interpretado de *manera aislada*, sin conexión, ante todo, con la Constitución, ni tampoco con otros del CC, sí podría suministrar algún indicio en apoyo a la tesis del sucesor como deudor *personal*. El artículo 659 afirma que “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte”; por su parte, el artículo 661 dice que “los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”. Y, refiriéndose a la transmisión de las obligaciones contractuales, el artículo 1.257, párrafo 1.º, establece que “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”, haciendo excepción de los contratos personalísimos. Todas estas normas establecen llanamente la transmisión *mortis causa* de las obligaciones no personalísimas del causante. De modo que, si tales preceptos fuesen los únicos encargados de regular la transmisión *mortis causa* de deudas, sí podría haber una base cierta para concluir que el sucesor debería de ser considerado un deudor “personal”. Puesto que los preceptos mencionados afirman, por un lado, que la herencia comprende las obligaciones no personalísimas del causante; que, además, se “sucede” en tales obligaciones; y, por último, que los contratos hacen efecto entre los herederos, podría concluirse que en el CC la transmisión *mortis causa* de deudas orbita en torno a la idea del sucesor como deudor “personal”.

Y, en efecto, esto es lo que parece entender la doctrina española, en armonía con estos preceptos. En ocasiones, lo hace a partir del dogma de *sucesión* como transmisión de la posición jurídica del causante. En virtud de este dogma de *sucesión* jurídica, el sucesor no asume un estatuto deudor *ex novo*, distinto del que tenía el causante. Al contrario, por medio de *sucesión*, el sucesor no sólo asume la generalidad de las obligaciones del causante, sino que, además, asume una posición deudora “idéntica” a la del causante. Y este es núcleo del concepto dogmático de *sucesión*, acuñado por SAVIGNY no sólo para la *sucesión mortis causa*, sino también para las sucesiones por actos *inter vivos* (81).

(81) SAVIGNY define primeramente los hechos jurídicos, que son “los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan”; entre ellos está la *sucesión jurídica*, es decir, “la transformación puramente subjetiva de una relación de derecho” y, para admitirla, “es necesario suponer que la identidad de la relación misma persiste” (p. 145); en

43. La idea de identidad.

La idea de “identidad”, como característica esencial del concepto dogmático de sucesión, determina que el sucesor debe asumir la posición deudora del causante y que lo va a hacer en las mismas condiciones que éste. De acuerdo con ello, la idea de identidad, como algo inherente al concepto de sucesión *mortis causa* en la deudas, significaría, en suma, que sucesor y causante, básicamente, ocuparían la misma posición deudora frente al acreedor. Ambos *deberían* en la misma medida. Como verdadero deudor que el sucesor es, debería, por tanto, de cumplir íntegra y rectamente las obligaciones que se transmitan, sean de la clase que sean. Estaría, pues, obligado al cumplimiento *in natura* de todas esas obligaciones, sean de dar, hacer o de no hacer. Y, por lo que se refiere a las obligaciones de hacer y de no hacer, no estaría facultado para realizar un cumplimiento equivalente, entregando a cambio dinero, bienes o derechos en lugar de la prestación originaria. El sucesor debería dar lo que se obligó a hacer y a no hacer lo que se obligó a no hacer. Pero, además, estaría obligado exactamente en los mismos términos en que lo estaba el causante, de modo que debería de ejecutar personalmente todas esas obligaciones, sin poderlas delegar a un tercero a expensas de los bienes y derechos de la herencia

definitiva, “la definición de las sucesiones nos lleva a invertir la posición respectiva de la persona y del Derecho. Este se convierte entonces en la substancia permanente, pues que es susceptible de transmitirse sin alteración ninguna a una serie de individuos que se reemplazan” (p. 146). También distinguió SAVIGNY qué tipo de transmisiones implicaban o no sucesión y así excluyó a las que vienen por ocupación o por usucapión, supuestos en donde no hay lazo jurídico entre sucesivos titulares (pp. 145-146) (*Sistema de Derecho Romano Actual*, II, trad. de J. Mesía y M. Poley, 2.ª ed., Madrid, s.f.).

Hoy, nuestra doctrina, siguiendo los postulados de SAVIGNY, suele equiparar sucesión con adquisición *derivativa*, pero sólo cuando tiene efectos traslativos y no produce *ex novo* un derecho, que sería el caso de una adquisición *derivativa originaria* (como la constitución de un usufructo o los casos que pone SAVIGNY, ocupación y prescripción) (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, I, 6.ª ed., Madrid, 1988, p. 472; CASTÁN: *Derecho Civil, Común y Foral*, I-2.º, 14 ed., Madrid, 1987, p. 95; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, I-2.º, 9.ª ed., Madrid, 1985, p. 23; ESPÍN: *Manual de Derecho Civil*, I, 8.ª ed., Madrid, 1982, p. 496; LÓPEZ LÓPEZ: *Derecho Civil, Parte general*, con Montés y otros, Valencia, 1992, pp. 379-382; PUIG FERRIOL: “Introducción al Derecho Sucesorio Catalán”, *RCDI*, 1999, p. 487; MONJE BALMASEDA: *Compendio de Derecho de Sucesiones*, dir. por Lledó, Madrid, 1998, p. 31). Respecto a la doctrina italiana, *vid.* BONILINI: *Nozioni di Diritto Ereditario*, Torino, 1986, p. 2; NICOLÒ, voz “Successione nei diritti”, en *Novissimo Digesto Italiano*, pp. 605 y ss. Para el Derecho belga, *vid.* RAUCENT: *Les Successions*, I, Louvain, 1988, p. 5.

La doctrina francesa no conoce el concepto de sucesión jurídica en el sentido aquí expuesto y únicamente suele distinguir dos acepciones sencillas del término (sucesión como transmisión a causa de muerte y sucesión como masa herencial) (véase MAZEAUD y otros: *Leçons...*, *op. cit.*, p. 3; GRIMALDI: *Successions*, *op. cit.*, pp. 19-20; SOULEAU: en *Droit Civil*, de Flour/Souleau, *Les Successions*, París, 1991, p. 3). Un concepto algo más técnico puede entreverse en TERRE/LEQUETTE (*Les Successions*, *op. cit.*, p. 1).

o también, en su caso, de su propio patrimonio (si hay aceptación pura). Con arreglo a la idea de “identidad” sucesoria, muerto el causante, el sucesor le releva en su papel de deudor; y, lo mismo que ocurre con el causante en vida, tampoco puede el sucesor hacerse sustituir por un tercero para que éste cumpla a costa de medios patrimoniales (hereditarios o personales del sucesor) si dicho sucesor no cuenta con la autorización del acreedor.

La consecuencia de este punto de vista es clara. La insolvencia de la herencia o, en su caso, del heredero no es excusa para no cumplir con las obligaciones de hacer y no hacer. El causante muere, pero su estatuto deudor no es sustituido por otro estatuto de corte liquidatorio. Al contrario, subsiste el estatuto deudor del causante. Lo que equivale a que por obra y gracia de ese traspaso de ese estatuto deudor al sucesor, éste se convierte en un deudor “personal” (82).

44. Los artículos 1.003 y 1.023,1.º CC.

Si es cierto, como decimos, que preceptos del CC, tales como los citados artículos 659 y 661 y 1.257, párrafo 1.º, permiten un apoyo a esta tesis de la *identidad* sucesoria que atribuye al sucesor el papel de deudor personal, también lo es que esta conclusión está desmentida por el segundo grupo de preceptos aludidos anteriormente, que son precisamente aquellos que se encargan de regular más específicamente el estatuto deudor del sucesor. Hablamos de los artículos 1.003 y 1.023,1.º CC.

Según el artículo 1.003, “por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas la cargas de

(82) Es curioso observar cómo el dogma de “identidad” en la sucesión también es compartido por la doctrina romanista (LONGO: *op. cit.*, pp. 300-309; BONFANTE: *op. cit.*, p. 15; AMBROSINO: *op. cit.*, pp. 190-191; BIONDI: *Universitas...*, *op. cit.*, pp. 499-500 (también en *Diritto Ereditario Romano, Parte Generale*, Milán, 1954, p. 341; VOCI: *op. cit.*, p. 143; ARIAS RAMOS/ARIAS BONET: *Derecho Romano*, II, *op. cit.*, pp. 764-765; IGLESIAS: “La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno”, en *Estudios*, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 265; *vid.* también ROCA SASTRE: “Crítica institucional del CC”, en *Estudios sobre sucesiones*, I, Madrid, 1981, p. 45). Y curioso porque, como ya se vio, la *successio mortis causa* romana ni siquiera tenía el designio de transmitir la generalidad de las deudas del causante. Existían tantas excepciones que la idea moderna y savignyana de identidad sucesoria es incompatible con la idea de *successio*. Ante ello, no puede concederse demasiado valor a algunas expresiones contenidas en algunos pasajes del *Corpus* que se ponen como exponente del dogma de identidad sucesoria (D, 50, 16, 24) (GAYO, 6 ed. prov.): *Nihil aliud est hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit*. (La herencia no es más que la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto); D, 50, 17, 62 (JULIANO, 6 dig.): *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*. (La herencia no es otra cosa que la sucesión en todo el derecho que tuviera el difunto); D, 50, 17, 128, 1 (PAULO, 19 ed.): *Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur*. (Los que suceden en la totalidad del derecho son tenidos como herederos) (trad. de D'ORS y otros: *op. cit.*).

la herencia, no sólo con los *bienes* de ésta, sino también con los suyos propios"; y según el artículo 1.023,1.º, "el beneficio de inventario produce a favor del heredero los efectos siguientes: 1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los *bienes* de la misma". Cuando se trata de obligaciones de dar, la interpretación de estos preceptos no presenta especiales problemas. Pero cuando se trata de obligaciones de hacer y de no hacer, lo cierto es que tales preceptos no establecen distinción alguna y siguen estableciendo los límites del deber del sucesor en función de los "bienes" de la herencia o del sucesor. No establecen esas normas previsiones especiales para esta clase de obligaciones. El sucesor debe en función del patrimonio que corresponda, sea sólo el herencial o también el suyo propio, para el caso del deber *ultra vires*. No *debe*, por tanto, por el solo hecho de ser sucesor, como si tal título impusiese la obligación de cumplir las obligaciones del causante con independencia de si hay o no bienes o derechos. Concretamente, lo que se desprende de estos artículos es que el sucesor *debe* porque ha recibido un conjunto de bienes y derechos del causante o, si acepta puramente, porque él mismo ya es titular de su propio patrimonio. De modo que, en caso de insolvencia, bien de la herencia (para el beneficio de inventario) o bien del heredero (para la aceptación pura), la conclusión es la extinción de todas las obligaciones, incluidas las obligaciones de hacer y de no hacer.

45. Estatuto liquidatorio.

Es, por tanto, difícil que el sucesor pueda ser considerado aún como un deudor "personal". Es decir, como sujeto obligado a cumplir *in natura* y por sí mismo las obligaciones de hacer y de no hacer. Y ello, tanto si el patrimonio hereditario o el patrimonio del heredero (en el caso del deber *ultra vires*) resultan insolventes. No sólo porque la idea dogmática de identidad sucesoria ya es, en sí misma, bastante escurridiza (83). Sino,

(83) WINDSCHEID, contemporáneo de SAVIGNY, ya advirtió que la idea de identidad sólo era aceptable como "máxima"; y con razón, porque desde un punto de vista puramente fáctico, la aptitud y la capacidad para cumplir con lo debido son distintas en cada persona. (*Diritto delle Pandette*, III, trad. y notas de FADDA y BENZA, Torino, 1925, p. 336. Vid. también ROBBE: *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, Milán, 1967, p. 107; GROSSO/BURDESE: *TDC, Le Successioni, Parte Generale*, Turín, 1977, p. 8, nota 1; DE DIEGO: *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 107-1123; ADAME: *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996, pp. 62-64. Véanse otras referencias bibliográficas en DE DIEGO: pp. 112-117; ADAME: p. 64, en FERRI: *op. cit.*, pp. 1-2, notas 4 y 5, y en BETTI: *Teoría General de las obligaciones*, II, trad. de DE LOS MOZOS, Madrid, 1970, p. 200, nota 1, y p. 203, nota 7).

Por lo demás, el ámbito de la idea de identidad aún más restringido en las transmisiones por actos *inter vivos* e incluso no faltan autores que niegan que tales adquisiciones puedan con-

muy especialmente, porque esa conclusión no resulta de los expresados artículos 1.003 y 1.023,1.º CC. Estos preceptos afirman, de manera explícita, que el sucesor, ya sea por aceptación pura o por aceptación con beneficio de inventario, asume las obligaciones del causante en la medida que lo permitan “los bienes” de la herencia o, en su caso, también los del patrimonio personal del sucesor.

Nótese que si estos preceptos se interpretasen sin conexión con otros del propio CC, habría indicios para sospechar incluso que la transmisión *mortis causa* de obligaciones ni siquiera afectaría a las de hacer o de no hacer. No sólo no serían valoradas económicamente para ser pagadas con entrega equivalente de bienes y derechos. Sencillamente se extinguirían y se estaría ante un panorama semejante al del Derecho romano de la época clásica, donde, como se vio, no se transmitían las *stipulationes in faciendo*. Lógicamente, la solución no puede ser ésta; y no sólo porque los ya citados artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, establecen la transmisibilidad general de las obligaciones del causante. De manera destacada, la extinción no puede ser la solución por simple aplicación de la doctrina del enriquecimiento injustificado para el caso de transmisiones a título lucrativo (cfr. arts. 643, 1.297, párr. 1.º, CC y 37,4.º LH). Porque, como es evidente, las obligaciones de hacer y de no hacer son obligaciones de estricto contenido patrimonial y son susceptibles, por tanto, de ser evaluadas económicamente. La nueva LEC es rotunda en este punto (arts. 706 y 710). De modo que mientras existan bienes en la herencia o también, en caso de aceptación pura, en el patrimonio del sucesor, no cabe extinción pura y simple de esta clase de obligaciones.

siderarse como verdaderas sucesiones jurídicas, afirmándose que sólo la transmisión *mortis causa* merece esa calificación (STOLFI: “Note sul concetto de successione”, *RTDPC*, 1949, pp. 535 y ss., y también “Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito”, *RTDPC*, 1948, pp. 733 y ss.; GROSSO/BURDESE: *op. cit.*, pp. 3-14 y 8-14; GALVAO TELES: *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*, Lisboa, 1944, pp. 22-26). En concreto, se señala que no cabe conceptualizar como sucesión a la transmisión de deudas por actos *inter vivos* (ADAME: *op. cit.*, pp. 61-69 y 341-355; ROCA SASTRE/PUIG BRUTAU: “La transmisión pasiva de obligaciones a título singular”, en *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1948, pp. 295-300; SANCHO REBULLIDA: *Comentarios al CC y a las Comps. Forales*, XVI-1.º, Madrid, 1980, pp. 589-601 y 610-631; CARRESI: *La cessione del contratto*, Milán, 1950, pp. 31-35). En contra de la idea de identidad en sede de transmisión *inter vivos* de deudas está el hecho de que:

1.º Las garantías prestadas por el antiguo deudor sólo subsisten si éste presta su consentimiento.

2.º Las garantías prestadas por terceros se extinguen a menos que éstos consientan su mantenimiento.

3.º El nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de la antigua relación que unía a dicho acreedor con el deudor sustituido (relación de *valuta*); pero no las personales de este último.

4.º La deuda sujeta a un privilegio ordinario o general cambia su rango dentro del patrimonio del nuevo deudor.

A partir de este presupuesto, los citados artículos 1.003 y 1.023,1.º no indican nada a propósito de un hipotético deber “personal” del sucesor. Lo que estos preceptos establecen es que el sucesor cumplirá con entregar al acreedor el valor económico de las obligaciones de hacer y de no hacer del causante, que se convertirán, por tanto, en obligaciones consistentes en un *dare*. Es decir, el sucesor cumplirá en la medida que lo permita su solvencia patrimonial o, si acepta con beneficio de inventario, en la medida que lo permita la solvencia de la herencia.

Notemos, además, que ni siquiera se impone al sucesor el deber adicional de buscar una tercera persona que cumpla *in natura* con esas obligaciones. Esto ya es una función que corresponde al propio acreedor, porque el deber del sucesor, según los reiterados artículos 1.003 y 1.023,1.º, termina con la entrega del valor económico de la obligación de hacer o de no hacer para que éste acometa, posteriormente, y si le conviene, con la búsqueda de esa tercera persona que cumpla *in natura*. En suma, esos preceptos no imponen al sucesor el estatuto deudor del causante, sino otro estatuto distinto, un estatuto de corte *liquidatorio*.

46. El artículo 1.084 CC.

El artículo 1.084 del Código, ya en sede de pluralidad de sucesores, armoniza, por otra parte, con este planteamiento. En ningún caso impone este precepto el deber de cumplir de manera personal con las obligaciones del causante. De manera explícita se dice que, en el caso de aceptación pura, los acreedores podrán cobrar sus créditos “por entero” y que, en el caso de beneficio de inventario, sólo podrán hacerlo “hasta donde alcance la porción hereditaria” del sucesor demandado. Y estas expresiones carecerían de preciso sentido si, tratándose de créditos contra el causante consistentes en un hacer o un no hacer, debiesen ser cumplidos con independencia de los bienes y derechos de la herencia o, en caso de aceptación pura, con independencia también de los bienes y derechos del sucesor. Si, como indica este artículo 1.084, una obligación de hacer o de no hacer ha de cumplirse “hasta donde alcance la porción hereditaria” de un sucesor, está claro que la obligación no va a poder ejecutarse *in natura*, sino que tendrá que saldarse mediante entrega equivalente de su valor económico hasta el límite de la porción hereditaria; y lo mismo hay que decir cuando, siguiendo la terminología del artículo 1.084 CC, dicha obligación haya de cumplirse “por entero”

La norma, por tanto, se plantea en los mismos términos que los artículos 1.003 y 1.023,1.º CC y su aplicación a las obligaciones de hacer y de no hacer exige su previa valoración económica, de modo que serán cumplidas en la medida que lo permita la consistencia patrimonial de la he-

rencia o, en caso de aceptación pura, en la medida que lo permita la consistencia patrimonial del sucesor. Idéntico supuesto inspira la acción de regreso entre coherederos regulada en el artículo 1.085. En suma, puede decirse que todo el sistema del Código Civil español en materia de transmisión *mortis causa* de deudas deriva de la idea básica de que las deudas del causante entran, después de su fallecimiento, en una fase de *liquidación* con cargo a los bienes y derechos transmitidos. De modo que la deuda transmitida persiste en la medida que lo permitan la consistencia patrimonial de la herencia o, en caso de aceptación pura, del sucesor. Y ello ocurre cualquiera que sea la naturaleza de la deuda, si de dar, hacer o de no hacer.

47. *Lex specialis.*

Los artículos 1.003, 1.023,1.º y 1.084 CC imponen al sucesor, por tanto, un estatuto de *liquidador*. Volver la vista atrás y poner renovado énfasis en los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, para retroceder a la tesis del sucesor como deudor “personal” es pura añoranza. Estos preceptos sólo tienen el alcance de proclamar la general transmisión de las obligaciones del causante y éste es su sentido en el CC. Pero una vez que hay que integrar la posición del sucesor respecto de tales obligaciones, esos preceptos no tienen ya una función útil, porque la misma es cumplida por esos artículos 1.003, 1.023,1.º y 1.084, que, por lo demás, están en consonancia con las libertades constitucionales, ya referidas anteriormente. Son esos preceptos, y no los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, los que actúan como *lex specialis* a la hora de establecer el estatuto del sucesor respecto de las deudas del causante. Frente a ellos, los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1, sólo actúan como preceptos generalistas cuya misión es establecer la regla básica de transmisión de dichas deudas por sucesión *mortis causa*.

Tampoco vale, desde otro punto de vista, el recurso postrero a la protección del crédito del acreedor. Su crédito derivado de obligaciones de hacer y de no hacer no se extingue, sino que es evaluado económicamente para que el acreedor mismo, si lo desea, se procure su cumplimiento específico por un tercero distinto del sucesor a costa del patrimonio hereditario o, en su caso, también del patrimonio particular del sucesor. Y, como ya ha quedado dicho, con esta protección basta. Imponer al sucesor el deber de ejecutar personal y directamente las obligaciones de hacer y de no hacer, con independencia de la solvencia del heredero o de la herencia, equivale a imponerle un deber incompatible con los valores constitucionales de la dignidad y libertad personales, que no pueden verse aquí afectados más allá de sus justos términos (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 17 CE).

48. Aceptación pura y simple.

Todo este planteamiento en defensa del sucesor más como liquidador que como deudor personal no depende de que dicho sucesor deba *ultra vires* o no, dependiendo de si acepta o no con beneficio de inventario. El CC no impone al sucesor el estatuto de deudor “personal” en ningún caso, ni en el beneficio de inventario ni tampoco en la aceptación pura.

Por lo que se refiere a la aceptación pura, está claro que el artículo 1.003 sólo impone al sucesor el deber de asumir las obligaciones del causante con todos sus “bienes”, incluidos los de la herencia. Cuando se trata de obligaciones de dar, la cuestión no tiene problemas. Pero, en lo tocante a las obligaciones de hacer y de no hacer, la única manera de relacionar ese deber *ultra vires* en función de los “bienes” del sucesor, por una parte, con el cumplimiento de tales obligaciones de hacer y de no hacer, por otra, es valorándolas económicamente. De modo que el efecto del deber *ultra vires* del sucesor impuesto por el artículo 1.003 CC no consiste en obligar al cumplimiento *in natura* de las obligaciones de hacer y de no hacer. Frente a tales obligaciones, el sucesor cumplirá con entregar a los acreedores su valor económico. Por lo que, en caso de insolvencia, esas obligaciones correrán la misma suerte que las obligaciones de dar y el sucesor, desde luego, no estará obligado a cumplirlas. En concreto, si hay lugar al concurso del heredero que acepta pura y simplemente (arts. 1.2 y 3.4 de la Ley Concursal), las obligaciones de hacer y de no hacer se valorarán y se integrarán en la masa pasiva como créditos contra el deudor (art. 84.1).

Ante todo ello no vale argüir, más allá del recurso a las tesis ya comentadas del principio de continuación, de la “solidaridad” familiar o de simples invocaciones dogmáticas en honor del sucesor como deudor “personal”, que una de las características del deber *ultra vires* es, precisamente, convertir al sucesor en deudor personal. Porque, desechadas ya todas esas tesis, semejante argumento queda ya como una petición de principio. El artículo 1.003 es explícito a la hora de marcar el deber del sucesor y que éste sea *ultra vires* no significa otra cosa que poner el límite de dicho deber en la totalidad del *patrimonio* del sucesor; no en la totalidad de la *persona* del sucesor, que es distinto.

Por otra parte, no cabe apelar tampoco al origen romano del deber *ultra vires* para acuñar la figura de un sucesor convertido en deudor *personal*, imaginando para ello un deber de corte sacramental que obligue al sucesor a cumplir “personal” y directamente las obligaciones de hacer y de no hacer. No cabe esta apelación porque, sencillamente, como ya quedó dicho, en la *successio* romana el traspaso de deudas ya estaba bastante restringido y, en particular, ni siquiera incluía a las *stipulationes in facien-*

do, que se extinguían con la muerte del *de cuius*. De modo que el deber *ultra vires* no tiene en el Derecho romano el tono mítico que algunos autores pretenden (principalmente BONFANTE y sus seguidores). Y, por supuesto, no lo tiene tampoco en el Derecho moderno, donde el deber *ultra vires* es puramente patrimonial (84).

49. Beneficio de inventario (85).

En el beneficio de inventario, el deber *intra vires* del sucesor estatuido por el artículo 1.023,1.º está, además, imbuido en los deberes que le

(84) Que el Derecho moderno se aparta de ese pretendido carácter mítico y sacramental de *successio* romana lo reconocía ya el propio BONFANTE (*op. cit.*, p. 76). En España, ROCA SASTRE partía del prejuicio bonfantiano de la idea sacramental de la *successio* romana para concluir que el CC no se ajustaba al esquema romano: "El artículo 661, de evidente sabor romano, es insuficiente para mostrar el verdadero juego de la *successio*, pues aunque el heredero se subrogue, bien directamente, bien a través de la figura del patrimonio hereditario, en los derechos y obligaciones del *de cuius*, la subrogación en la misma posición jurídica del causante es cosa más amplia o extensa, pues envuelve la subrogación en situaciones jurídicas que escapan de los estrictos modelos del derecho y de la obligación de contenido patrimonial." (*Crítica institucional...*, *op. cit.*, p. 57). El ilustre jurista pensaba que la sucesión *mortis causa* del CC se inspiraba, no tanto en criterios romanos, sino en el "sistema hereditario germánico", cosa que lamentaba (seguramente en su condición de catalán amante del Derecho romano, aún vigente en Cataluña por aquella época —el trabajo citado se publicó por primera vez en *RCDI*, 1940—). Esta división entre sistema romano (espiritualista) y germano (patrimonialista) ha influido en generaciones posteriores de juristas; pero carece de base sólida, porque es más que discutible que el propio sistema sucesorio romano sea realmente un sistema "espiritualista". No lo es, desde luego, en punto a transmisión de deudas.

(85) Refiriéndose al beneficio de inventario, GITRAMA dice que "cuando sea administrador el propio heredero aceptante a beneficio de inventario se diferenciará su posición de la del heredero puro y simple en que no tiene la obligación personal que a éste compete de pagar las deudas hereditarias; su obligación puede más bien considerarse como formando parte de las llamadas «reales», *propter rem*, *ob rem*, *ratione rei*, auténticas derogaciones del principio de responsabilidad general consagrado por el artículo 1.911 CC. Justamente la obligación *propter rem* se caracteriza porque, no constituyendo carga real, sino obligación, aparece garantizada única y exclusivamente por ciertos bienes a los cuales es inherente; de lo cual se infieren dos consecuencias, a saber, que si el valor de la cosa no basta a satisfacer las obligaciones, su propietario queda exento de responsabilidad, y que si se transmite la cosa o cosas a otra persona, pasa con ellas la obligación" (*La administración de la herencia*, Madrid, 1950, pp. 257-258). Todas estas ideas son profundizadas: "Pero el hecho que más no interesa aquí, el de su aceptación con beneficio de inventario, limita, como estamos viendo, su responsabilidad con respecto a las deudas y cargas de la herencia, de modo que son satisfechas única y exclusivamente *intra vires hereditatis*. Trátase de un supuesto de limitación de responsabilidad que constituye cualificada excepción al principio del artículo 1.911 CC, según el cual, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor (y, por tanto, también sus causahabientes) con todos sus bienes presentes y futuros; precepto este último que secundan los artículos 659, 661 1.257 y otros. Como bien se dijo, el heredero beneficiario subentra en la titularidad de los bienes del causante, pero no en el lugar del difunto como deudor. Faltando así al derecho de crédito el sujeto pasivo, puesto que el causante deudor murió, es imposible que tal crédito continúe como tal. Entonces, lo que era derecho de crédito contra el causante se transforma, por falta de deudor, en derecho a co-

corresponden como *administrador* de la herencia, lo que le aleja aún más de la idea de sucesor como deudor "personal". Según el artículo 1.026, mientras no se paguen las deudas y legados, "se entenderá que la herencia se halla en administración". Ciertamente, estos deberes de administrador no son los del sucesor beneficiario del CC italiano para el caso de la liquidación concursal (arts. 498 y ss.); ni tampoco los del *personal representative* de la sucesión *mortis causa* del Derecho anglosajón. Porque estos institutos foráneos conciben la transmisión *mortis causa* de deudas bajo unos parámetros muy semejantes a los del concurso de acreedores. Así ocurre, en particular, con la liquidación concursal de la herencia beneficiaria del CC italiano, que presenta características tales como solicitud for-

brar del caudal relicto. En lugar de la deuda de la persona subentra la garantía proporcionada por los bienes. Los germanos dirían que, oscurecido el elemento *Schuld*, pasa a primer plano el elemento *Haftung*" (*Comentarios al CC y a las Comps. Forales*, XIV-I, pp. 390-391, cursiva del autor; *vid.* también pp. 415 y ss.). Hay que decir, no obstante, que estas afirmaciones de GITRAMA no se compaginan con otras donde el autor dice que "el heredero beneficiario, no obstante la separación de patrimonio y de personalidades entre él y el causante (frente a la confusión de personalidades y de patrimonio propia de la aceptación pura y simple) no deja de ser un continuador de la personalidad del difunto en cuanto sucesor *mortis causa* de éste y a título universal; le sucede en todos los derechos y obligaciones (arts. 659 y 661), pero sin mezclar los patrimonios ni confundir las personalidades titulares de los mismos" (*Comentarios*..., p. 388).

Según LÓPEZ JACOISTE, el sucesor aceptante a beneficio de inventario "... sencillamente, no asume las deudas" ("El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio", *RGLJ*, 1958, p. 493; el autor considera la herencia beneficiaria como un patrimonio separado puesto en liquidación y llega a asimilar la posición del heredero beneficiario a la del socio de una sociedad anónima respecto de las deudas de ésta). Para CASTRO LUCINI, "la limitación de la responsabilidad no es cuantitativa, sino cualitativa, es decir, el heredero no es deudor personal, sino que únicamente le afectan las deudas en cuanto, en virtud de su existencia, puede no llegar a percibir cosa alguna. Por eso dicen algunos autores que, por falta de la persona del deudor, a la relación de crédito le sustituye una relación real, al derecho frente a la persona le reemplaza un derecho sobre los bienes, que quedan vinculados a la satisfacción de un derecho sustancial de los acreedores" (*Derecho de sucesiones*, Madrid, 1987, p. 641).

No hay que olvidar, por otra parte, el precedente de SÁNCHEZ ROMÁN, que ya calificó de *liquidador* al heredero beneficiario, pensando que el beneficio de inventario quebraba el principio de continuación de personalidad (*Estudios de Derecho Civil*, 2.ª ed., Madrid, 1910, t. VI-1.º, pp. 15, 19, 35, 58 y 60, t. VI-3.º, pp. 1.735, 1.799 y 1.833). Sin decantarse terminantemente por una u otra posición, son interesantes las observaciones de DE DIEGO: "El heredero beneficiario o que aceptó con beneficio de inventario es deudor de acreedores (cuya condición no se modifica por el beneficio) y legatarios como representante del causante; pero es un deudor limitado al solo importe o cuantía de herencia, lo cual da a la figura de este heredero una apariencia extraña, y, en cierto modo, anómala, siendo una mezcla de verdad (por lo de heredero y sucesor) y de ficción (por lo de deudor limitado como si fuera persona extraña totalmente al difunto). Como dice un escritor italiano, es un habiente causa a título universal o representante del difunto y a la vez conserva íntegra su propia individual personalidad, algo contradictorio, en suma, para las ideas romanas en que nuestro Derecho se informa. Por esto, algunos dicen que es un liquidador de la herencia en pro de acreedores hereditarios y legatarios. Claro es, aquellas obligaciones y responsabilidad que por hecho y culpa propios asuma responde con sus propios bienes, por ejemplo, si comete culpa grave en administración o deja de cumplir obligaciones del causante" (*Instituciones de Derecho Civil español*, III, Madrid, 1932, p. 370).

mal de apertura, asistencia de notario, comunicación individual a los acreedores, formación de un estado de graduación de los créditos, suspensión de las ejecuciones individuales, vencimiento de los créditos aplazados y suspensión del devengo de intereses. Y donde, además, cabe el abandono de la herencia a los acreedores (art. 507).

Frente a este esquema, el CC español no impone una administración reglada, sino, a semejanza del CC francés (arts. 793 y ss.), una administración *inorganizada*, sin conexión con el procedimiento de la Ley Concursal, y que sólo atribuye al sucesor unos deberes adicionales como administrador a cambio de disfrutar de la limitación *intra vires* que proporciona el beneficio (86). Tales deberes se concretan en la necesidad de hacer inventario con las formalidades previstas (arts. 1.017, 1.024, 1.º), en proceder a la enajenación de bienes hereditarios mediante autorización judicial (arts. 1.024, 2.º, 1.030), en pedir caución al acreedor de mejor derecho (art. 1.028, párr. 2.º) y en rendir cuentas a acreedores y legatarios (art. 1.031) (87).

(86) La calificación del beneficio de inventario como procedimiento inorganizado corresponde a DURNERIN (*op. cit.*, pp. 337 y ss.).

(87) Pero, aparte de estos deberes, el beneficio de inventario del CC español se constituye, como decimos, en un procedimiento inorganizado, de manera que no existen grandes diferencias con la posición del sucesor puro y simple. Lo demuestra:

1.º El sucesor tiene una libertad general para gestionar el pasivo hereditario, incluso en los supuestos de beneficio de inventario. En el CC, el sucesor puede realizar válidamente actos de administración y de disposición del mismo, con independencia de si estos actos favorecen o perjudican a los acreedores del causante. Se realicen o no para pagar a los acreedores del causante, las enajenaciones de bienes de la herencia hechas sin autorización judicial sólo dan lugar a la extinción del beneficio de inventario (arts. 1.024, 2.º y 1.030). Pero las enajenaciones quedan firmes y sólo son atacables por las causas comunes (invalidez o revocación). (Vid. MANRESA: *op. cit.*, p. 572; PEÑA: *op. cit.*, pp. 179, 274 y 279; LACRUZ: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 521; GITRAMA: *op. cit.*, pp. 405, 408 y 417; VALLET: *Panorama...*, II, *op. cit.*, pp. 542 y 544; ALBALADEJO, notas a CICU: *op. cit.*, pp. 557 y 566; PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS: *op. cit.*, p. 530; ARIAS DÍAZ: *La confusión como modo de extinción de las obligaciones*, Jaén, 1994, p. 83). Respecto del Derecho italiano, ZACCARIA, para la liquidación individual del CC italiano (*Rapporti...*, *op. cit.*); y respecto del Derecho francés, PLANIOL/RIPERT: *op. cit.*, p. 521; COLIN/CAPTANT: *op. cit.*, p. 358; MAZEAUD y otros: *op. cit.*, p. 409.

2.º La regla de *par conditio creditorum* sigue siendo la norma general en el beneficio de inventario (art. 1.028, párr. 2.º CC).

3.º La oposición de los acreedores al orden de pago del heredero (art. 1.028, párr. 1.º, CC) no impone tampoco un procedimiento de liquidación colectiva. La decisión judicial dilucida la preferencia de pago en cuestión exclusivamente entre los acreedores en conflicto, pero deja fuera a los demás. (MANRESA: *op. cit.*, p. 590; DE DIEGO: *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 375; PEÑA: *op. cit.*, p. 277; LACRUZ: *Derecho...*, *op. cit.*; GITRAMA: *op. cit.*, pp. 449 y 451, y también en *La Administración de la herencia*, *op. cit.*, p. 261; ROCA, Notas a KIPP, *op. cit.*, p. 453, p. 177; BORRELL: *op. cit.*, p. 524; GETE ALONSO: *op. cit.*, p. 378; PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS: *op. cit.*, p. 531). Se trata, pues, de una oposición individual y no colectiva.

4.º El resto de las normas reguladoras del beneficio de inventario tampoco imponen los rasgos de una liquidación colectiva análoga a la del concurso de acreedores. De hecho, ni siquiera se establece la necesidad de hacer una partida contabilizando el pasivo. En cuanto a la citación a los acreedores para la formación del inventario (art. 1.014), no tiene que ser forzo-

50. Derechos civiles autonómicos (88).

En los Derechos civiles autonómicos, la solución es la misma y el sucesor no es considerado como un deudor “personal”, sino como un *liquidador* obligado a satisfacer las obligaciones del causante única y exclusivamente con medios patrimoniales, sin que deba de desarrollar personalmente ninguna actividad para cumplir *in natura* aquellas obligaciones de hacer y de no hacer. Así, si existen obligaciones de esta clase, el sucesor sólo estará obligado a liquidarlas, entregando al acreedor su contraprestación económica; bien a costa de los medios patrimoniales del causante o, para el caso del deber *ultra vires*, también a costa de los suyos propios. El sucesor no tiene, pues, el deber de cumplir personalmente tales obligaciones de hacer o de no hacer, obligaciones frente a las cuales asume el papel de liquidador.

Como ocurre en el CC español, en los Derechos de Cataluña y Aragón existen disposiciones que (manera análoga a lo establecido en los antes citados arts. 659, 661 y 1.257, párrf. del Código español) proponen, *in abstracto*, la transmisión general de las deudas del causante. Es lo que ocurre en el artículo 1, párrafo 1.º, del Código de Sucesiones catalán (en adelante, CSC) y en el artículo 7.1 de la Ley aragonesa de Sucesiones (en adelante, LAS) (89). Tales preceptos, interpretados asistemáticamente, sin

samente personal (como sí lo es el juicio de división de herencia –arts. 782.4, 783.3 y 783.5 LEC); lo usual será que los acreedores ni siquiera conocerán el hecho de la aceptación con beneficio de inventario (*vid.* GITRAMA: *op. cit.*, p. 351). En Cataluña no es necesario citar a nadie (arts. 30, párr. 2.º, y 230, párr. 3.º, CSC; GETE ALONSO: *Comentarios al CC y a las Comps. Forales*, XXIX-3.º, 1986, pp. 345-347; GASSIOT MAGRET: *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 1980, p. 314; BORRELL: *op. cit.*, p. 524, rotundo, dice que “el heredero no está obligado, ni siquiera autorizado, para citar a los acreedores de la herencia”). Por último, tampoco regula el CC el modo de realizar el inventario, cuestión que ha sido debatida en la doctrina. En cualquier caso, parece posible el inventario puramente privado, sin intervención judicial ni notarial, una vez hecha la aceptación misma de acuerdo con el CC. No obstante, también parece que si algún acreedor o legatario exige inventario judicial así debe hacerse (VALLET: *op. cit.*, p. 533).

(88) La denominación de Derecho “foral”, todavía muy presente en la doctrina, está hoy desmentida por algunos Estatutos de Autonomía, como el de Cataluña (art. 9.2 –“dret civil català”–) o el de Aragón (art. 34.4 –“derecho civil aragonés”–). En cambio, se mantiene en el artículo 48 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento de Navarra (“Derecho Civil Foral”) y en el artículo 10.5 del Estatuto Vasco (“Derecho Civil Foral y especial”). Pero, a pesar de estas referencias, el “foralismo” pertenece a una etapa histórica ya superada, porque después de la Constitución de 1978 el Derecho Civil foral ya no es tal, sino, simplemente, una competencia más de algunas Comunidades autónomas.

(89) Artículo 1, párr. 1.º, CSC: “El heredero sucede en todo el derecho del causante. Por consiguiente, adquiere los bienes y derechos de la herencia y se subroga en las obligaciones del causante que no se extingan por su fallecimiento. Debe cumplir las cargas hereditarias y queda vinculado a los actos propios del causante”.

Artículo 7.1 LAS: “El llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bie-

conexión con ningún otro, serían una expresión de la tesis del sucesor como deudor “personal”, obligado a cumplir *in natura* incluso las obligaciones de hacer y de no hacer. Pero, como ocurre con el CC español, la tesis está desmentida por aquellos otros preceptos que regulan de manera específica lo relativo a la naturaleza del deber del sucesor con respecto a las obligaciones del causante. Es decir, está desmentida por las normas que actúan como *lex specialis* en esta materia. Así, el artículo 34 CSC dice, de modo similar al artículo 1.003 del CC español, que “por la aceptación de la herencia pura y simple el heredero responderá de las obligaciones del causante y cargas hereditarias, no sólo con los *bienes* relictos, sino también con sus *bienes* propios, indistintamente”. Mientras que el artículo 35,1.º, que determina los efectos del beneficio de inventario, dispone, de manera similar al artículo 1.023,1.º del Código español, que “el heredero no responderá de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con sus propios *bienes*, sino únicamente con los *bienes* de la herencia”.

Por su parte, el artículo 40.1 LAS, continuando la tradición aragonesa en esta materia acerca del deber *intra vires* sin necesidad de inventario previo, establece que “el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los *bienes* que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario”. Con esta limitación, el sucesor puede optar por emplear, no obstante, bienes y derechos procedentes de su propio patrimonio. Pero es una opción que no le obliga a emplear más que eso, medios patrimoniales, como advierte el artículo 46.1: “El heredero puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los *bienes* recibidos del caudal relicto o con su propio *patrimonio*”.

Por último, la Compilación navarra, que se inscribe en la misma tradición aragonesa sobre deber *intra vires*, afirma en su Ley 318 que “el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios con el *valor de los bienes* de la herencia exclusivamente...”.

En resumen, el sucesor debe con los *bienes y derechos* del causante y con nada más. Son los bienes y derechos transmitidos por el causante los que han de afrontar el pago de sus deudas; podrán serlo también los bienes y derechos propios del sucesor si así lo desea. Pero en ningún caso tales preceptos le imponen la obligación de ejecutar *in natura* las obligaciones de hacer y de no hacer. Y no valen las referencias genéricas de los citados artículos 1.1 CSC y 7.1 LAS en punto a la transmisión general de las deudas del causante. Tales preceptos se limitan a establecer justamente eso, la norma de general transmisión de las deudas del causante. Pero,

nes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación”.

en punto a establecer qué estatuto corresponde al sucesor con respecto a tales deudas, las normas a tener en cuenta son las establecidas en los artículos 34 y 35 CSC, 40.1 LAS y Ley 318 Comp. navarra. Y no sólo porque son las que de manera concreta y específica delimitan el estatuto liquidador del sucesor.

De manera especial, son esas las normas a tener en cuenta porque respetan la libertad y la dignidad del sucesor (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 17 CE). Los artículos 1.1 CSC y 7.1 LAS retrotraen sin duda a las tesis espiritualistas del principio de continuación de la personalidad o la más matizada de la “solidaridad” familiar. Pero, dígase una vez más, tales tesis están en contradicción con los valores constitucionales citados, al contrario que la solución mucho más realista y equilibrada que proporcionan de los artículos 34 y 35 CSC, 40.1 LAS y Ley 318 Comp. Navarra. Solución que, en definitiva, patrocina una tesis del sucesor en los *bienes*, no del sucesor en la *persona*.

51. Argumentos adicionales.

Esta tesis acerca del sucesor gravado por las deudas del causante en la medida que lo permita su solvencia patrimonial (o, en el caso del beneficio de inventario, la solvencia de la herencia), cualesquiera que sea la naturaleza de esas deudas (si de dar, hacer y de no hacer), resulta no sólo de la interpretación de las normas constitucionales acerca de la dignidad y la libertad del sucesor. O, ya dentro de las normas con rango de Ley formal, no sólo de las que, en el ámbito del CC o de los derechos civiles autonómicos, regulan de manera específica el estatuto del sucesor respecto de las deudas del causante. Ocurre que, al margen ya de este hecho cierto, existen ciertas instituciones del Derecho de sucesiones cuya existencia sólo puede conjugarse plenamente con un sucesor sometido a ese estatuto liquidatorio. Esto es lo que ocurre con los institutos en torno al beneficio de separación de bienes a favor de los acreedores del causante y sus preferencias de pago; la responsabilidad mancomunada de los coherederos en los lugares donde existe (caso de Cataluña); el fenómeno de la yacencia hereditaria y demás supuestos de administración de herencia; y también con los casos de sucesión por el Estado.

52. Institutos de separación de bienes y preferencias de pago.

Las preferencias de pago a favor de los acreedores del causante frente a los acreedores particulares del heredero y los legatarios se inscriben en la tradición romana, iniciada en época clásica, del *beneficium separationis creditorum* (D, 46, 2), el cual tenía la función de proteger a los acree-

dores del causante frente a la eventualidad de que un heredero insolvente emplease la herencia para pagar a sus propios acreedores antes que a los del causante; la tradición se continúa por Justiniano con la aparición del *beneficium inventarii*, que, a cambio de atribuir al sucesor la opción del deber *intra vires*, concede a los acreedores ciertas preferencias de pago (C, 6, 30, 22, 4-6). En el CC español (arts. 1.027 y ss.), el CSC (art. 36) y la LAS (art. 44.1), las preferencias están explícitamente reconocidas en el beneficio de inventario; en cambio, se guarda silencio en sede de aceptación pura (90), pero la doctrina, particularmente desde PEÑA, entiende que las preferencias también son aquí aplicables (91).

El sentido de estas preferencias de pago sólo tiene explicación si se entiende referido a los bienes y derechos de la herencia (exactamente enunciado por ULPiano para justificar el *beneficium separationis*) (92). Y esto

(90) No guarda silencio la LAS, según la cual “cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero” (art. 44.2).

(91) PEÑA: *op. cit.* Tras la aparición de su obra (ya un clásico en la materia), la mayoría de la doctrina posterior se ha sumado a los postulados básicos de la autonomía patrimonial de la herencia aceptada puramente. El propio LACRUZ lo hizo, confirmando su teoría precedente, en el *Derecho de sucesiones*, I, 1971, p. 166 (el precedente en “La responsabilidad...”, *op. cit.*, RDCI, 1961, pp. 191 y ss.). Pueden citarse: ALBALADEJO: *Derecho Civil*, V-1.º, *op. cit.*, p. 250; VALLET: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, II, *op. cit.*, pp. 550 y 564; PUIG BRUTAU: *op. cit.*, pp. 225, 229, 232, 235 y 271-273; GITRAMA: *op. cit.*, pp. 263-266, 271 y 445-446; GARCÍA RUBIO: *La distribución de la herencia en legados*, Madrid, 1989, pp. 196-206; ROVIRA JAÉN: “En torno a las deudas de la herencia”, RCDI, 1969, pp. 1573 y ss.; O’CALLAGHAN: *Compendio...*, V, *op. cit.*, p. 52; GUTIÉRREZ BARRENGOA, en *Compendio de Derecho de Sucesiones*, dir. por Lledó, *op. cit.*, pp. 310 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES: “El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español”, ADC, 1998, pp. 81 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA: *op. cit.*, pp. 132-150.

Al frente de estas tesis se alzan las clásicas de la “confusión” patrimonial, cuya cabeza visible está hoy representada por Díez-PICAZO/GULLÓN (*Sistema*, IV, 6.ª ed., 1992, pp. 554 y ss.) y DE LA CÁMARA (*CMJ*, pp. 2549 y ss.; también en el *Compendio de Derecho Sucesorio*, *op. cit.*, 1990, pp. 20 y ss.). Ha de citarse también a: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en *Derecho de Sucesiones*, dir. por López, *op. cit.*, p. 557; ABRIL CAMPOY: *La extinción de las obligaciones por confusión en el Derecho Sucesorio*, Madrid, 1995, pp. 147 y ss.

En un lugar intermedio se encuentran aquellos autores que, sin aceptar la tesis separationista de PEÑA, sí están de acuerdo en que existe en el CC un sistema de preferencias a favor de los acreedores hereditarios y que recae sobre los bienes de la herencia (ARIAS DÍAZ: *La confusión como modo de extinción de las obligaciones*, Jaén, 1994, pp. 18 y ss.; CRISTÓBAL MONTES: “Antecedentes históricos y Derecho Comparado del beneficio de separación”, en *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 195 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de Sucesiones...*, II, *op. cit.*).

(92) D, 46, 2, 1: “Suele permitirse la separación a los acreedores en estos casos: por ejemplo, uno tenía por deudor a Seyo, y éste murió; le heredó Ticio, que no es solvente; se venden sus bienes; los acreedores de Seyo dicen que los bienes de Seyo alcanzan para pagar sus créditos y que los acreedores de Ticio han de contentarse con los bienes de Ticio, y que así debe hacerse la venta de bienes como si fueran dos personas distintas, porque puede suceder que Seyo fuera solvente y pudiera satisfacer a sus acreedores por la totalidad de sus deudas y, si no por la totalidad, al menos en parte, pero, que al admitir sin distinción a los acreedores de

es lo mismo que decir que las preferencias de pago sólo tienen sentido respecto de las obligaciones de dar. Porque, como resulta evidente, un acreedor del causante, portador de un crédito consistente en un *facere* o un *non facere*, no puede pretender que el sucesor cumpla personal e *in natura* con ese hacer o no hacer con preferencia a los acreedores particulares de los sucesores que, a su vez, sean también portadores de créditos consistentes en un hacer o un no hacer. Es decir, no puede el acreedor del causante obligar al sucesor a que realice una determinada actividad de hacer o de no hacer en orden a pagar su crédito antes que dicho sucesor realice una determinada actividad de hacer o de no hacer en orden a pagar una deuda con un acreedor personal de tal sucesor. Lo contrario sería un contrasentido. Por ello, si se quiere que las preferencias sean viables incluso con las obligaciones de hacer y de no hacer, la única solución es que tales obligaciones de hacer y de no hacer se conviertan en una obligación de dar su valor económico equivalente. Entonces sí podrán aplicarse las preferencias a favor de los acreedores del causante que sean portadores de créditos de hacer y de no hacer, porque podrán ser pagados con cargo a los bienes y derechos de la herencia de manera preferente a los acreedores particulares del sucesor.

Lo mismo hay que decir en cuanto a los institutos de separación de bienes instados por los acreedores del causante, que están regulados expresamente en el CSC (art. 37), la Comp. Navarra (Ley 319) y, de manera sectorial, en el CC (art. 1.082) y en la LEC (arts. 782.4 y 792.2) (93). Tratándose de acreedores hereditarios portadores de créditos de hacer y de no hacer, la única manera que tienen de hacer efectivo el beneficio de la separación sobre bienes y derechos hereditarios es convirtiendo tales créditos en otros consistentes en un *dare*.

53. Responsabilidad mancomunada.

El mismo razonamiento juega también en los sistemas que, para el caso de pluralidad de herederos, imponen una responsabilidad mancomunada, como ocurre en el CSC, siguiendo la estela del Derecho romano (art. 61). Sin perjuicio de que puedan existir deudas consistentes en un hacer o un no hacer que se ajusten a la regla de la mancomunidad, lo cierto es que, como norma general, el cumplimiento *in natura* de las obli-

Ticio, ellos van a conseguir menos porque el heredero no es solvente, o menos solvente que Seyo, o van a conseguir menos simplemente porque así son más. Es muy justo, pues, que si los acreedores de Seyo lo solicitan, sean atendidos y consigan del pretor la separación, a fin de que se pague separadamente a los acreedores de uno y de otro" (trad. de D'ORS y otros: *op. cit.*).

(93) Acerca de la LEC, puede verse SANCHO GARGALLO/BRIONES JURADO: *El juicio sucesorio*, Barcelona, 2002, pp. 53 y ss.

gaciones de hacer y de no hacer no puede dividirse entre los deudores mancomunados, ni aun cuando se trate de sucesores. Es un contrasentido que el acreedor del causante se dirija separadamente contra cada uno de los sucesores para que cada uno cumpla *in natura* una obligación de hacer o de no hacer sólo en proporción a su “cuota” hereditaria. Este planteamiento vale para las obligaciones hereditarias consistentes en un *dare*, pero para las consistentes en un hacer o un no hacer queda, de ordinario, fuera de lugar, porque las actividades de hacer y no hacer a las que se comprometió a realizar el causante no van a poder ser objeto de división en las personas de los sucesores, cumpliendo cada uno *in natura* en proporción a una fracción teórica cifrada en la “cuota” hereditaria.

Para evitar todas estas turbulencias, la atribución de un deber mancomunado a los coherederos ha de entenderse en sus justos términos: dicho deber mancomunado sólo adquiere pleno sentido si todas las obligaciones del causante, sean de la especie que sean, se satisfacen mediante entrega de bienes y derechos de la herencia. Es decir, el deber mancomunado adquiere verdadero sentido si el coheredero no es considerado un deudor “personal”, sino como un simple liquidador a quienes las obligaciones del causante consistentes en un hacer o en un no hacer sólo le afectan en la medida que existan bienes o derechos para pagarlas, previo establecimiento de su valor económico (94).

54. Yacencia hereditaria.

En la tesis que se viene manteniendo, el sucesor es básicamente un liquidador de las obligaciones del causante; porque las obligaciones que consistan en un hacer o un no hacer experimentan tras la sucesión *mortis causa* una transformación económica según su valor patrimonial, de manera que el acreedor portador de esa clase de obligaciones ha de conformarse con recibir dicho valor como pago de las mismas. En la yacencia hereditaria, este hecho se vuelve a manifestar con bastante claridad.

(94) Frente a todo ello, no cabe, por supuesto, argumentar a *contrario sensu* para establecer un coheredero deudor “personal” en los casos en que, como ocurre en el CC, se le impone un deber solidario (art. 1.084). No cabe, en efecto, que tal deber solidario indique la imposición de un deber “personal” que obligue cada coheredero a cumplir íntegramente e *in natura* con las obligaciones del causante consistentes en un hacer o un no hacer. El planteamiento es otro, porque el sucesor no es un deudor “personal”, sino un liquidador y si el CC se separa del Derecho romano y del Código napoleónico para establecer un deber solidario en lugar de un deber mancomunado para el caso de pluralidad de sucesores, lo hace para establecer una posición más ventajosa al acreedor hereditario, eximiéndole de demandar conjuntamente a todos los coherederos para obtener la entera satisfacción de su crédito. Pero, a partir de aquí, en el sistema del artículo 1.084 CC el régimen de la deuda del causante no varía y las obligaciones de hacer y de no hacer serán transformadas a un valor económico en bienes y derechos con los cuales los coherederos afrontarán solidariamente tales obligaciones.

Los autores aceptan comúnmente que, mientras el llamado a la herencia no acepta convertirse en sucesor, la herencia yacente ha de ponerse en administración, bien en manos de una tercera persona o bien en manos del propio sucesor llamado (arts. 801 y ss., 965 y 1.020 CC, 8 párr. 2.º CSC y 790 y ss. LEC). La lógica de esta puesta en administración es clara por lo que se refiere a las deudas del causante que deban de ser pagadas en el período de yacencia. De cara a los acreedores del causante, es indiferente el hecho de que haya o no sucesores que hayan aceptado convertirse, puesto que pueden dirigirse contra los administradores de la herencia para exigirles los créditos que ya estén vencidos o que venzan en la época de la yacencia (95). Ahora bien, también está claro que si los créditos consisten en un *facere* o un *non facere*, los acreedores no van a poder exigir del administrador que cumpla *in natura* esos créditos. Como todo administrador de un patrimonio ajeno, el de la herencia yacente, aunque lo sea el propio sucesor llamado, es un puro liquidador en lo que se refiere a deudas hereditarias y no tiene nunca la obligación de cumplir *in natura* deberes consistentes en un hacer o un no hacer. En el período de yacencia, las deudas de la herencia entran en una fase de liquidación provisional previa a la liquidación definitiva que tendrá lugar cuando el sucesor acepte convertirse en tal. De modo que los acreedores del causante deberán asumir ya en este estadio la conversión de sus créditos consistentes en un hacer o un no hacer en simples créditos de dar su valor económico.

55. Administración de herencia. Sucesión del Estado.

Idéntico razonamiento es aplicable también a todos los demás supuestos donde la herencia también se pone en administración (sucesión de menores e incapaces, herencias sometidas a condición o a plazo, etc.). Nunca podrá admitirse que el administrador esté obligado a cumplir personalmente e *in natura* con las obligaciones hereditarias de hacer y de no hacer. Esto es radicalmente incompatible con la sustancia del cargo de administrador de un patrimonio ajeno. El administrador es, por su propia

(95) Vid. ROCA SASTRE: "L'herència jacent. Construccions jurídiques sobre la seva titularidad", en *Estudios sobre Sucesiones*, I, *op. cit.*, pp. 239-240; LACRUZ y otros: *Elementos...*, V, 5.ª edición, Barcelona, 1993, p. 42. Véase también RIVAS: *Derecho de Sucesiones*, I, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, V, 7.ª edición, Barcelona, 1997, pp. 40-41; VALLET: *Panorama...*, II, pp. 168 y ss.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, V-1.º, *op. cit.*, pp. 164 ss. Han de verse también las últimas monografías sobre yacencia hereditaria: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (*La herencia yacente*, Barcelona, 1995); SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (*La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Valencia, 1997); MONJE BALMADEA (*La herencia yacente*, Madrid, 2001). En el apartado de jurisprudencia puede citarse a la STS de 21 mayo de 1991 (RA 3779/91).

naturaleza, un liquidador y especialmente lo es en los casos en que administra una herencia (96).

En cierto modo, también es aplicable este razonamiento para el caso de la sucesión deferida al Estado, porque en estas sucesiones el Estado se comporta, de hecho, como un administrador con vistas a liquidar definitivamente la herencia. No cabe duda que el Estado debe por deudas del causante (art. 957 CC) (97). Y tampoco cabe duda de que el Estado no va a estar obligado a cumplir *in natura* con las obligaciones hereditarias de hacer y de no hacer. No sólo porque, *de facto*, esté ordinariamente incapacitado para ello por no disponer de personal apto para cumplirlas, sino, especialmente, porque el Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, que se ocupa de esta materia, regula la sucesión del Estado como un procedimiento estrictamente liquidatorio donde sólo se presta atención al destino de los bienes y derechos hereditarios, que de ordinario es su subasta pública.

§ 8. Derecho comparado

56. Idea general.

Como ocurre en el Derecho civil español, los Códigos extranjeros también establecen una correlación entre deudas del causante, por una parte, y *bienes* del mismo, por otra. Observemos que, dada esta correlación entre deudas y bienes, si las disposiciones de los diferentes Códigos en materia de responsabilidad por deudas del causante fuesen interpretadas en un sentido exclusivamente literal, parecerían referirse a las deudas dinerarias. En efecto, la literalidad de las normas de los Códigos presenta casi invariablemente el preciso silogismo de que las deudas del causante se pagan con bienes y con nada más. Lo que, excluido todo elemento interpretativo adicional, daría como conclusión la no transmisión de aquellas obligaciones del causante que, por su naturaleza, no se pagan con bienes y derechos, sino con una actividad personal del deudor. Es decir, daría como conclusión, en definitiva, la no transmisión de las obligaciones de hacer y de no hacer.

Como es evidente, y así se ha dicho ya anteriormente, esta solución es inviable, por simple aplicación del principio que prohíbe el enriquecimien-

(96) De manera ilustrativa, GITRAMA califica al administrador de herencia como un “funcionario privado dedicado a la gestión de bienes asimismo privados” (*La administración...*, *op. cit.*, p. 160).

(97) *Vid.* HIDALGO GARCÍA: *La sucesión por el Estado*, Barcelona, 1995, pp. 201 y ss.

to injustificado. Obviamente, las obligaciones de hacer y de no hacer, aunque su cumplimiento exija el ejercicio de una actividad del deudor y no el empleo de bienes y derechos, son obligaciones patrimoniales y, por tanto, susceptibles de ser valoradas económicamente. Nuestra LEC es clara en este punto (arts. 700, párrs. 2.º y 3.º, 706 y ss.). Así que lo que los Códigos extranjeros hacen es, sencillamente, establecer el estatuto general del sucesor con respecto a todas las deudas transmisibles del causante, sean de dar, de hacer o de no hacer: el sucesor *debe* sólo y exclusivamente con bienes y derechos y no está obligado a prestar una actividad personal para el cumplimiento de las deudas del causante. El sucesor, pues, es básicamente un *liquidador* de las deudas del causante.

57. Los Códigos francés e italiano.

En el *Code* francés y también en el *Codice* italiano, la solución indicada está explicitada en sede de beneficio de inventario. El artículo 802.1 del *Code* establece que el efecto del beneficio consiste en que el heredero “... n'être tenu du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur *des biens* qu'il a recueillis, ...”; mientras que en el artículo 490.2 del *Codice* se dice que “l'erede non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore *dei beni* a lui pervenuti” (cursiva nuestra). El sucesor, pues, debe de cumplir las obligaciones del causante exclusivamente con *bienes* del causante y sólo con éstos. Lo cual está en absoluta consonancia con la posibilidad que tales Códigos prevén en orden a “abandonar” los bienes y derechos de la herencia a los acreedores del causante en el caso de beneficio de inventario, cualquiera que sea la naturaleza de los créditos que porten (98).

Por otra parte, al contrario que lo ocurrido en el CC y en los Derechos civiles autonómicos españoles, en tales Códigos no existe una norma equivalente para la aceptación pura. Pero la conclusión sigue siendo la misma. No ya sólo por simple interpretación por analogía de los preceptos citados. Sino, de manera especial, y del mismo modo que ocurre en nuestro país, por simple aplicación de los valores de protección de la libertad y dignidad personales, que, como es natural, están contemplados en las Constituciones respectivas de Francia (arts. 4 y 10 Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano y párr. 1.º del preámbulo de la Constitución

(98) Artículo 802.1, *in fine*, del *Code*: “... même de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires”.

Artículo 507, párrafo 1.º, del *Codice*: “L'erede, non oltre un mese dalla scadenza del termine stabilito per presentare le dichiarazioni di credito, se non ha provveduto ad alcun atto di liquidazione, può rilasciare tutti i beni ereditari a favore dei creditori e dei legatari”.

de 1946) e Italia (arts. 8, 13, 19). Y ante ello, de poco valen referencias contenidas en el *Code* y en el *Codice* que, interpretadas sólo muy superficialmente, pudieran hacer resonar los ecos fantasmales de las tesis del sucesor como deudor “personal”.

Es lo que ocurre cuando, a propósito de establecer el deber frente a las deudas del causante en caso de pluralidad de herederos, el *Code* francés establece en el artículo 873 que “les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout; ...”. La misma regla pasó al *Codice* italiano de 1867 y, posteriormente, al vigente de 1942, que, en su artículo 754, párrafo 1.º, dice que “gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione della loro quota ereditaria e ipotecariamente per l'intero...”. La norma, lejos de transmitir la tesis del deudor “personal”, lo que hace es delimitar el deber de cada coheredero que, al contrario de lo ocurrido en el CC español (art. 1.084) y la LAS (art. 56.1) y a semejanza del CSC (art. 61), establece una responsabilidad mancomunada frente a los acreedores del causante, la cual sólo queda lógicamente excepcionada para el caso concreto de que un coheredero haya recibido del causante una cosa hipotecada. Y es por ello por lo que los preceptos indican que en ese caso particular el sucesor que tenga la cosa hipotecada debe “hipotecariamente” por el todo y que en los demás casos cada sucesor debe “personalmente”, pero en proporción a su cuota, es decir, mancomunadamente. Se debe “personalmente”, pero no en el sentido de la tesis del sucesor como deudor “personal”, sino, lo que es muy distinto, hasta el límite de la *cuota heredada*, lo que necesariamente trae de nuevo a un sucesor sólo y exclusivamente obligado con los bienes y derechos integrados en dicha cuota, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación transmitida. Cada uno de los coherederos asumirá las deudas del causante en función del montante de su cuota hereditaria y esto excluye automáticamente que las obligaciones de hacer y de no hacer deban de cumplirse *in natura*. En el fondo ocurre, pues, lo mismo que con el ya citado artículo 1.084 CC, con la diferencia de que en un caso el deber es mancomunado y en otro solidario, pero siempre de tipo liquidatorio.

58. El Código portugués.

En el Código Civil portugués, la sucesión *mortis causa* es explícitamente contemplada como un fenómeno puramente patrimonial. El artículo 2.024 ofrece una noción de sucesión consistente en el “chamamento de uma o mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta per-

teneciam". Esta norma despoja a la sucesión de cualquier matiz espiritualista que, como consecuencia, pudiera traer la figura de un deudor "personal". En este sentido, la norma portuguesa se aparta de preceptos tales como los artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1, del CC español, párrafo 1.º CSC o 7.1 LAS, que, como se ha dicho, sí podrían retrotraer a esa figura del deudor "personal" si fuesen interpretados de manera aislada y sin conexión con otras normas. Frente a estas normas generalistas hispanas, la norma lusa deja bien claro que el fenómeno sucesorio es algo estrictamente patrimonial. Lo que queda perfectamente corroborado cuando establece la posición del sucesor respecto de las deudas del causante. De hecho, el Código portugués ni siquiera se refiere al sucesor como sujeto que debe de cumplir con esas deudas, como ocurre en los ya citados artículos 1.003 y 1.023 del CC español, 34 y 35 CSC, 40.1 LAS y Ley 318 Comp. Navarra, que hablan siempre de un heredero responsable. Para establecer el régimen de la transmisión *mortis causa* de deudas, el Código portugués omite citar al sucesor y se remite directamente a la herencia, según establece el artículo 2.068: "A herança responde pelas despesas com o funeral e sufragios do seu autor, pelos encargos com a testamentaria, administração e liquidação, do património hereditario, pelo pagamento das dívidas do falecido, e pelo cumprimento dos legados".

Con un precepto como éste, el sucesor no está obligado a cumplir *in natura* las obligaciones del causante consistente en un *facere* o un *non facere*, pues bastará un cumplimiento equivalente a una entrega de bienes y derechos hereditarios hasta alcanzar su valor económico.

59. El BGB.

Como en el CC español, y también en el CSC y LAS, en el BGB también están previstas ciertas normas que institucionalizan la transmisión general de las deudas del causante sin más precisiones (§ 1.922,1 y 1.967,1) (99). Pero cuando regula la posición del sucesor en los supuestos de deber limitado *intra vires*, la configura como la de un sujeto obligado sólo a satisfacer las deudas del causante tan sólo con la "herencia" (*Nachlaß*) (§§ 1.973, 1.975) (100). Lo que equivale a decir que el sucesor afrontará

(99) § 1922.1: "Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbchaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über". (Con la muerte de una persona pasa su patrimonio como un todo a otra u otras personas) (trad. de Melón Infante, en el apéndice al *Tratado...* de ENNECCERUS, Barcelona, 1994).

§ 1967.1: "Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten". (El heredero responde de las obligaciones de la herencia.)

(100) § 1973.1, inciso primero: "Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass durch die

las obligaciones de hacer y de no hacer con los bienes y derechos que integren dicha herencia y que, en definitiva, el sucesor actuará como bajo un estatuto liquidatorio según el cual esas obligaciones de hacer y de no hacer convertirán en obligaciones de dar su valor económico.

Para los supuestos en que el deber del sucesor es *ultra vires* (§ 1.994,1, 2.005,1, 2.006,3, 2.013,1) (*unbeschränkte Haftung*), el *BGB* no precisa el alcance de tal deber. Pero la solución sigue siendo la que se viene exponiendo, porque, al igual que ocurre en el Derecho francés y en el italiano, la precisión del *BGB* a propósito de la posición liquidadora del sucesor en los casos de deber *intra vires* es extensible por pura analogía a los casos de deber *ultra vires*. Y, por encima de todo, volvemos a insistir, actúa el plusvalor de las normas constitucionales sobre libertad y dignidad de la persona, que son incompatibles con las tesis sobre un sucesor deudor “personal”. Por lo que, en síntesis, incluso en los supuestos de deber ilimitado, el sucesor seguirá teniendo la condición propia de un liquidador, sin estar obligado a cumplir *in natura* con las obligaciones de hacer y de no hacer. De modo que tendrá que satisfacer las deudas del causante, no sólo con la “herencia” (*Nachlaß*), sino también con los propios bienes y derechos de su propio patrimonio, siempre con independencia de cuál sea la obligación del causante, si de dar, hacer o de no hacer.

60. Los Códigos latinoamericanos.

El CC argentino establece en su artículo 3.431 que “el heredero debe cumplir las obligaciones que gravan la persona y el patrimonio del difunto, y las que nacen de la transmisión misma de ese patrimonio, o que el difunto ha impuesto al heredero en esta calidad”. Y, a continuación, el artículo 3.432 dice que “los acreedores de la herencia gozan contra el heredero de los mismos medios de ejecución que contra el difunto mismo, y los actos ejecutorios contra el difunto lo son igualmente contra el heredero”. Interpretadas ambas normas de manera aislada, sin conectarlas con ninguna otra, podrían ser un exponente de la tesis del sucesor como deudor “personal”: se dice que el heredero ha de cumplir “las obligaciones que gravan la persona... del difunto” y, además, se dice también que el acree-

Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird”. (El heredero puede negar la satisfacción a un acreedor de la herencia excluido del procedimiento intimatorio en tanto que la herencia se agote con la satisfacción de los acreedores no excluidos.)

§ 1975: “Die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlass, wenn eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger (Nachlassverwaltung) angeordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet ist”. [La responsabilidad del heredero por las obligaciones de la herencia se limita a la herencia si está ordenada una intervención de la misma (administración de herencia) o su insolvencia.]

dor hereditario goza de los “mismos medios de ejecución que contra el difunto mismo”. Sin embargo, ambas normas sólo se limitan a expresar la transmisión *mortis causa* de deudas como regla general implícita en el fenómeno sucesorio. Porque es evidente que el sucesor está obligado por cuantos deberes “graven la persona” del causante; y también que el acreedor dispone, en principio, de las mismas acciones judiciales contra el sucesor que contra el causante, ya declarativas o ejecutivas. Ahora bien, lo que no precisan esos preceptos es en qué modo se sustancia el *deber* del sucesor con respecto a las obligaciones del causante. Tales preceptos, en realidad, se limitan a expresar, como decimos, la norma de general transmisión *mortis causa* de las obligaciones del causante. Y, por tanto, se inscriben en la misma línea de los ya citados artículos 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, CC y 1.1 CSC y 7.1 LAS.

Ocurre que, al igual que en el Código español y en los Derechos civiles autonómicos, en el Código argentino el estatuto del sucesor con relación a las deudas del causante queda establecido en las normas que fijan los efectos de la aceptación pura y con beneficio de inventario. En estas normas ya queda claramente sentado que el sucesor está obligado a cumplir las obligaciones del causante sólo con los bienes y derechos que reciba por sucesión; pero no con una actividad personal que conduzca al cumplimiento *in natura* de las obligaciones de hacer y de no hacer. El artículo 3.343 dice que “el heredero que ha aceptado la herencia queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto a los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los *bienes* hereditarios, sino también con los suyos propios”. Mientras que el artículo 3.371 afirma que “el heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario está obligado por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los *bienes* que ha recibido de la herencia...”.

Por su parte, en los Códigos mexicano y chileno la impronta patrimonialista de la sucesión es expuesta con más claridad. En el Código mexicano, el deber del sucesor está institucionalmente limitado a los bienes y derechos de la herencia (art. 1.678) (101). En el chileno se mantiene la tradicional distinción en torno a aceptación pura y con beneficio de inventario. Pero ambos tipos de aceptación se sujetan a la idea común expresada en el artículo 959, según la cual las deudas del causante, cualquiera que sea su naturaleza, se valoran económicamente y se descuentan del activo hereditario antes de proceder al reparto de tal activo entre los su-

(101) “La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.”

cesores (102). Lo que, unido a la regla común de que el sucesor aceptante a beneficio de inventario debe sólo con los bienes y derechos de la herencia (art. 1.247), termina por diseñar un inequívoco estatuto liquidador para el sucesor (103).

Por último, el CC venezolano vuelve a explicitar la idea de un sucesor liquidador cuando regula los efectos del beneficio de inventario, idea que, a semejanza del Código francés, incluye, además, la posibilidad de abandonar la herencia a los acreedores del causante (art. 1.036) (104). Frente a esto, nada tiene que ver la alusión de cumplir “personalmente” recogida en sede de responsabilidad de varios sucesores (art. 1.110) (105). La expresión está tomada casi literalmente del Código francés y, como quedó dicho, únicamente tiene el objetivo de marcar diferencias con el supuesto en el que uno de los coherederos ha recibido del causante una cosa hipotecada, supuesto este último en que, como no podría ser de otra forma, responde “hipotecariamente por el todo”.

61. El Derecho anglosajón.

El Derecho anglosajón se presenta por los juristas continentales como el paradigma patrimonialista de la transmisión *mortis causa* de deudas y, en general, de la sucesión *mortis causa*. En realidad, la gran diferencia con el Derecho continental codificado es la presencia institucionalizada de un administrador de herencia nombrado *ad hoc* que está encargado de liquidarla antes de entregar el activo a los sucesores (*personal represen-*

(102) Artículo 959: “En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión.

2. Las deudas hereditarias.

3. Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria.

4. Las asignaciones alimenticias forzosas.

El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

(103) Artículo 1.247: “El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”.

(104) “Los efectos del beneficio de inventario consisten en dar al heredero las ventajas siguientes: No estar obligado al pago de las deudas de la herencia ni al de los legados, sino hasta concurrencia del valor de los bienes que haya tomado, y poder libertarse de unas y otras abandonando los bienes hereditarios a los acreedores y a los legatarios...”

(105) “Los coherederos contribuyen al pago de las deudas y cargas de la herencia en proporción a sus cuotas hereditarias, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. Los herederos están obligados a satisfacer las deudas y cargas hereditarias personalmente, en proporción a su cuota, e hipotecariamente por el todo, salvo su recurso, si hay lugar, contra los coherederos en razón de la parte con que deben contribuir.”

tative) (106). Pero, a partir de ahí, la posición del administrador anglosajón y la del sucesor del Derecho continental con respecto al pago de deudas del causante es básicamente la misma y se sujeta al mismo patrón patrimonialista (107).

El *personal representative* no está obligado frente a los acreedores hereditarios como un deudor equiparable al causante. No es considerado como un deudor “personalmente” obligado a cumplir con las obligaciones del causante, sean éstas del tipo que sean. El Derecho anglosajón sólo obliga al administrador a liquidar patrimonialmente el pasivo del causante, de manera que todas sus obligaciones o se convierten en dinerarias o son cumplidas por terceros a expensas de la herencia. En este sentido, MELLOWS cita el caso en el que el causante obligado por un contrato de obra, supuesto en donde el *personal representative* debe ordenar su cumplimiento a costa de la herencia, a menos que acuerde su extinción con el acreedor (108). Por lo demás, el sucesor sólo va a entrar en el disfrute de los bienes y derechos de la herencia una vez que ésta ha sido administrada previamente por un administrador *ad hoc*, el *personal representative*. Es éste quien debe de pagar a los acreedores antes de entregar la masa hereditaria residual a los sucesores.

En el sistema anglosajón, ni el *personal representative* ni el sucesor asumen, pues, una posición deudora equiparable con la del causante. Ninguno está obligado “personalmente” respecto de estas deudas, de manera que ninguno está obligado a cumplir *in natura* directamente y por sí mismo,

(106) Presencia institucionalizada no sólo en el *Common law*, sino también en el Derecho emanado del Parlamento (*Statute law*). Vid. SAMUELS: *Equity and Succession*, Londres, 1974, pp. 1 y ss.

(107) El *personal representative* no es necesariamente un extraño, ya que pueden serlo también los propios sucesores. Existen tres vías para nombrar un *personal representative* (*grants of representation*): *grant of probate*, cuando ya ha sido propuesta por el causante en su testamento y en cuyo caso el administrador comienza a ejercer su cargo desde la muerte, sin perjuicio de una ulterior autorización judicial confirmatoria; *grant with will annexed o cum testamento anexo*, cuando el testamento no indica a nadie; y *grant of administration*, en donde el *personal representative* es nombrado judicialmente. Al administrador propuesto testamentariamente se le llama *executor* y a los otros *administrators*, pero ambos tipos se refunden bajo la figura del *personal representative*, pues sus poderes son esencialmente los mismos. Como ya se ha dicho, el administrador de la herencia no es necesariamente un tercero. El sucesor también puede serlo, como también lo puede ser una *Trust Corporation* o incluso los propios acreedores (vid. *Non-Contentious Probate Rules* de 1954, *rules* 19 y 21; también CLARK, en *Parry & Clark on the Law of Succession*, 7.^a ed., Londres, 1977, pp. 137-141). En cualquier caso, a tenor de la *Judicature Act* de 1925, sección 162, la autoridad judicial tiene siempre la facultad de proponer a alguien distinto para desempeñar el cargo si las circunstancias lo aconsejan (vid. CLARK: *op. cit.*, pp. 131-132 y 143-144).

(108) “... If, for example, the deceased had contracted to redecorate a house, the personal representatives must arrange for this to be done at the expense of the estate, or for the contract to be terminated by consent.” (*The Law of Succession*, London, 1983, p. 323.)

como sí lo estaba el causante. Los acreedores sólo están autorizados para pedir el cumplimiento *in natura* con el límite de la consistencia patrimonial de la herencia, pero no lo están para que ese cumplimiento lo realice personalmente ni el sucesor y ni el *personal representative*. En resumen, los acreedores sólo pueden pedir que su créditos de hacer y de no hacer se cumplan por un tercero a expensas de la herencia (109).

§ 9. Liquidación de obligaciones de hacer y de no hacer

62. Regla general: liquidación en dinero.

En tanto que el sucesor se constituye, básicamente, como un liquidador de las deudas del causante, su deber con respecto a los acreedores

(109) El Derecho anglosajón no impone un procedimiento estrictamente liquidatorio, ya que el *personal representative* goza de libertad general durante su cargo; en sustancia, esta libertad es la misma del administrador de herencia del beneficio de inventario propio de los códigos continentales, beneficio que se caracteriza por su *inorganización*, según se dijo (véase, *supra*, núm. 49). El *personal representative* no debe elaborar un plan pago ni convocar a los acreedores, sino que simplemente debe emplear la *due diligence* (diligencia debida), tal como expresa la sentencia del caso *Re Tankard, Tankard versus Midland Bank Executor and Trustee Co Ltd* de 1942: "It is the duty of executors, as a matter of the due administration of the estate, to pay the debts of their testator with due diligence having regard to the assets in their hands which are properly applicable for that purpose, and in determining whether due diligence has been shown regard must be had to all the circumstances of the case" (Es obligación de los administradores, como objeto del deber de administrar de la herencia, pagar las deudas del testador con la diligencia debida, teniendo en cuenta los bienes que haya en la herencia que puedan ser aplicables para esos pagos, así como todas las circunstancias del caso) (fragmento citado por MELLOWS: *op. cit.*, p. 324, y CLARK: *op. cit.*, p. 249). Para todo ello cuenta con un pleno poder de disposición sobre las cosas de herencia y no necesita pedir autorizaciones judiciales cada vez que ha de vender o gravar, pudiendo actuar según tenga por conveniente. SHERRIN y BONEHILL (*The Law and Practice of intestate succession*, Londres, 1987, p. 101) dicen que los administradores tienen *absolute power* para vender bienes muebles e inmuebles y pagar deudas, regla impuesta ya por el *common law* y hoy también por el *statute law* (*Administration of Estates Act* de 1925, secciones 33 y 39; esta última le otorga incluso los *powers of trustees for sale* —poderes de realización de los administradores—). *Vid.* también BAILEY: *The Law of Wills*, 2.ª edición, Londres, 1940, pp. 236-237 y 240-242.

No existe, por otra parte, un período máximo para pagar las deudas (CLARK: *op. cit.*, p. 250; BAILEY: *op. cit.*, pp. 88 y 237-238). Por esta razón, los acreedores pueden presentar sus créditos al cobro en cualquier momento, siempre que no estén prescritos. Ante la eventualidad de que el período de administración se prolongue porque al *personal representative* le consten *future or contingent debts* o porque, sencillamente, no le consten si le son desconocidas, hay una serie de expedientes judiciales especiales (SHERRIN/BONEHILL: *op. cit.*, p. 109; MELLOWS: *op. cit.*, p. 330; CLARK: *op. cit.*, p. 216; BAILEY: *op. cit.*, p. 254). Así, respecto de las deudas desconocidas, la sección 27 de la *Trustee Act* de 1925 permite que el administrador pueda liberarse si cita mediante anuncios oficiales a los acreedores para que presenten sus créditos en un plazo no menor de dos meses (*vid.* MELLOWS: *op. cit.*, pp. 332-333; SHERRIN/BONEHILL: *op. cit.*, p. 105; CLARK: *op. cit.*, pp. 251-253; BAILEY: *op. cit.*, p. 214). Pero mientras haya bienes y derechos hereditarios, todo acreedor tiene derecho a ser pagado, por tarde que venza su crédito.

hereditarios que sean portadores de créditos consistentes en un hacer o un no hacer se limita a entregarles una contraprestación en forma de bienes y derechos que alcance el valor económico de dichos créditos. Este es el exacto deber del sucesor con respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer. No está obligado a más, por lo que el acreedor no está autorizado para exigir su cumplimiento *in natura*. Es más, ni tan siquiera está autorizado el acreedor para exigir que el sucesor busque un tercero para que realice ese cumplimiento *in natura*, a diferencia de lo ocurrido en el Derecho anglosajón, según acabamos de ver. En nuestro Derecho, el deber del sucesor termina en entregar al acreedor del causante el valor económico de la obligación de hacer o no hacer.

En cuanto a qué clase de bienes y derechos han de ser entregados por dichos sucesores como pago de las obligaciones de hacer y de no hacer, debe ser dinero. No sólo porque en nuestro Derecho no está contemplado el abandono de la herencia a los acreedores del causante, a diferencia de los Códigos francés (art. 802.1) e italiano (art. 507), que lo prevén, al menos, para el beneficio de inventario. Sino, también, por analogía al principio que inspira la legislación sobre concurso de acreedores según el cual los acreedores, como norma general, deben ser satisfechos con dinero previa realización de los bienes y derechos objeto del concurso (arts. 148 y ss. de la Ley Concursal). Los sucesores no son deudores personales de los acreedores del causante, sino liquidadores de sus deudas. Y, como corresponde a la naturaleza de un cargo de tipo liquidatorio, los sucesores no están autorizados a entregar a los acreedores del causante una suma de bienes y derechos como fórmula solutoria de las obligaciones hereditarias de hacer y de no hacer. Todo ello no impide, lógicamente, que el acreedor se dé por satisfecho con una entrega de bienes o derechos sin necesidad de su previa conversión a dinero; pero será una simple expresión de la autonomía de su voluntad bajo la figura de la dación en pago (cfr. 1.175 CC). La misma solución opera respecto de las obligaciones del causante, consistentes en dar una cosa que no se encuentra en la herencia, ni, en el caso del deber *ultra vires*, en el patrimonio del heredero.

Por lo demás, la regla opera tanto para el caso de aceptación pura como de aceptación con beneficio de inventario. La única especialidad será que, en el caso de aceptación con beneficio de inventario, los bienes y derechos realizables serán sólo los hereditarios.

63. Compensación de créditos.

En los casos en que la relación jurídica que une a causante y acreedor imponga también obligaciones al acreedor, la liquidación de las obligaciones del causante se agotará por vía compensatoria. Por parte del sucesor,

su deber respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer se resume, como se acaba de decir, en una simple obligación dineraria, lo mismo que su deber respecto de las obligaciones de dar cosas que no están en la herencia (o en su patrimonio, en el caso del deber *ultra vires*). Pero, por parte del acreedor, su deber también se computará como una obligación dineraria, con independencia de que tal deber consista originalmente en una prestación de dar o hacer o de no hacer.

Cuando los deberes que la relación bilateral impone al acreedor se resumen en una obligación dineraria operará compensación de créditos entre sucesor y causante (cfr. art. 1.196 CC). Pero, además, para los casos en que el deber impuesto al acreedor sea hacer o de no hacer, la compensación operará igualmente, porque esa obligación de hacer o no hacer se convertirá en una obligación dineraria hasta donde alcance su valor económico. Así debe ser porque, como es lógico, sería un sinsentido mantener el deber original del acreedor en orden a seguir prestando *in natura* su obligación de hacer o no hacer una vez que el sucesor no está obligado a cumplir *in natura* con la suya. A menos de crear un evidente desequilibrio, una vez que el sucesor no está obligado *in natura*, está claro que la otra parte, el acreedor del causante, tampoco ha de seguir vinculado *in natura* frente al sucesor. De modo que, convertidos los créditos de unos y otros a dinero, operará compensación entre ambos.

64. Contrato de obra.

El contrato de obra es ordinariamente un contrato *intuitu personae*, incluso bajo los planteamientos más acérrimos de las tesis que propugnan a un sucesor como deudor “personal”. Porque, sea como fuere, el contrato de obra participa de los mismos esquemas que el contrato de trabajo o del arrendamiento de servicios. En abstracto, el contrato de obra sólo excepcionalmente podría transmitirse cuando el sucesor tuviese el mismo oficio que el causante, a menos que convertir a dicho sucesor en un “superdeudor” obligado a hacer cosas imposibles o en la frontera de la imposibilidad. Ello, además, sin perjuicio de los supuestos donde, a pesar de que sucesor y causante tengan el mismo oficio, del contrato se desprenda su intransmibilidad por cuestión de que el dueño del contrato haya depositado una confianza especial en el contratista. De todo lo cual se desprende que la redacción del artículo 1.595, párrafo 1.º, CC lo que hace es, básicamente, establecer la regla general de intransmisibilidad *mortis causa* del contrato (110).

(110) Nuestro CC se aparta del CC francés, que establece la extinción por muerte del contratista (art. 1.795). No responde tampoco a sus antecedentes históricos más próximos. El

Sin embargo, el precepto preserva la posibilidad de su transmisión para los casos en que no exista un elemento subjetivo de confianza especial depositada en el contratista (presupuesto que el sucesor tiene el mismo oficio que el causante). Pero, incluso aunque se den todas estas circunstancias favorables a la transmisibilidad, el artículo 1.595, párrafo 1.º, CC no puede imponer al sucesor el estatuto de deudor “personal” respecto del contrato de obra. No sólo no puede imponerlo porque ese estatuto ya está en contradicción con las normas que, dentro del propio CC y de las Leyes civiles autonómicas, plantean un estatuto de corte liquidatorio para el sucesor, a todas las cuales ya nos hemos referido. Sino, muy especialmente, porque el estatuto de deudor “personal” aplicado al sucesor es contrario a su libertad y dignidad, como ya quedó dicho (111).

Para que el sucesor quede obligado “personalmente” a prestar *in natura* los deberes propios del contratista de obra, ha de consentir expresamente a ello. Pero ese consentimiento expreso no se confundirá con el de aceptación de herencia, sino que será un consentimiento suplementario en orden a aceptar convertirse en contratista. De manera que la norma establecida en el artículo 1.595, párrafo 1.º, lo que hace es establecer una opción legal a favor del sucesor en orden a aceptar o no aceptar la continuación *in natura* del contrato de obra una vez que ya ha aceptado la herencia del causante. En resumen, ocurre aquí algo parecido a lo ocurrido en el ámbito de las sociedades personalistas del CC y del CCom con el pacto de continuación con el sucesor del socio, al cual nos referimos posteriormente. Como se verá, el sucesor del socio fallecido no ingresa en la sociedad por el mero hecho de aceptar la herencia, sino por la aceptación ulterior y autónoma del pacto de continuación. Y, en el caso presente, el sucesor del contratista tampoco asume la condición de contratista por el mero hecho de aceptar la herencia, sino por un consentimiento ul-

artículo 1.595, párrafo 1.º, se opone al concordante artículo 1.536, párrafo 1.º, del proyecto de 1851: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona, pero nunca por la muerte del que encargó la obra”. Véase SCAEVOLA-RODRÍGUEZ ARIAS: *Código Civil*, XXIV, 2.ª edición, Madrid, 1951, pp. 150-151.

(111) En los supuestos donde sucesor y causante forman parte de una pequeña empresa, normalmente de carácter familiar, el contrato de obra no es interrumpido por la muerte del causante, sino que continúa vigente. Pero no porque se transmita por sucesión *mortis causa*, sino, simplemente, porque el contrato ya vincula desde un principio al sucesor como integrante de la empresa, de modo que el contrato le afectará según resulte de la forma jurídica que dicha empresa haya tomado. El contrato, pues, seguirá vigente y el sucesor seguirá siendo deudor “personal” respecto del acreedor y, consiguientemente, seguirá estando obligado a cumplir *in natura*. Pero a este deber añadirá otro deber de naturaleza estrictamente liquidatoria que provendrá de su cualidad de sucesor del causante con quien formaba la empresa y que, como corresponde al deber liquidatorio de todo sucesor, alcanzará hasta los bienes y derechos transmitidos por sucesión.

terior prestado *ad hoc* sobre su propósito de convertirse en contratista a partir de la opción legal establecida en el artículo 1.595, párrafo 1.º, CC. La diferencia entre ambos casos es, pues, que en el contrato de obra la opción proviene de la Ley y en la sociedad de un pacto entre el socio fallecido y la sociedad (112).

65. Contratos públicos.

Confirmando su naturaleza de contrato *intuitu personae*, la Ley de Contratos del Estado de 16 de junio de 2000 establece, en su artículo 111 a), la “resolución” de los contratos por “la muerte o la incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista”. La “resolución” está sobradamente justificada, puesto que para ser contratista público se exige una cualificación bastante específica. Así, el Texto refundido regula prolijamente cuáles deben ser los requisitos que deben reunir los contratistas, requisitos que la Ley resume en tener la suficiente “solventía económica, financiera, técnica y profesional”, según prescribe el artículo 15.1 (todo lo cual es regulado y especificado por preceptos posteriores).

Por excepción, el artículo 112.3 establece que “cuando la causa de resolución sea la muerte o la incapacidad sobrevenida del contratista individual, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus sucesores o herederos” (113). Lógicamente, esta posibilidad de continuación no se constituye por la Ley como una prerrogativa exclusiva de la Administración, que, como tal, pudiese ser impuesta unilateralmente (como sí pueden serlo las del art. 59.1) (114). Semejante interpretación sería radicalmente contraria a la libertad y dignidad de los sucesores y, como no podía ser menos, ha sido desterrada por el Decreto 1098/2001, de 12 de

(112) De manera sorprendente, la doctrina italiana entiende, en base al artículo 1.674 del *Codice* (con una redacción similar al art. 1.595 de nuestro CC), que el dueño de la obra puede imponer por su propia voluntad la continuación o no del contrato a los sucesores, obligados, por lo demás, a cumplir *in natura* (RUBINO: “L'appalto”, en *Tratato di Diritto Civile*, VII-3.º, 4.ª ed., Turín, 1980, p. 861; CARNEVALE-TROTTA: *L'appalto, rassegna di giurisprudenza commentata*, dir. por A. Januzzi, I, 2.ª ed., Milán, 1978, p. 524; RUDAN-MANGINI: “El contratto di appalto. Il contratto di somministrazione”, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. por W. Biagivi, Turín, 1972, p. 321; *vid.* también FERRONI: *Codice Civile*, dir. por Perlingieri, 4-2.º, p. 1165). Esta conclusión es totalmente inasumible porque representa un atentado directo a la libertad y la dignidad del sucesor, cuya vida se pone en manos del dueño de la obra.

(113) *Vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *La resolución de los contratos públicos*, Madrid, 1996, pp. 41 y ss.; AAVV: *Contratos de las Administraciones Públicas*, I, Madrid, 1995, pp. 543-544; SÁNCHEZ BLANCO, en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/95*, coord. Pendás García, Barcelona, 1995, pp. 575 y 583; MENÉNDEZ GÓMEZ: *Contratos Públicos*, Pamplona, 1992, pp. 105 y 106.

(114) En contra, GARCÍA-TREVIJANO: *op. cit.*, pp. 49-50, y AAVV: *op. cit.*, p. 543.

octubre, que aprueba el reglamento del texto refundido y que prevé un acuerdo con los sucesores para la continuación del contrato cuya iniciativa corresponde, además, a tales sucesores (art. 110.1) (115).

66. Sociedades personalistas.

La condición de socio de una sociedad personalista es una condición *intuitu personae*, pero puede excepcionarse (arts. 1.704, párrafo 2.º, CC y 222,1.ª CCom). Sin embargo, aunque se excepcione, el sucesor del socio fallecido no se convierte en nuevo socio por el mero hecho de aceptar la herencia. Es decir, el pacto de continuación con el sucesor del socio fallecido, previo a la muerte del causante y en virtud del cual se excluye el personalismo característico de la posición jurídica del socio, no produce directamente la transmisión de esa posición por sucesión *mortis causa*. Porque la relación del causante con la sociedad se extingue siempre con su muerte y sólo la aceptación separada del pacto en cuestión por la persona designada producirá su ingreso en la sociedad, aceptación que es distinta de la aceptación de la herencia. En resumen, el ingreso del sucesor en la sociedad no se produce por sucesión *mortis causa*, sino *pacta via*, mediante la aceptación autónoma del pacto de continuación. El pacto será la vía de ingreso en la sociedad, no la sucesión *mortis causa*.

En la doctrina domina este punto de vista, que se argumenta bien por cuestión de los intereses de la sociedad (para prevenir que el nuevo socio acepte con beneficio de inventario y asuma sólo un deber limitado) o por cuestión de los intereses del sucesor (para evitarle asumir automáticamente la gravosa condición del socio) (116). A nuestro juicio, el argumento

(115) El citado artículo 110.1 establece que el acuerdo de continuación del contrato "será adoptado por el órgano de contratación a petición de los herederos o representante del incapaz".

(116) Vid. AULETTA: "Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile", *RTDPC*, 1951, pp. 916 y ss.; VASELLI: "Società Commerciali", *RTDPC*, 1947, p. 480; IUDICA: "Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario", *RDC*, 1975, pp. 225-226; FERRARA, jr.: *Gli imprenditori e le società*, 6.ª edición, Milán, 1975, p. 271; BUONOCORE/CASTELLANO/COSTI: *Società di persone*, II, Milán, 1980, pp. 1006-1007 y 1038-1039; FERRE: "Le Società", en *Tratato di Diritto Civile*, X-3.º, 2.ª edición, Turín, 1985, pp. 271-272; GALGANO: en *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*, XXVIII, 2.ª edición, Milán, 1982, p. 323. Véase también GHIDINI: *Società personali*, Padua, 1972, pp. 516-517.

En España, esta doctrina se abre camino con RUBIO: "El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades en el Derecho Mercantil español", *RDP*, 1935, pp. 298-300, y sigue con GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, p. 593; CANO: "Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales", *RDN*, 1957, número 15, pp. 383, 386 y 388; DELGAR: *Disolución de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1958, p. 18. Véase también GIRÓN: *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, pp. 652 y ss., y PALAU TERRADA: "Comentario del artículo 222 Código de Comercio", *RJC*, 1953, pp. 455-456. Entre los civilistas, cabe destacar a CAPILLA: *Comentarios al CC y a las Comps. Forales*, XXI-1.º, Madrid, 1986, pp. 661-663.

En contra, VENDITI: "L'erede del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della

verdaderamente correcto es, precisamente, el que pone su atención en el socio (117), puesto que el ingreso en una sociedad personalista tiene todas las papeletas para alterar radicalmente la vida de una persona. Lo cual que habrá de ser expresa, autónoma y específicamente consentido por ella, fuera del simple acto de aceptación de herencia. Sólo así quedará a salvo la libertad y la dignidad del sucesor.

De este modo, si el sucesor se convierte en socio será por su única y exclusiva voluntad manifestada en el acto de aceptación del pacto de continuación en orden a convertirse en socio. Pero no por la voluntad manifestada en un acto de consecuencias tasadas como es el de aceptación de la herencia del causante. Así pues, si el sucesor acepta convertirse en socio a través de ese pacto, asumirá las obligaciones propias de tal condición, integradas, entre otras, por un nutrido grupo deberes de hacer y de no hacer. Y, en tal caso, está claro que las asumirá como deudor “personal” obligado, pues, a cumplirlas *in natura* como los demás socios (118).

67. Excepciones.

En ocasiones, el sucesor sí puede estar obligado “personalmente” frente a ciertas obligaciones de hacer o de no hacer. Se trata de obligaciones

società”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1953, pp. 226 y ss.; DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, II-2.º, 2.ª edición, Madrid, 1978, pp. 588 y ss.; PAZ-ARES: *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, II, 1991, p. 1504; BADOSA COLL: en *Anotaciones a Kipp/Coing*, V-2.º, Barcelona, 1976, p. 97; ORTUÑO: “Intransmisibilidad de la condición de socio”, *RCDI*, 1994, p. 527.

(117) CAPILLA: *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 661; GIRÓN: *Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, p. 652.

(118) Un importante sector doctrinal estima que el sucesor del socio ostenta también la condición de socio de la sociedad cuando ésta, en lugar de continuar, se extingue con la muerte del causante y se pone, consiguientemente, en liquidación. El argumento básico en que se funda tal hipótesis supone que la pertenencia a una sociedad en liquidación no exige en el socio las mismas cualidades personalísimas que cuando aquélla funciona normalmente (GIRÓN: *Derecho de sociedades*, I, *op. cit.*, p. 646; PAZ-ARES: *op. cit.*, p. 1495; BOTER MAURI: *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1947, pp. 35-36; SCAEVOLA-BATLLE: *Código Civil*, XXV-2.º, 2.ª ed., Madrid, 1971, pp. 177-178. En Italia, GHIDINI: *op. cit.*, pp. 492-494; FERRARA, jr.: *op. cit.*, p. 268; a quienes siguen IUDICA: *op. cit.*, pp. 218-219; BUONOCORE/CASTELLANO/COSTI: *op. cit.*, pp. 1002-1004; DI FRANCIA: *La società in nome collettivo nella giurisprudenza*, Padua, 1974, p. 299; LECESE, en *Codice Civile*, 5, dir. por Perlingieri, p. 345; VENDITI: *op. cit.*, pp. 220-222).

El argumento en que se apoya esta doctrina (que una sociedad en liquidación no responde ya al prototipo del *intuitus*) es de una banalidad un poco exasperante, porque es precisamente en la fase de liquidación cuando las habilidades de los socios se pueden poner más a prueba. Una cosa es que el sucesor del socio de la sociedad que entra en liquidación deba tener un mínimo de derechos y obligaciones hasta la disolución total de la sociedad. Esto es inevitable, como inevitable es en toda relación *intuitu personae* por simple aplicación de los principios de la buena fe y del enriquecimiento injustificado (cfr. arts. 1.704, párr. 1.º, 1.718, párr. 2.º, 1.739 CC). Pero de ahí a asumir por entero la posición de socio va un trecho demasiado largo, inasumible, desde luego. En esta línea podrían situarse algunos autores que matizan escuetamente que

que, por sus especiales características, no coartan la libertad ni la dignidad de nadie por el hecho de que deban de ser cumplidas *in natura*. Por ello, excluida la violación de la esfera personal del sucesor, entran en juego los intereses de los acreedores del causante, los cuales deben de ser respetados. En el fondo, se trata de una simple aplicación del principio de la buena fe. Los sucesores podrían, en principio, eximirse de la ejecución *in natura* de todos estos deberes por cuestión de su estatuto liquidatorio. Pero, no obstante ello, si esa ejecución *in natura* de tales deberes no lesiona su libertad ni su dignidad porque esos deberes son, objetivamente, poco importantes, la llamada de la buena fe les obligará finalmente a ejecutarlos para no defraudar injustamente las expectativas de los acreedores del causante.

Esto es lo que sucede con la obligación de otorgar escritura pública, obligación que se limita a asistir pasivamente a un acto formal (STS 22 de marzo 1990 –RA 1719/90–, RDGRN 23 de septiembre de 1991 –RA 6234/91–, RDGRN 16 de noviembre 2000 –RA 864/2001–); con los supuestos en que el causante se obliga a no edificar en un determinado inmueble y el sucesor recibe tal inmueble por herencia; y, ocasionalmente, los casos en que el causante se obliga a suministrar información sobre el funcionamiento de un negocio y sólo el sucesor conoce cómo hacerlo, siempre que se trate de informaciones sencillas que no comprometan la libertad del sucesor (como puede ocurrir en las transmisiones de negocios o empresas pequeñas).

También se transmiten *in natura* las obligaciones del arrendador en los arrendamientos del CC cuando tengan por objeto cosas sencillas, o en general, cuando tengan por objeto cosas cuya conservación y reparación no exijan una cualificación y una dedicación especial en el arrendador (p. ej., los arrendamientos de inmuebles excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos). En este tipo de arrendamientos, el interés a proteger es el del arrendatario. El sucesor del arrendador puede desear o no mantener el arrendamiento, pero, aunque no lo desee, y partiendo del hecho de que el arrendamiento, como contrato bilateral que es, genera ya una renta en su favor, no cabe que la libertad personal del sucesor sea violada por el solo hecho de estar obligado, por su parte, a mantener al arrendatario en el goce pacífico, y por otra, a hacer las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa arrendada. Porque la realización de estas reparaciones, cuando deban de hacerse, no deben de suponer ninguna alteración sensible en su vida, ni mucho menos lo va a suponer la simple obligación del goce pacífico. De modo que, quedando a salvo la libertad del sucesor,

la posición de dicho heredero no es, sin embargo, la misma que la de los demás socios; aunque no precisan el alcance exacto de este ingreso (FERRARA, jr.: *loc. cit.*; LECCESE: *loc. cit.*).

queda también libre el camino para la subsistencia *in natura* del contrato por el tiempo que reste por cumplir (119).

Y, por último, el sucesor también ha de cumplir *in natura* todas las obligaciones de hacer o de no hacer que deriven de la titularidad de un derecho real transmitido por el causante (obligaciones *propter rem*). Pero, obviamente, como corresponde a la naturaleza de estas obligaciones, no porque hayan sido transmitidas aisladamente por sucesión *mortis causa*, sino, simplemente, porque acompañan al derecho real al que están unidas, que es realmente lo único que transmite el causante. Tales obligaciones afectan a quien sea titular de un determinado derecho real, de manera que dicho titular no es deudor "personal" sin más, sino un obligado sólo mientras sea titular de ese derecho real.

(119) En los casos de muerte del arrendatario el contrato sí se extingue, puesto que no puede obligarse al sucesor a continuar el contrato sólo por cuestión de proteger el interés del arrendador. La libertad personal del sucesor del arrendatario prevalece aquí frente al interés meramente patrimonial del arrendador. Pero, lógicamente, el pacto en contra entre sucesor y arrendador puede alterar esta previsión.

Bajo este punto de vista ha de interpretarse la alusión a la "transmisibilidad" excepcional del arrendamiento que hace la Ley 595 de la Comp. de Navarra: en virtud de esa alusión, el pacto parece ya no ser necesario y el contrato continuará siempre que el sucesor consienta autónoma y separadamente a ello en un acto distinto al de aceptación de la herencia. En resumen, ocurre aquí algo parecido a los supuestos ya vistos en que el sucesor del contratista acepta expresamente convertirse en contratista en un acto autónomo y ulterior al de aceptación de herencia.

Desde otras perspectivas, al margen ya de este planteamiento en torno a la prevalente libertad del sucesor, en la jurisprudencia predomina la consideración del arrendamiento del CC como contrato *intuitu personae*, sistemáticamente expuesta como mero *obiter*: SSTs de 25 de noviembre de 1950 (RA 1770), 20 de octubre de 1952 (RA 1862), 13 de diciembre de 1952 (RA 2831), 29 de abril de 1960 (RA 1698), 18 de marzo de 1961 (RA 964), 26 de junio de 1963 (RA 3495), 5 junio de 1963 (RA 3593), 26 de noviembre de 1963 (RA 4693), 2 de junio de 1965 (RA 3433), 16 de febrero de 1967 (RA 731), 6 de mayo de 1968 (RA 3478).

En la doctrina, en cambio, predomina el carácter transmisible del contrato: TRAVIASAS: "Contrato de arrendamiento", *RDP*, 1919, p. 4; FERNÁNDEZ VIVANCOS: "La sucesión *mortis causa* en materia de arrendamientos", *RGD*, 1951, pp. 580 y 588; FERRANDIS VILLELA: "Sucesión en los arrendamientos", *ADC*, 1954, pp. 405 y ss.; CASAS MARTÍNEZ: "La comunidad arrendaticia", *RGD*, 1956, pp. 525 y ss.; RODRÍGUEZ/PERE RALUY: *Derecho de Arrendamientos Urbanos*, I, Barcelona, 1965, p. 773; MADRUGA: *Transmisión del derecho arrendaticio de vivienda*, Madrid, 1966; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ: *Todo sobre la nueva LAU*, Barcelona, 1994, p. 213; PARA MARTÍN: "Arrendos de locales sometidos al RDL 2/85. Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Arrendamientos Urbanos*, II, CGPJ, Madrid, 1996, p. 94; VERDERA: *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Valencia, 1997, pp. 30 y ss.; CARRASCO PERERA: *Comentarios a la LAU*, dir. por R. Bercovitz, 2.ª edición, Pamplona, 1997, p. 370; GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios a la LAU*, dir. por Lasarte, Madrid, 1996, p. 445.

**REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO
DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE,
INSTRUCCIONES PREVIAS E HISTORIA
CLÍNICA, EN LA LEY ESTATAL 41/2002,
DE 14 DE NOVIEMBRE**

DIEGO ALONSO HERREROS
Abogado del Ilustre Colegio de Oviedo

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **1.** Estructura de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. **II.** EL DERECHO DEL PACIENTE A OBTENER INFORMACIÓN SOBRE SU SALUD. **III.** CONSENTIMIENTO INFORMADO. **IV.** INSTRUCCIONES PREVIAS. **1.** Naturaleza jurídica. **2.** Regulación jurídica. **V.** HISTORIA CLÍNICA.

I. Introducción

Nuestra Constitución contempla, en su artículo 43, el derecho a la protección de la salud (1); esta salvaguarda, junto con la libertad de la persona (2), y por ende del paciente, y el respeto a la dignidad humana (3), son valores que han estado presentes, entre otras, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina (4), suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, donde se reconoce una retahíla de derechos a los pacientes, como son, entre otros, el derecho a la información, al consentimiento informado, o a la intimidad de la información sobre la salud de las personas. Especial importancia cobra, en el tiempo presente, el reconocimiento al paciente de su derecho a otorgar un documento con su "voluntad anticipada", mentado en su artículo 9 bajo el epígrafe "Deseos expresados con anterioridad", en los términos siguientes: serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente, con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (5), recoge en su artículo 10 los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, destacando, entre otros, el respeto a la personalidad, a la dignidad humana y la intimidad del enfermo; el derecho a la libre elección de tratamiento entre las opciones que le presente el responsable médico; el previo consentimiento escrito para realizar cualquier intervención y a negarse al tratamiento, excepto en los supuestos de riesgo para la salud pública, incapacidad para tomar decisiones y la urgencia vital.

(1) Artículo 43 CE: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

(2) *Vid.* artículo 1.1 CE.

(3) *Vid.* artículo 10.1 CE.

(4) España suscribió el 4 de abril de 1997 el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona, respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, entrando en vigor el 1 de enero de 2000. A diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, se trata del primer instrumento jurídico supranacional, vinculante para los Estados que lo suscriben, que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la Biología y la Medicina. El Convenio establece la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes y, entre otros, el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud, a fin de alcanzar la armonización de las legislaciones en esta materia. En la actualidad, la plasmación de alguno de estos derechos ha sido objeto de una regulación básica mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(5) RCL 1986, 1316.

Todo este exordio normativo, amén de la avidez autonómica (6) surgida al albur de la preterición estatal, ha sido el embrión de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (7), que trata de colmar las lagunas dejadas por la Ley de Sanidad, desarrollando y concretando los derechos fundamentales de los pacientes, como expresión de otros más amplios, que ya han sido reconocidos en textos supranacionales (8), sirviendo al unísono de reto frente a los avances de la genética, reforzando el derecho de autonomía del paciente y de profundización en lo atinente a la documentación clínica (9). Justamente, uno de los objetivos de esta ley estatal es armonizar la situación jurídica de los profesionales sanitarios, pacientes e instituciones sanitarias, ya que el Sistema Nacional de Salud es único para todo el

(6) — Cataluña: Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica. Le siguió el Decreto 175/2002, de 25 de junio, de la Generalitat de Cataluña, que regula el registro de las “voluntades anticipadas”.

— Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo, de regulación de consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

— Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud.

— Madrid: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria.

— Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud.

— La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud.

— Navarra: Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente, las voluntades anticipadas, la información y documentación clínica, modificada posteriormente por la Ley 29/2003, de 4 de abril. Además, el Decreto Foral de 16 de junio de 2003, número 140/2003 (LNA 2003, 298), regula el Registro de voluntades anticipadas.

— Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria.

— País Vasco: Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la Sanidad. Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea el Registro.

— Comunidad Valenciana: Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, y Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, por el que se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas.

— Baleares: Ley 5/2003, de 4 de abril, sobre salud de las Islas Baleares.

— Castilla-León: Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

— Andalucía: Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada. Además cuenta con el Decreto 238/2004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas.

(7) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, publicada en el BOE 274/2002, de 15 de noviembre.

(8) Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997.

(9) La causa prístina de la Ley estatal 41/2002 radica en la aprobación de la Ley catalana 21/2000, presentándose en enero de 2001 como Proposición de Ley estatal. El 20 de febrero de igual año fue admitida a trámite y remitida al Congreso de los Diputados para su aprobación en Comisión. El 12 de junio de 2002 se dio luz verde, aprobándose por el Pleno del Congreso el 20 de junio. Anteriormente, el legislador catalán había promulgado la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña, modificada por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre.

Estado, y con posterioridad a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la anomia estatal ha impedido unificar e integrar los derechos y obligaciones sobre esta materia.

La Ley 41/2002 es básica y obligatoria para las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del desarrollo que éstas hagan de ciertos aspectos. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de marzo de 1990, reconoció al Estado la coordinación general de la sanidad, entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias. La coordinación meritada presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que, en su grado mínimo, deben ser, cuando menos, competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación (10). Así pues, habrá que hacer compatible la realidad territorial con el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud igualitariamente con los mismos derechos.

Su precepto 2 contiene toda una pléyade de principios generales que deben presidir la prestación sanitaria, como son la dignidad humana, el respeto a la autonomía de la voluntad, el derecho a negarse por escrito al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley, así como el derecho a la información y de documentación clínica.

1. Estructura de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El articulado lo componen 23 preceptos, a los que hay que sumar una exposición de motivos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una disposición final.

En cuanto a los capítulos, el texto normativo se integra de seis: el primero está dedicado a los principios generales; el segundo al derecho de información sanitaria; el tercero —el más corto, tan sólo un artículo— al derecho a la intimidad; el cuarto al respeto de la autonomía del paciente, recogiendo el documento de instrucciones previas; el quinto al historial clínico, y el sexto y último al informe de alta y otra documentación clínica.

En el primero de dichos capítulos se delimita el objeto y el ámbito de aplicación, constriniéndolo a la regulación de los derechos y obligaciones tanto de pacientes y usuarios como de profesionales, así como de los centros sanitarios, ya sean públicos o privados, en materia de autonomía del paciente, de información y documentación clínica.

(10) En igual sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional 45/91, de 28 de febrero, que recoge la doctrina sobre la competencia estatal de coordinación.

A este respecto, se introduce en su artículo 3 una técnica legislativa poco habitual en el panorama nacional –aunque cada vez menos– más propia del ámbito anglosajón, consistente en definir los diferentes conceptos o expresiones sobre las que va a girar el desarrollo de la norma; así, aparece delimitado lo que debe entenderse por consentimiento informado, documentación clínica, historia clínica e información clínica, entre otras, aunque me llama particularmente la atención que se defina una expresión, en principio “menor” si la comparamos con las anteriores, como es la de “centro sanitario”; todo el mundo reconocería saber qué es un centro sanitario; sin embargo, cabría preguntarse si es lo mismo que un “centro hospitalario”; esta cuestión de matiz es la que justifica la definición de aquél en la ley, como el conjunto organizado de profesionales, instalaciones y medios técnicos que realiza actividades y presta servicios para cuidar la salud de los pacientes y usuarios. Así pues, el concepto de “centro sanitario” englobaría la noción de hospital.

II. El derecho del paciente a obtener información sobre su salud

Todo el capítulo segundo de la norma objeto del presente estudio bascula sobre el derecho a la información. Los pacientes tienen derecho a conocer la información sobre su salud. Empero, habría que preguntarse por el contenido del deber de información; el texto legal comienza estableciendo una premisa generalista y ambigua, que se presta, apriorísticamente, a una polisemia de cavilaciones, cuando dice que “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. (...) (11)”; ¿quiere esto decir que el médico tiene como obligación ineludible informar a su paciente del diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad con toda precisión, haciendo seguidismo *ipsis litteris* del contenido del precepto, aun a riesgo de causarle un mal psíquico irreversible? ¿Debe entenderse el derecho a la información como un derecho absoluto? La respuesta no se colige del artículo 4.1, sino del 5.4, como comentaré más adelante.

En sentencia de 29 de mayo de 2003, el Tribunal Supremo (12) ha manifestado que “la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder

(11) Artículo 4.1.

(12) La sentencia resuelve el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante –Sección quinta– en fecha 14 de julio de 1997.

entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los médicos le recomiendan o proponen”.

Prima facie, el paciente tiene derecho a que se le informe sobre las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado; sobre los riesgos, la norma distingue los típicos o normales, y los riesgos personales, que comprenden, a su vez, los riesgos que la intervención puede causar a ese sujeto, individualmente considerado, y que sin embargo, en otra persona, esos riesgos no se producirían (13).

El paciente también deberá ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos y técnicas sanatorias que se empleen en un proyecto de investigación (14).

Por tanto, el médico y cualquier profesional que intervenga asistencialmente (15) son los destinatarios de garantizar el cumplimiento de este derecho, aunque la responsabilidad no sea mimética, puesto que el médico responderá siempre como responsable y garante (16). Si bien el titular del derecho es el paciente, ello no obsta para que personas vinculadas a él puedan ser informadas, siempre que el paciente lo permita. El derecho a ser informado está prescrito, incluso, en los casos de incapacidad física o psíquica, siendo también informado su representante legal.

Pero, sentada la premisa anterior, y aunque pueda parecer lo contrario, la ley básica, y aquí yace la respuesta a los interrogantes antedichos sobre los límites del derecho a la información, no impone como deber la información al paciente, sino que junto a este derecho reconoce el derecho de cualquier persona a no ser informado (17), limitada por el interés

(13) Artículo 10.1: “El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia directamente relacionados con el tipo de información; d) las contraindicaciones”.

(14) Artículo 8.4: “Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar un riesgo adicional para la salud”.

(15) Artículo 2.6: “Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado, no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

(16) Artículo 4.3: “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

(17) Este supuesto se denomina “estado de necesidad terapéutica”.

de la salud del propio paciente (18), de terceros, de la colectividad (19) y de las exigencias terapéuticas del caso. Es lo que el legislador denomina “necesidad terapéutica”, y que no es más que la facultad del médico para actuar profesionalmente, sin informar antes al paciente, cuando razones objetivas desaconsejen el conocimiento de su propia salud, ante el temor de que pueda perjudicar su salud. Se requiere, pues, que no se trate de una mera suposición del facultativo; que se deje constancia motivada de las circunstancias en la historia clínica y que se comuniquen su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

El derecho a no ser informado está interrelacionado con el conflicto bioético que mana del debate acerca de si lo que debe prevalecer es la autonomía de la voluntad del paciente, o no causarle un mal psíquico, sobre todo, máxime, cuando estamos en presencia de enfermedades muy graves e irreversibles. Se trataría de encontrar el justo equilibrio con la dificultad que ello entraña, poniendo como interés primordial la conveniencia del paciente, puesto que, en ocasiones, un excesivo celo en aplicar *in terminis* la autonomía del enfermo, sobre la que bascula el derecho de información, puede convertirse, no en un beneficio, sino en todo lo contrario.

El artículo 7 –único precepto que integra el capítulo tercero– está referenciado al derecho a la intimidad (20). Se trata de garantizar la confidencialidad de los datos del paciente, lo que se cohonestaba con otros textos legales donde ya aparecía reflejado este derecho; en concreto, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (21), que en los artículos 7, 8 y 11 considera los datos referentes a la salud como especialmente protegidos (22). Pero, previamente,

(18) Artículo 5.4: “El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia salud pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

(19) Artículo 6: “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido en la ley”.

(20) Artículo 7: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso a los datos de los pacientes”.

(21) RCL 1999, 3058.

(22) *Vid.* PLAZA PENADÉS, J.: “La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, *A. Ar.*, núm. 562, 2003, p. 4.

la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre (23), ya había puesto de manifiesto la defensa de la intimidad relativa a la información sobre la salud, y el Consejo de Europa, en la Recomendación de 13 de febrero de 1997, sobre protección de datos médicos, contempla la posibilidad de que la información se restrinja por ley, siempre que constituya una medida necesaria por razones de interés general.

De lo expuesto puede orillarse que el derecho a la información, entendido como contenido obligatorio de la relación que une al médico con el enfermo (24), no debe interpretarse en términos absolutos, sino limitado a la conveniencia del paciente, de tal manera que le permita formarse un criterio que sea el embrión del consentimiento que pueda prestar, sin que sea necesario entrar a detallar todas y cada una de las posibles complicaciones que pueda tener, antes al contrario, constriñéndose al diagnóstico y tratamiento.

III. Consentimiento informado

De todos los capítulos de la norma estudiada, uno de los más importantes es el referido al consentimiento informado y a las instrucciones previas. Por el primero de los mentados hay que entender “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (25)”. Dos son los requisitos que se desprenden de dicha definición, a saber: libertad y voluntariedad; el primero implica que el consentimiento se puede revocar libremente y en cualquier momento, si bien se exige que la revocación se haga por escrito. Dicho consentimiento ya aparecía recogido en el capítulo II del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina –Convenio de Oviedo–. Se trata de que cualquier intervención sanitaria pueda realizarse después de que el paciente haya dado su consentimiento libremente, una vez que se le haya informado sobre la naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias (26).

(23) LCEur 1995, 2977.

(24) Vid. CERVILLA GARZÓN, M.^a D.: “Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, AC, núm. 12, 2003, p. 316.

(25) Artículo 3.

(26) Vid. POU AMPUERO, F.: “Testamento vital: declaración de voluntades anticipadas”, RJN, abril-junio 2002, p. 304.

El derecho a la vida como derecho fundamental (27), interrelacionado con los avances médicos y biológicos, es un fin superior a cualquier otro. El paciente que está en pleno uso de sus facultades psíquicas puede y debe decidir sobre los cuidados médicos que le practiquen, consintiendo sobre la intervención, riesgos y consecuencias de la misma; empero, no está facultado para decidir sobre su vida o muerte, abandonándose a la enfermedad. Existe la obligación de curar, pero no a cualquier precio. Se dan casos “terminales”, donde la curación resulta imposible, por lo que debería evitarse abusar de cualquier medio técnico que provoque un “enseñamiento terapéutico”. Es el momento de aliviar al paciente en su dolor y sufrimiento como fiel pareja que acompaña a la enfermedad, administrando la medicación adecuada que no cause la muerte.

Como regla general, el consentimiento será verbal, si bien se exigirá que conste por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Es decir, que cualquier actuación sanitaria que pueda causar un daño en la salud o integridad física del paciente requerirá del consentimiento escrito. El paciente puede, en cualquier momento, revocar por escrito el consentimiento prestado.

No obstante lo anterior, los facultativos no necesitarán requerir el consentimiento del paciente cuando exista riesgo para la salud pública o para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea factible conseguir su autorización.

Otra forma de prestar el consentimiento será por representación, prevista en los siguientes supuestos:

- Cuando el paciente es un incapaz natural.
- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- Cuando el paciente, menor de edad, no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en este caso, el representante deberá escuchar previamente la opinión del menor si tuviera doce años cumplidos.

No procederá el consentimiento por representación cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos.

La prestación del consentimiento por representación se ceñirá a los criterios del artículo 9.5 de la Ley, esto es, la decisión tomada por el representante debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las

(27) Artículo 15 CE.

necesidades del paciente, que se actúe en su favor y que se respete su dignidad. Se pretende con ello evitar actos médicos no vitales no consentidos expresamente por el paciente, así como que el representante decida siguiendo la escala de valores del paciente, y no la suya.

IV. Instrucciones previas

La afirmación del principio de autonomía del paciente en la toma de decisiones está generando un cambio en la cultura jurídica de la relación médico-paciente, en la que los derechos de este último relegan a un plano secundario el principio paternalista y de beneficencia de la relación *antedicha*. Se trata de “democratizar” la relación médico-paciente, en el sentido de hacerla más participativa y abrirla para que el paciente pueda expresar su voluntad, abandonando el rancio principio paternalista del médico hacia el paciente. El paciente tiene derecho a conocer su estado, a decidir sobre las intervenciones futuras, a no sufrir inútilmente. Ello supone mantener un diálogo abierto con el equipo médico; que se respete su libertad de conciencia; estar informado sobre su enfermedad; no sufrir inútilmente; beneficiarse de las técnicas médicas y el derecho a rechazar los remedios desproporcionados, priorizando el principio de autonomía del paciente en la toma de decisiones que le afectan, incluidas las futuras en las que no pueda expresar su voluntad, reconociendo su derecho a la autodeterminación, más allá del consentimiento informado, en la toma de decisiones que le afectan.

1. Naturaleza jurídica.

La nueva Ley ha confirmado la no utilización de la expresión “testamento vital” o “biológico”. Precisamente una de las críticas que se han vertido sobre los llamados “testamentos vitales” se refiere a la terminología empleada. Ciertamente, se trata de figura extraña a nuestras instituciones de Derecho Sucesorio, puesto que si por algo se caracteriza el testamento reglado en el Código Civil (28) es por ser un acto personalísimo, unilateral, solemne, revocable y *mortis causa*, en el que se hace disposición de bienes y derechos transmisibles. Así pues, aun cuando en ambos casos coinciden en ciertos caracteres, difieren sustancialmente en dos, a saber: el objeto sobre el que recae, puesto que en los testamentos contemplados por el Derecho Sucesorio recae sobre todos o parte de los bienes

(28) El artículo 667 CC define el testamento como “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”.

del patrimonio del causante, aunque de todos es sabido las críticas vertidas por la doctrina científica a propósito del contenido patrimonial que se da en el Cuerpo Legal meritado a los testamentos en general; y que en las “instrucciones previas” se trata de un documento sobre actuaciones sanitarias futuras sobre el propio cuerpo. La otra asimetría, comparativamente hablando, tiene que ver con la eficacia para después de la muerte y la disposición *inter vivos* (29), respectivamente.

Algún autor doctrinal ha tratado de equiparar los “testamentos vitales” como acto *inter vivos* a la figura contractual del mandato (30). Ahora bien, cabe preguntarse quién sería, de manera concreta y no genérica, el mandatario en un “testamento vital”, y si el declarante o mandante podría imponer obligaciones que resulten inaceptables para el mandatario. Ciertamente, no existe en las “instrucciones previas” ninguna relación contractual como la que, por contra, sí encontramos en el mandato, ni media retribución o precio, ni confianza con unas personas que el otorgante no puede precisar de antemano quiénes van a ser (31).

Pero si no estamos en presencia de un testamento propiamente dicho, ni de un contrato de mandato, ni tan siquiera de un arrendamiento futuro de servicios a personas innominadas, tampoco podemos aseverar que sea “vital” o “biológico”; el adjetivo “vital” equivale, según la Real Academia de la Lengua, a lo que es “relativo a la vida, que da la vida, o es de suma importancia o trascendencia”. Ninguna de las dos acepciones son aplicables a la materia tratada. Tampoco el adjetivo “biológico”, entendido como lo que es “relativo a la Biología”, aporta claridad, puesto que esta última es “la ciencia que trata de la vida en general”, tanto en su aspecto morfológico como en el fisiológico (32). En suma, se trata de una figura novedosa, germinada del hecho cierto de su utilización social (33), y que por ello plantea problemas en cuanto a su validez y eficacia.

Sea cual fuere la denominación que queramos darles –“testamento vital”, “voluntades anticipadas”, “poder a un representante”–, se trata de un documento declarativo de la voluntad de las personas físicas en el ejercicio pleno de sus facultades en los que se ordena la clase de atenciones sanitarias y demás cuidados que desean recibir en el momento en que, por

(29) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: “Sistema de Derecho Civil”, en *Derecho de Familia. Derecho de Sucesión*, Madrid, 7.ª edición, volumen IV, 1994, pp. 351 y ss.

(30) Artículo 1.709 CC: “Mandato es aquel contrato por el que se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra”.

(31) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: “Sistemas de Derecho Civil”, en *El Contrato en general. Contratos en especial*, Madrid, 6.ª edición, volumen II, 1996, pp. 475 y ss.

(32) Vid. MARTÍNEZ-PEREDA, J. M.: “El testamento vital y su aplicación en España”, VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2001.

(33) *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*.

causa de enfermedad, se encuentren incapacitados para tomar decisiones válidas al respecto. Su contenido, lejos de ser hermenéutico, es abierto, pudiendo mentarse la clase de cuidados paliativos que se desea recibir. Todo ello, afianza la autonomía del paciente frente a la práctica médica.

2. Regulación jurídica.

El artículo 11 de la Ley básica regula lo que denomina “instrucciones previas”, entendidas como aquel documento por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla cuando no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o el destino de su cuerpo u órganos en el instante del fallecimiento. Igualmente, el documento servirá para designar un representante que sirva de interlocutor entre el otorgante y médico, por lo que su papel será relevante en la medida que tome decisiones finales, interpretando la voluntad del paciente y velando por su cumplimiento.

Se cuestiona si un documento de esta naturaleza puede ser otorgado por un emancipado; pues bien, teniendo en cuenta que la Ley básica habla expresamente de “persona mayor de edad” sin mencionar, como hace, por ejemplo, la ley navarra de otros supuestos, tendríamos que aplicar el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Desde el punto de vista apriorístico, la finalidad de las “voluntades anticipadas” consiste en:

- Reforzar la autonomía del paciente, impidiendo el uso de terapias curativas o instrumentos para prolongar la vida.
- Mejorar la comunicación médico-paciente.
- Proporcionar al facultativo un interlocutor válido en la toma de decisiones.

El despliegue de efectos será subsidiario del consentimiento informado si éste existiese; si no fuera así, anticiparía el referenciado consentimiento.

En la anterior definición, y a diferencia de las legislaciones autonómicas, no se exige expresamente que la declaración de voluntad conste de forma fehaciente, si bien, a mi modo de ver, va implícito sobreentender que dichas instrucciones, al menos, consten por escrito, aunque no se eleve a escritura pública, ni sea ratificado por testigos. Seguramente el legislador ha perdido una magnífica ocasión de imbuir estos documentos de las máximas garantías legales de autenticidad y legalidad, exigiendo explícitamente que conste en escritura pública como instrumento notarial, recogiendo así la declaración de voluntad sobre los cuidados médicos, inter-

venciones quirúrgicas, calmantes, donación de órganos, etc.; y si al unísono se admitiese el documento privado sería necesario revestirlo de los controles y garantías legales suficientes.

La Ley 41/2002 no regula la forma de otorgamiento del documento de instrucciones previas. Las tres formas habituales contempladas en la legislación autonómica son: ante notario, ante testigos o ante el encargado del Registro que se cree.

Las manifestaciones contenidas en estos documentos tendrán como límite el ordenamiento jurídico, la *lex artis* y las instrucciones que no se correspondan con el supuesto de hecho previsto al manifestarlas. De esta forma, el paciente nunca podrá solicitar a través de este documento el auxilio al suicidio en caso de una enfermedad terminal. En el apartado 4 del artículo referenciado se contempla la posibilidad de que puedan ser revocadas libremente en cualquier instante, dejando constancia por escrito.

Menester resulta remarcar que, de la misma manera que el otorgamiento de un testamento no puede identificarse con una situación inminente de fallecimiento –aunque en la conciencia popular siga persistiendo esta idea–, las instrucciones previas no deben estar necesariamente motivadas por una enfermedad o por una intervención médica, sino que puede otorgarse en condiciones de salud plena.

Ahora bien, no puede orillarse que un documento de esta naturaleza sea la panacea, ni que el médico deba aceptar obligatoriamente e *ipsis litteris* su contenido. Resulta lógico entender el escepticismo y las reservas del colectivo médico, sobre todo si consideramos la asintonía que puede generarse entre una declaración hecha en frío, sin mediar enfermedad alguna, y la del paciente cercano a la muerte. ¿Se puede llegar a conocer cuáles serían las preferencias de cada uno, en caso de padecer una enfermedad terminal?

Su eficacia práctica puede quedar en evidencia, sobre todo si tenemos en cuenta que el declarante puede prescribir un determinado tratamiento que, con el transcurrir del tiempo, quede totalmente obsoleto, máxime si consideramos que la Medicina es una ciencia en constante evolución. Si por el contrario se opta por recoger en este tipo de documentos instrucciones demasiado genéricas tendentes a no prolongar la vida inútilmente, se podría invocar como alegato su falta de necesidad, puesto que el artículo 28.2 del Código de Ética y Deontología Médica del Consejo General de Colegios Médicos de España ya expone que, “en caso de enfermedad incurable y terminal, el médico debe limitarse a aliviar los dolores físicos y morales del paciente (...) evitando emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas”.

De otra parte, ya he manifestado a lo largo de este estudio la incompatibilidad para que los derechos que la norma reconoce en su articula-

do, y en concreto el principio de respeto de la voluntad del paciente, sean entendidos en términos absolutos, ya que lo contrario podría ir endilgado contra la salud y vida del paciente, amén de provocar un enfrentamiento entre la voluntad del paciente y lo que el médico debe hacer, que se saldaría con la prevalencia del paciente sobre el sanitario. Según David C. THOMASMA (34), el médico está obligado a interpretar la voluntad real del paciente. Puede ocurrir que éste deje escrita su voluntad de que no le pongan un respirador, pensando, tal vez, en la eventualidad de un cáncer; sin embargo, si ingresa por un accidente de tráfico y el respirador puede salvarle la vida, ¿qué debe hacer el médico?; incontrovertidamente, la praxis le empujará a poner el respirador, aunque ello no le exima al temor de las consecuencias de actuar en sentido contrario a las instrucciones explícitas recogidas en un documento. Por ello, el autor reseñado, catedrático de Bioética y Política Sanitaria de la Universidad de Loyola, apuesta por una estrecha relación médico-paciente para lograr la efectividad de las voluntades anticipadas. Cuestión aparte es que ello se consiga, presentándose el paciente ante el médico con papeles que creen en el sanitario la sensación de que ha fracasado, porque piense que sus enfermos necesitan documentos para asegurarse de que va a respetar su situación, lo que significaría que la relación de confianza entre el médico y el paciente se ha roto (35).

El “documento de instrucciones previas” es un indicio de lo que puede ser interpretado como voluntad (36), que contiene instrucciones hipotéticas; y si la misión de interpretar estos documentos se da a los parientes o apoderados designados cuando el enfermo es incapaz de expresarse, los médicos podrían verse en la tesitura de tener que escoger entre atender su conciencia profesional, con el consiguiente riesgo de que familiares del paciente puedan demandarle, o las instrucciones del paciente. En suma, la garantía fundamental de que las “instrucciones previas” serán respetadas y bien interpretadas sólo puede lograrse manteniendo con el médico una relación de calidad, basada en la confianza y conocimiento mutuo que asegure el conocimiento por el paciente de su enfermedad, de las posibilidades terapéuticas existentes y la asunción de los riesgos y consecuencias de su decisión.

Finalmente, resulta laudatoria la previsión de crear un Registro nacional de instrucciones previas, adscrito al Ministerio de Sanidad, que pueda

(34) Cfr. *Diario médico*, del 25 de mayo de 2001.

(35) Cfr. la conferencia pronunciada por PADROS I SELMA, J. —coordinador del estudio de opinión sobre la eutanasia del Colegio de Médicos de Barcelona—, reflejada en el *Diario de Sesiones del Senado. VI Legislatura*, núm. 421, 1999.

(36) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 70.

centralizar y coordinar mejor en un instrumento único los datos inscribibles, frente a la dispersión y descoordinación de otros Registros de naturaleza administrativa que han proliferado en los últimos tiempos. Recientemente, por el Decreto de 6 de mayo de 2003, se aprobó el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de voluntades anticipadas (37).

V. Historia clínica

Regula el artículo 14 del texto normativo analizado (38) un conjunto de documentos, todos relativos al historial de cada paciente, con los datos del personal médico que ha intervenido en los procesos médicos. A las Comunidades Autónomas se les encomienda la tarea de aprobar todo el dispositivo técnico necesario para archivar, conservar y proteger las historias clínicas. Con este documento se trata de que el personal asistencial tenga constancia de una manera rápida, veraz y actualizada, del estado de salud del paciente (39). Para ello se establece un contenido mínimo compuesto de hasta dieciséis puntos, si bien la mitad de ellos sólo se recogerán cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga. Si el sujeto ha estado hospitalizado deberán figurar los siguientes datos en la historia clínica: estadística, autorización de ingreso, informe de urgencia, anamnesis y exploración física, evolución, órdenes médicas, hoja de interconsulta, exploraciones complementarias, consentimiento informado, informe de anestesia, de quirófano, de anatomía patológica, cuidados de enfermería, gráfico de constantes e informe clínico de alta.

Si, por el contrario, no ha habido hospitalización, el contenido quedará reducido a los siguientes aspectos: estadística, exploración física, evolución, órdenes médicas, hoja de interconsulta, exploraciones complementarias, informe de anestesia, de quirófano, de anatomía patológica, cuidados de enfermería y aplicación terapéutica de enfermería.

Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar en condiciones de seguridad la documentación clínica (40), y el personal que acceda

(37) LARG 2003, 195.

(38) Artículo 14.1: "La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de tener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro".

(39) Artículo 15.1: "La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente (...)".

(40) Artículo 14.2: "(...) de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información".

a los datos que aparezcan reflejados en la historia clínica el deber de secreto (41), puesto que esta documentación está afecta a la legislación reguladora de la conservación de ficheros que contienen datos de carácter personal, y en particular por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal. La obligación de archivo y custodia de la historia clínica se *practicará, como regla general, durante el tiempo que sea necesario en función de la dolencia, y como mínimo durante cinco años, de conformidad con lo estipulado en el artículo 17.2 de la Ley.*

Echo en falta la previsión de uso compartido de la historia clínica por todos los centros sanitarios que evite duplicidades de pruebas, ahorre costes y tiempo.

En lo atinente a los sujetos titulares del derecho de acceso a la documentación clínica, se reconoce al paciente el derecho a acceder a su propia historia clínica y a obtener copia de ella (42) de forma personal o por medio de un representante (43), pero con la salvedad de que no perjudique el derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales que la configuraron, a quienes se reconoce la reserva de sus anotaciones personales (44). El paciente también podrá prohibir que, después de fallecido, personas vinculadas a él, ora por vínculos familiares, ora de hecho, tengan acceso a la historia clínica.

Todos los postulados y previsiones me parecen positivos, al menos en teoría, porque en la práctica está por ver el grado de cumplimiento que se produce, puesto que el grado de exigencia difícilmente podrá ser mimético en una consulta externa y en un servicio de urgencias, o en el ámbito público y en el de las mutualidades.

Ciertamente, no puede desconocerse el valor probatorio que tiene este documento legal en los procesos judiciales, sobre todo a la hora de juzgar la actuación de la Administración y de los sanitarios adscritos a su servicio, ya que en él queda reflejado el tratamiento aplicado, sus vicisitudes y el control del paciente. Sin embargo, este valor plantea un problema, cual es conciliar el secreto profesional y el derecho a la privacidad que tiene el paciente con la correcta aplicación de la justicia (45).

(41) *Vid.* STS, Sala 2.ª, de 4 de abril de 2001 –RJ 2001, 2016–, estimó como constitutiva de un delito de revelación de secretos profesionales, del artículo 199.2 LOCP, la divulgación por el médico residente a familiares próximos del antecedente quirúrgico de dos interrupciones legales de embarazo de una paciente a la que conocía.

(42) Artículo 18.1.

(43) Artículo 18.2.

(44) Artículo 18.3.

(45) *Vid.* MÉJICA, J.: “Hacia un estatuto jurídico desarrollado de la historia clínica”, *Diario La Ley*, núm. 5638, 2002, pp. 4 y 5.

Corolario de lo expuesto, la valoración que se puede hacer de la Ley 41/2002 es positiva –no exenta de sombras–, ya que en los últimos tiempos se estaba demandando como una necesidad la ordenación normativa de la relación médico-paciente que la acercase a la realidad actual, tanto médica como jurídica, en un espacio de dilemas, superando o complementando el anterior marco sanitario de 1986.

**EL GRAVAMEN DE LA LEGÍTIMA
EN EL CÓDIGO CIVIL**
**Situación tras la reforma
del mismo por la Ley de Protección Patrimonial
de las Personas con Discapacidad (*)**

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Profesor Titular de Derecho Civil.

Universidad de Sevilla

*A los profesores Jordano Barea
y Jordano Fraga, in memoriam*

SUMARIO: **I.** SITUACIÓN ANTERIOR A LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. **II.** FINALIDAD DE LA REFORMA: PERMITIR EL BENEFICIO DEL DESCENDIENTE INCAPACITADO QUE SEA LEGITIMARIO. **III.** EL MEDIO JURÍDICO UTILIZADO: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO MEDIO APTO EN LA NORMATIVA ACTUAL PARA ATRIBUIR LA LEGÍTIMA EN CIERTOS CASOS. **1.** La figura del fideicomiso. **2.** La voluntad del testador debe ser expresa. **3.** El nuevo fideicomiso y las normas relativas a la imputación. **4.** Fideicomiso y percepción de la legítima en metálico. **5.** El fideicomiso de residuo, los fideicomisos condicionales y otros tipos de llamamien-

(*) Este trabajo se integra en la investigación emprendida en el Proyecto SEJ 2004-06995, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. El autor expresa su agradecimiento por la aprobación y financiación de dicho proyecto.

to como posibles mecanismos de atribución de la legítima. **IV.** LOS SUJETOS A LOS QUE SE PUEDE APLICAR ESTA NUEVA MODALIDAD DE LEGÍTIMA. **1.** El legitimario fiduciario. **2.** Los legitimarios fideicomisarios. **V.** EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, ¿SE EXTIENDE LA MISMA A LA CUOTA DE LEGÍTIMA ERICTA DEL LEGITIMARIO-FIDUCIARIO? **VI.** LA POSIBLE ATRIBUCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS MEDIANTE UN BIEN SUJETO AL GRAVAMEN DEL DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL DISCAPACITADO. **VII.** LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL CÓNYUGE EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 831 CC Y EL POSIBLE GRAVAMEN DE LAS LEGÍTIMAS. **VIII.** EL PAGO DE LA LEGÍTIMA DEL DISCAPACITADO CON ATRIBUCIONES HECHAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

I. Situación anterior a la reciente reforma del Código Civil

La reforma del Código Civil por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad ha venido a alterar la situación legal de los legitimarios, pues ha autorizado el establecimiento por el causante de gravámenes en la legítima estricta en determinados casos y circunstancias. Es necesario, pues, partir de la situación precedente, para enfrentarnos bien al estudio del significado de las modificaciones ahora introducidas. Adelantamos, no obstante, que las nuevas normas nos parecen poco afortunadas técnicamente, y que dejan demasiados márgenes a la incertidumbre.

Una de las facultades que tradicionalmente los legitimarios tienen, por voluntad legal, es la de percibir su legítima libre de gravámenes impuestos por el causante. En efecto, el artículo 813,2 CC en su versión original, ahora derogada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, decía:

“Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella [la legítima] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.”

Para la doctrina constituye esta previsión una de las facetas integrantes de la llamada integridad cualitativa de la legítima (1).

(1) Para algún autor, incluso, “es éste el aspecto más relevante de la intangibilidad cualitativa de la legítima”, así DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 244.

No es nuestro objetivo abordar ahora la interpretación completa de la norma, según todos los problemas que pudiera suscitar, sino simplemente subrayar aquellos aspectos que puedan afectarnos más a la hora de entender la nueva redacción de este artículo y —sobre todo— la relación que se establece con el nuevo párrafo tercero del artículo 808 CC. Hay que advertir, ya inicialmente, que la nueva redacción del precepto no va a suponer más que la introducción de una excepción concreta para un caso determinado en el que el gravamen de la legítima sí va a ser posible.

Dentro del cuadro general de las reglas sobre las legítimas, la misión principal de este precepto sería abordar las características cualitativas y temporales de la atribución en concepto de legítima; de forma indirecta, también se atendería en él a remediar las lesiones *in qualitate* o *in tempore* (2). De lo primero debe deducirse que el contenido cuantitativo de la legítima debe percibirse en bienes y derechos pertenecientes al causante (3), sin que quepa que la concreta consistencia de los mismos en el momento de la apertura de la sucesión haya sido alterada por el causante, estableciendo algún tipo de gravamen sobre esos bienes o derechos (4). En cuanto a lo segundo, es decir, en el caso de que el causante haya desobedecido el criterio legal, estableciendo algún gravamen sobre la legítima, según la mejor doctrina, “se debe entender, conforme este artículo 813 II, que el legitimario ha sido instituido puramente en cuanto a la legítima; es decir, considerar por no puesto, en cuanto a ella, el plazo o el llamamiento previo dispuesto a favor de otra persona y, por tanto, que el legitimario está directamente llamado a esta porción, sin perjuicio de que, en

(2) Es significativo de su concepción de las legítimas como freno de la libertad del causante que VALLET DE GOYTISOLO: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, sub. artículo 813, p. 2009, diga que el precepto “atiende a remediar las lesiones *in qualitate* o *in tempore*”; es obvio que el artículo en cuestión no aborda prioritaria ni directamente esa cuestión, sino las características de la atribución al legitimario.

(3) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 118-119: “El derecho a los bienes es, así, una garantía más que la ley concede al legitimario y que no está reñida con la facultad del causante de elegir el título por el que sucede aquél, ni con la de atribuirle bienes determinados. La ley habría podido limitarse a garantizar al legitimario la percepción de metálico equivalente a su cuota (e incluso de tal modo que, económicamente, esa percepción equivaliera a la de cosa cierta hereditaria), pero, como regla general, ha ido más allá, atribuyéndole derecho a los bienes relictos, acaso por el valor de afección que tienen tales bienes para el pariente en línea recta, o bien porque ha considerado esta forma de cumplimiento habitual de la legítima como un medio de asegurar el más exacto y puntual cálculo y pago de la misma”.

(4) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 125: “Las palabras *gravamen, condición y sustitución* incluyen en el artículo 813-2.º cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que en algún modo restrinja o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o cree cualquier obligación en relación con ella: han de entenderse, pues, con la máxima amplitud, en beneficio de la completa percepción, por el legitimario de cuanto le corresponde”.

cuanto al remanente que le haya sido asignado, siga aplazado su llamamiento y válidos los antepuestos” (5).

¿Qué tipo de gravámenes pueden quedar bajo el ámbito prohibido por el sistema legitimario de nuestro Código? VALLET (6) ha señalado varios casos de gravámenes sobre la legítima, de los que se cuestiona en cada caso su admisibilidad:

— La imposición de derechos sobre los bienes atribuidos en pago de la legítima en favor de otras personas diferentes al legitimario, como pueda ser el usufructo o figura similar, a la que se refiere expresamente el artículo 820,3.º CC.

— La prohibición de enajenar los bienes percibidos por legítima: quedaría excluida, aparte de por la norma que estamos comentando, por lo dispuesto en los artículos 785,3.º y 782 CC. No obstante, cabría la duda de la admisibilidad de estas prohibiciones cuando hayan sido impuestas en beneficio del propio legitimario; así “la prohibición de enajenar, incluso con autorización judicial, hasta alcanzar cierta edad o en cierto tiempo, o referida a su padre o bien a su madre, como representante suyo, mientras ostenten la patria potestad” (7).

— La prohibición de realizar la partición, dentro de los límites del artículo 1.051 CC, debe entenderse que no puede llegar a afectar la legítima, pues supondría un gravamen sobre la misma (8).

— La exclusión de la administración de los bienes objeto de la legítima de las personas a quienes esa administración correspondería, y el señalamiento de otras personas para su administración; materia que parece hoy menos problemática a la luz de lo dispuesto por el artículo 164 CC, reformado en 1981 (9).

— El aplazamiento del goce de la legítima o su atribución a título de fideicomiso, pues no “existe base legal para entender implícita una compensación legal de esos gravámenes *ad tempus* con el mayor *quantum* atribuido, ni para estimar legalmente establecida la necesidad de optar entre

(5) VALLET DE GOYTISOLO: *Comentario del Código Civil*, I, cit., p. 2012. También LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 127: “el remedio más elemental de esta suerte de infracción es tener por no puestos los gravámenes, en cuanto afecten a la porción legitimaria”.

(6) VALLET DE GOYTISOLO: *Comentario del Código Civil*, I, cit., pp. 2011-2012. Con mucha mayor amplitud, puede verse la obra del mismo autor *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, II, Madrid, 1974, pp. 1053 y ss.

(7) VALLET DE GOYTISOLO: *Comentario del Código Civil*, I, cit., p. 2011.

(8) Sobre el tema ya nos hemos pronunciado, en un sentido negativo para con esta posibilidad de gravamen de la legítima, en nuestra obra *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996, p. 325. Allí pueden verse otras referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre este problema.

(9) En ese sentido, además de VALLET, se muestra también DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 246.

aceptar la atribución mayor con su aplazamiento o contentarse con la legítima pura pero estricta” (10).

— Hay una cuestión dudosa, en cuanto a lo anterior, que es la de si es posible gravar con una sustitución fideicomisaria al legitimario para el caso en que fallezca intestado.

— En cuanto a la sustitución vulgar de un legitimario, hay que decir que no es posible que mediante ella se lesione su legítima, porque el supuesto de hecho de la sustitución consiste en casos en que no es legitimario. Así las cosas, una sustitución de esta especie sólo podría lesionar legítimas de otros legitimarios, y en esos casos no valdría, como es natural.

— Las sustituciones pupilar y cuasipupilar o ejemplar, cuando procedan, deben utilizarse siempre con respeto hacia la legítima de los legitimarios del propio sustituido, lo cual resulta expresamente recordado por el artículo 777 CC.

En cualquier caso, no nos interesa el estudio pormenorizado de todas las anteriores cuestiones, sino cuál va a ser el régimen a partir de la reforma que estamos comentando. En principio, como el régimen permanece inmutable, salvo en aquello que haya sido expresamente afectado por la actual reforma, interesa destacar como conclusión que —fuera de la ahora admitida— debe considerarse excluida cualquier carga, modalidad o limitación, real o personal, que restrinja el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o cree cualquier obligación en relación con ella (11).

II. Finalidad de la reforma: permitir el beneficio del descendiente incapacitado que sea legitimario

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha afectado al tema expuesto en el apartado anterior, pues se ha venido a autorizar el gravamen de la legítima estricta por parte del testador, cuando se realice en beneficio de un legitimario incapacitado y en una determinada forma prevista expresamente por el legislador.

En concreto, hay tres artículos directamente afectados, aunque posteriormente en el cuerpo del estudio comprobaremos que no sólo se deben contemplar esos preceptos si se quiere abordar la temática a la que se refiere el título de este trabajo, sino que en otros que no se refieren a ella de forma directa podemos encontrar también implicados diversos aspectos de nuestra materia.

(10) VALLET DE GOYTISOLO: *Comentario del Código Civil*, I, cit., p. 2012.

(11) Casi literalmente: LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 125 (cfr. texto citado en nota 4, *supra*).

El artículo 782 CC dice hoy:

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.”

El artículo 808 CC cuenta ahora con un nuevo párrafo, que pasa a ser el tercero, y desplaza al antiguo tercero al cuarto lugar:

“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.”

Finalmente, el artículo 813 CC queda redactado, en su párrafo segundo, del siguiente modo:

“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de (sic) viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.”

Entendemos que la finalidad que persigue la actual redacción de los artículos anteriores debe buscarse tanto en el propio tenor de las normas afectadas como en la extensa exposición de motivos de la Ley que las modifica. Comenzando por esta última, podemos apreciar que en su apartado VI se dice que

“el contenido de la ley no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas”.

En el apartado siguiente, el VII, se concreta que

“se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.”

A nuestro juicio, frente a lo que pueda parecer, las explicaciones anteriores se revelan demasiado escasas frente a la importancia de la materia modificada, con todas las conexiones sistemáticas que presenta o puede

presentar. Desgraciadamente, la ley muestra a las claras, en muchos aspectos que desgranaremos a lo largo del presente estudio, que ha sido elaborada con demasiadas prisas, lo cual hace que incurra en defectos técnicos y en importantes imprevisiones.

Es obvio que la Ley ha partido de que la institución de las legítimas puede suponer un freno para el deseo del causante de beneficiar al descendiente legitimario que se encuentra en una situación personal, la incapacidad, que le puede acarrear especiales dificultades vitales, lo cual le situaría en una posición de inferioridad frente a los demás legitimarios. Y está claro también que la Ley ha pretendido actuar contra esa situación legal, abriendo nuevas posibilidades al testador o causante, en la línea de ampliar su libertad dispositiva. Se ha dicho ya con palabras bastante exactas, comentando el tenor y contenido de la nueva reforma:

“Con estos cambios, la nueva Ley viene a ampliar la libertad del testador en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima. Amplía la libertad del testador, porque reconoce a éste una facultad que antes no tenía. Lo hace en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque se permite al testador incorporar una sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta para favorecer en particular al legitimario en el que concurra la circunstancia que los artículos afectados por la reforma prevén, que no es otra que la de estar incapacitado judicialmente. Si entre los descendientes legitimarios hay uno que está incapacitado, el testador puede establecer un orden sucesivo de llamamientos al tercio de legítima estricta, en el cual fiduciario –el llamado en primer lugar– va a ser el legitimario incapacitado, y fideicomisarios –llamados posteriormente– los restantes legitimarios no incapacitados, quienes tendrán que esperar a la muerte del incapacitado para disfrutar de sus derechos legitimarios. Por esta vía, queda al alcance del testador la posibilidad de asegurar el disfrute del tercio de legítima, íntegramente, a aquél de sus descendientes legitimarios que esté incapacitado, con el consiguiente aplazamiento para los restantes legitimarios. Como resultado, y teniendo en cuenta que las posibilidades en orden al tercio de mejora y de libre disposición no han variado, todos los bienes del causante, si éste así lo manifiesta en testamento, podrán ir a parar, aunque algunos no de manera definitiva, al descendiente incapacitado” (12).

(12) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, AC, número 4, 2004, p. 362. Claro es que estas palabras merecen ser matizadas en cuanto a que la legítima del cónyuge viudo tampoco ha sido modificada, por lo que los bienes afectados por el usufructo viudal sólo podrían corresponder al incapacitado en nuda propiedad. DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”, RDP, mayo-junio 2004, pp. 267-268: “La idea del legislador parece ser que el testador pueda dejar al incapacitado prácticamente todos sus bienes, incluso en perjuicio de los coherederos legitimarios”.

Ahora bien, aceptando lo anterior en sus grandes rasgos, debemos situarnos en un plano más crítico y menos descriptivo. En este sentido, nos preguntaríamos si se puede afirmar con rotundidad que el legislador ha acertado al intentar traducir técnicamente su manifiesta finalidad de beneficiar al legitimario incapacitado. Nosotros lo dudamos; o, más bien, estamos prácticamente seguros de que el desacierto es palmario y evidente, pues no vemos los beneficios que pueda efectivamente obtener el legitimario incapacitado del simple hecho de desactivar tan poco matizadamente la intangibilidad de la legítima: no se olvide que el legislador deja en manos del causante el uso adecuado de esta mayor libertad que ahora se le concede, y que –incluso– el ejercicio de esa facultad del testador no garantiza una mejora efectiva de la posición del incapacitado, que compense el empeoramiento de la posición de los demás legitimarios. Para nosotros, paliar el problema que en esta materia pueda representar la institución de la legítima hubiera obligado a que la excepción del sistema general de intangibilidad cualitativa de la legítima viniera acompañado de una clara determinación de cuál es el concreto ejercicio de la libertad dispositiva del causante que justifica dicha excepción, cosa que falta por completo en la actual regulación. La finalidad genérica del legislador queda clara (e incluso pudiera compartirse), pero la plasmación concreta de la misma no resulta absolutamente acertada (pues no garantiza que el uso de las nuevas facultades se encamine a la obtención del fin legalmente perseguido).

En efecto, queda bastante claro en el régimen legal que si el testador decide proteger al legitimario incapacitado, las legítimas no le van a suponer una traba para ello más que en dos cuestiones: el necesario usufructo viudal legal, por un lado; y, por otro, la condición de fideicomisarios de los demás legitimarios en la cuantía de su legítima estricta; fuera de eso, todos los bienes podrán corresponder al incapacitado. Esto último, nos referimos al fideicomiso, no impide el potencial disfrute actual del fiduciario de todos los bienes imputables a la legítima, pero sí obliga a que dichos bienes soporten el gravamen en favor de los legitimarios fideicomisarios, lo que implicará importantes limitaciones para el incapacitado en cuanto a las facultades jurídicas que tendrá sobre ellos (13). Por tanto, en lo que podríamos denominar línea de máximo, la normativa está bastante clara: el incapacitado se puede terminar beneficiando de la práctica totalidad de la herencia, tal como destacaba la valoración de la refor-

(13) Así, RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, 1.º, Madrid, 2004, p. 404: “Ese mínimo legal ... lo recibirán los legitimarios inmediatos ... una vez cumplidas las previsiones contempladas en la correspondiente disposición testamentaria que ordene y fije la cláusula fideicomisaria”.

ma hecha por la profesora RUIZ-RICO, que hemos citado más arriba. Pero no es ahí donde encontramos razones para la crítica, sino en lo que podríamos llamar la línea de mínimo; es decir, el beneficio mínimo que debe obtener el incapacitado para que el sistema legitimario de intangibilidad cualitativa quede justificadamente desactivado. ¿Bastaría que el legitimario incapacitado percibiera un pequeño incremento respecto de lo que, en cada caso, represente su legítima estricta para justificar la existencia del gravamen de la legítima de los demás legitimarios?

Nos explicamos: el sistema actual, resultante de la reforma, no ha modificado la consistencia del tercio de libre disposición ni del de mejora, que –por tanto– se pueden seguir atribuyendo a un extraño y a un descendiente no legitimario, respectivamente. Si ello es efectivamente así en un caso concreto, es decir, si el causante ha atribuido a esas personas la totalidad de dichos tercios, ¿tiene sentido desplazar a los legitimarios a la condición de sustitutos fideicomisarios a cambio de que el incapacitado perciba, solamente, un tercio de la herencia, el de legítima estricta, y, además, gravado con un fideicomiso? ¿Podría establecerse justificadamente la sustitución fideicomisaria simplemente para desplazar de la sucesión forzosa a determinados legitimarios, relegándolos a la condición de simples sustitutos fideicomisarios, pero sin un beneficio apreciable para el descendiente incapacitado como sucedería en el ejemplo? (14).

Nos parece obvio que semejantes resultados o finalidades no han podido estar en la mente del legislador (o al menos no debieran haber estado), porque entonces resultaría absurdo ampliar la libertad del causante del modo en que lo hace la Ley; la razón de fondo del legislador de la reforma es que se beneficie efectivamente al incapacitado, no que se le deje poco más o menos como estaba, pero perjudicando, además, al resto de los legitimarios (15).

Pensamos que es el intérprete quien debe dar viabilidad técnica a la finalidad del legislador (cfr. art. 3,1 *in fine* CC), aunque éste no haya tra-

(14) Imagínese un causante con tres hijos, uno de los cuales está incapacitado, y otro que tiene a su vez un hijo. Según el régimen vigente, dicho causante parece que podría disponer del tercio libre en favor de un extraño, de la mejora en favor del nieto, y, en favor del incapacitado del tercio de legítima estricta, pero gravada con el fideicomiso en beneficio de los otros dos hijos no incapacitados; ¿es esto, efectivamente, posible?

(15) En el mismo sentido, DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit. pp. 267-268: “La idea del legislador parece ser que el testador pueda dejar al incapacitado prácticamente todos sus bienes, incluso en perjuicio de los coherederos legitimarios. No que emplee las facultades que ahora le brinda la reforma para disponer de dos tercios de sus bienes como desee (obviamente el de mejora entre los sujetos mejorables), y prive prácticamente a los legitimarios de su derecho a la legítima estricta con el expediente de constituir el fideicomiso a favor del discapacitado”.

ducido con acierto sus presumibles verdaderos propósitos en el texto legal resultante de la reforma (16). Sin embargo, la dificultad de esta tarea interpretativa es grande, porque las posibilidades que se presentan al intérprete no se reducen a una, sino que son muy variadas; una de ellas sería considerar que la facultad de gravar la legítima sólo se puede ejercitar cuando el causante ya ha agotado todas las posibilidades de atribuir bienes al incapacitado con cargo a otras porciones diferentes a la de legítima estricta. En este caso, se impondría, para que el gravamen de la legítima fuera admisible, que el incapacitado recibiera íntegros el tercio libre y el de mejora. No obstante, esta solución nos llevaría a identificar la que antes hemos llamado línea de máximo con la línea de mínimo y recortaría demasiado la libertad dispositiva del causante.

El problema es que esa línea de mínimo debería haber sido determinada por el legislador, y no recreada por el intérprete: es el legislador el que se debería haber hecho el planteamiento de cuál es el beneficio mínimo que debe obtener el incapacitado para que el sacrificio de los demás legitimarios sea asumible. No tendría que coincidir este beneficio con el máximo atribuible al incapacitado (aunque podría hacerlo), pero tampoco parece razonable que la permisión legal del gravamen de la legítima se pueda terminar utilizando más para perjudicar a los colegitimarios del incapaz que para beneficiar a éste.

Hay, decíamos, otras posibilidades de concretar algún límite a las facultades del causante que utilice la nueva posibilidad de gravamen de la legítima estricta. Así, por ejemplo, se podía haber impuesto que el incapacitado debía ser el sujeto más beneficiado en la sucesión; o que percibiera determinado porcentaje mínimo de la masa computable; o que los no legitimarios no pudieran percibir colectivamente más de lo que, también colectivamente, percibieran los legitimarios, etc. Obviamente, alguna de estas opciones podía haber sido adoptada por el legislador, pero no está al alcance del intérprete entenderla implícita en el sistema legal.

Lo que sí parece obvio es que el sacrificio del sistema legítimo no puede estar justificado en beneficio de cualquier mejorado y de cualquier destinatario del tercio libre: se trataba, decía la EM, de aumentar las posibilidades jurídicas de atribuir bienes a la finalidad de la subsistencia del incapacitado, no de eliminar la legítima a cambio de ningún beneficio para éste. Si simplemente bastara para gravar la legítima con la presencia de un incapaz como colegitimario, esto nos situaría fuera de la propia *ratio* de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

(16) Discrepamos, por ello, de DÍAZ ALABART, cuando concluye inmediatamente después del texto acabado de citar en la nota anterior: "Sin embargo, la norma no impide esa posibilidad"; es decir, no impide que la nueva facultad de gravamen de la legítima se utilice en perjuicio de los legitimarios y sin beneficio alguno para el legítimo incapacitado.

Ante un problema de tan hondo calado, podemos concluir que la nueva posibilidad de gravamen de la legítima puede tener dificultades prácticas en cuanto a su admisibilidad en los casos en que no se utilice en exclusivo beneficio del incapacitado; en cambio, cuando se utilice sólo para beneficiar al incapacitado, ninguna duda debe haber. La desconexión entre los propósitos manifestados en la exposición de motivos y la traducción técnica de los mismos en los preceptos modificados nos habría llevado a una difícil situación desde el punto de vista de la seguridad en la aplicación de éstos.

A la vista de ello, nos atrevemos a proponer una interpretación que supere esos posibles problemas. Pensamos que si algún sentido puede tener la nueva norma legal es el de permitir el avance o mejoramiento de la posición del incapacitado en cuanto a la percepción por éste de bienes del causante. Por eso, el gravamen de la legítima de los demás legitimarios hay que entenderlo justificado en la medida en que ese avance efectivo de la posición del incapacitado se produzca realmente. Entendemos que ese mejoramiento del incapacitado se debe cuantificar desde aquella cantidad que resultaría insuperable para el testador en el caso de que quisiera atribuir más bienes al incapacitado. Así, cualquier causante, sin necesidad de gravar la legítima, puede disponer en favor de un descendiente que sea legitimario de la totalidad de la parte libre y de la de mejora, más *la cuota concreta que le corresponda al mismo en la legítima estricta*. Por tanto, se debería entender que el gravamen de la legítima sólo va a resultar permitido en el caso en que se quieran destinar al incapacitado todavía más bienes. Garantizada esta mayor percepción por el incapacitado, tanto dará que el resto de los bienes de la masa se destinen a extraños, o a sujetos que puedan ser mejorados (p. ej., nietos en vida de sus padres), como que se destinen a los demás legitimarios, siempre —claro está— que los legitimarios queden al menos beneficiados en su legítima estricta como segundos llamados en la sustitución fideicomisaria.

Pongamos un ejemplo: el causante tenía tres hijos, uno de los cuales está incapacitado. La masa computable a efectos de la legítima es de 90. Por tanto, sin necesidad de usar la facultad de gravamen de la legítima, el incapacitado puede recibir 70 de la herencia (tercios libre y de mejora completos, más su porción viril de legítima estricta), y sus dos hermanos cada uno 10, como legítima estricta. Lo que vendría a permitir la nueva norma es que el incapacitado acreciente su participación en la herencia por encima de esa cifra, siempre que se garantice, al menos, que los legitimarios perciben la legítima estricta como fideicomisarios (17). Por su-

(17) Luego veremos si la legítima estricta que deben percibir los no incapacitados es la constituida por la totalidad del tercio o sólo la porción que les corresponde a ellos; en el ejemplo, la duda es si deben ser fideicomisarios de 15 o de 10 cada uno de ellos.

puesto que no se tendría por qué llegar al gravamen del total de la legítima estricta, pues los legitimarios no incapacitados podrán percibir su legítima parte como fideicomisarios, y parte del modo ordinario.

Todavía se podría poner una importante objeción: ¿supone efectivamente un avance para el incapacitado percibir solamente un poco más que lo que podía percibir antes de la reforma, pero parte de ello sometido a gravamen fideicomisario? En el ejemplo: supongamos que el causante ordena que el incapacitado perciba bienes por valor de 71, pero que determinados bienes que valen 30 soportaran el gravamen del fideicomiso en favor de los otros legitimarios como pago de su legítima estricta. ¿Es realmente más beneficioso esto para el incapacitado que percibir 70, sin gravamen de ningún tipo? Parece obvio que no, lo que podría llevar a alguno a entender que para justificar el gravamen de la legítima sería necesario aquilatar aún más y valorar exactamente lo que el incapacitado percibe gravado (18). No obstante, nos parece que la filosofía de la Ley es otra: la EM dice que lo que pretende es facilitar que se afecten bienes a las necesidades del incapacitado; en el fondo quizá eso significa que lo que importa a la nueva Ley es que el incapacitado pueda contar durante su vida con el uso de más cantidad de bienes para la satisfacción de sus necesidades (19).

III. El medio jurídico utilizado: la sustitución fideicomisaria como medio apto en la normativa actual para atribuir la legítima en ciertos casos

1. La figura del fideicomiso.

El legislador, lejos de modificar por completo el sistema tradicional relativo a la protección cualitativa de la legítima, ha optado por realizar una simple modificación singular, consistente en regular un especial tipo de gravamen de la misma que vendría a quedar autorizado tras la reforma

(18) Entonces no bastaría con que el incapacitado percibiera bienes por valor de 71, parte de ellos gravados, sino que habría que valorar exactamente cuánto importa el derecho efectivamente percibido por el incapacitado sobre esos bienes gravados. Como ello depende de un factor aleatorio, como es la vida del incapacitado, habría que capitalizar el valor, de acuerdo con la esperanza de vida que quepa pericialmente fijar para el mismo, de acuerdo con el tipo de patología que presente.

(19) Por eso el artículo 4,3 de la Ley permite que las aportaciones al patrimonio protegido tengan fijado por sus disponentes el destino que deben seguir una vez que dicho patrimonio se disuelva. Dentro de la ambigüedad de la Ley, parece apreciarse que no es tanto la asignación de bienes libremente disponibles lo que se persigue, sino más bien la atribución al discapacitado del valor en uso de los mismos.

de los artículos correspondientes del Código Civil. Esto nos parece importante y digno de ser destacado: el legislador no viene hoy a autorizar cualquier gravamen de la legítima, sino sólo el que se verifica a través de la institución del fideicomiso, quedando pagados determinados descendientes en su legítima mediante su llamamiento como fideicomisarios. Se permite ahora que los colegitimarios de un incapacitado puedan percibir su legítima a través de una sustitución fideicomisaria en la que ellos serían sustitutos; por tanto, no sucederían en primer lugar, sino tras el fallecimiento del fiduciario (o tras dejar éste de estar incapacitado). Sería este incapacitado quien debe percibir los bienes objeto del fideicomiso, pero, evidentemente, quedando sujeto a “conservar y transmitir” (cfr. art. 781 CC) (20) dichos bienes a los fideicomisarios.

Las razones que haya tenido el legislador para elegir esta institución de la sustitución fideicomisaria como concreto y exclusivo cauce para la posible imposición del gravamen legitimario no se explican en la exposición de motivos, aunque cabe pensar que se encuentra en el propio mecanismo de la figura, que garantizaría que los legitimarios gravados conserven vinculados los bienes que componen su legítima, aun durante la vida del fiduciario (21); asimismo cabe pensar que se tiene presente el hecho de que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador, pudiendo transmitir ese derecho a sus propios herederos (cfr. art. 784 CC) (22). Es, pues, la propia dimensión institucional de la figura del fideicomiso la única que justifica el gravamen de la legítima, que nunca podría ir más allá de los propios límites de esta institución sucesoria. La formulación del artículo 813,2 CC en su nueva redacción así lo confirma, pues si el legislador hubiera querido autorizar el gravamen mediante otras figuras bien lo podía haber dicho expresamente.

No obstante, otra cosa es que se comparta el acierto del legislador, que podría haber logrado prácticamente las mismas finalidades de forma mucho menos invasiva de las normas tradicionales y, por tanto, produciendo menos problemas de interpretación, simplemente autorizando el desplaza-

(20) Obviamente, debe entenderse la expresión “transmitir” de la Ley como una pervivencia del fideicomiso romano que hoy no tiene más sentido que el de apuntar al hecho de que la transmisión de los bienes objeto del fideicomiso tiene su ley propia, independiente de la voluntad del fiduciario. Cfr., por todos, LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 614.

(21) Claro está que también existen otras figuras, como veremos luego, que garantizarían exactamente lo mismo.

(22) Según LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I. cit., p. 628: “La sustitución equivale a instituir al fideicomisario heredero a término incierto, dependiendo su adquisición del fallecimiento de otra persona (fiduciario o preheredero), es decir, de un acontecimiento que necesariamente ha de llegar, aunque se ignore el momento. Cabe aplicar, pues, en la sustitución ordinaria, el artículo 799 CC”.

miento por el testador del usufructo viudal desde el tercio de mejora al de legítima estricta cuando quisiera beneficiar al legitimario incapacitado con dicho tercio de mejora y el libre (ciertamente ello hubiera obligado a repensar el papel de la conmutación del usufructo viudal).

2. La voluntad del testador debe ser expresa.

La opción normativa de reconducir el posible gravamen a la institución del fideicomiso no puede ser casual, sino que debe tener su justificación en una meditada opción del legislador, lo cual, por fuerza, debe implicar algunas consecuencias.

Una de estas consecuencias es la relativa a los requisitos voluntarios exigibles en el testador: las sustituciones fideicomisarias requieren que sus llamamientos se realicen de forma expresa, tal como exige el artículo 783,1 CC:

“Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.”

Por eso, como bien explicaba LACRUZ, “si hay o no, en un caso concreto, sustitución fideicomisaria, es cuestión de interpretación de la disposición a causa de muerte; empero el establecimiento de tal modalidad, que representa un gravamen para el heredero y un obstáculo a la libre circulación de los bienes, ha de resultar del propio testamento de modo suficientemente claro” (23). A esas razones justificativas del criterio legal de la expresión habría que añadir, para nuestro caso, que se trata ahora del establecimiento de un gravamen sobre la legítima estricta, lo cual refuerza extraordinariamente el argumento anterior, justificando que se pueda formular el principio *in dubio contra fideicommissum*.

Esto significa que el testador deberá determinar con suficiente claridad qué porción o qué bienes van a ser objeto de la sustitución fideicomisaria, quién o quiénes van a ser los fiduciarios y quién o quiénes los fideicomisarios. Obviamente lo que no es necesario es que se utilice literalmente la expresión “sustitución fideicomisaria”; vale aquí lo dispuesto por el artículo 785,1.º: sería suficiente imponer al “sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”. Asimismo habrá que entender que bastaría la remisión por el testador al régimen legal para que la determinación subjetiva exigida se dé por cumplida: no sería necesaria la determinación individualizada o nominal de los fiduciarios

(23) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 616. Pueden confrontarse allí otras referencias: *vid.* sobre todo pp. 617 y ss.

y fideicomisarios si se les puede identificar con arreglo a las referencias genéricas del artículo 808,3 CC (24).

En nuestra opinión, tanto esta necesidad de interpretación estricta del fideicomiso, como la debida protección de los legitimarios (que aboga, asimismo, por la interpretación estricta de los gravámenes que se puedan imponer a su legítima), excluyen que se pueda considerar permitido que el cónyuge viudo, en aplicación del artículo 831 CC, constituya la sustitución fideicomisaria de la que estamos hablando; debe ser el causante el que lo haga, sin que en esta disposición le pueda sustituir nadie (25).

3. El nuevo fideicomiso y las normas relativas a la imputación.

Claro está que, siendo esta sustitución fideicomisaria una figura bastante especial, se nos plantean problemas también especiales que no están ni con mucho resueltos en las normas que el CC dedica a las sustituciones en general. Pensamos que, de nuevo, el legislador peca de ingenuo, pues no es posible irrumpir en un sistema ya consolidado, sin que se atienda a regular todas las conexiones que el elemento introducido *ex novo* plantea en relación con el conjunto.

Un ejemplo destacado de esas conexiones sistemáticas desatendidas por el legislador lo podemos encontrar en el caso en que el testador se limitara a atribuir bienes al incapacitado, de forma que dichos bienes ex-

(24) Lo expone perfectamente LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 618: “El llamamiento a la sustitución, pues, puede hacerse: a) Imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo o ulterior llamado, o bien con expresiones equivalentes, como si se ordena que tales bienes, llegado el día o cumplido el evento, pasen a otro u otros sucesores. b) Cabe que el testador emplee literalmente la expresión de «sustitución fideicomisaria». c) Finalmente, puede llamar el testador como herederos con carácter sucesivo a varias personas, en cuyo supuesto tal llamamiento sucesivo y temporalmente limitado de varios causahabientes equivale a la imposición *terminante* a que se refiere el artículo 785-1.º” En página 619 se manifiesta sobre la no necesidad de designación nominal de los fideicomisarios.

(25) Para DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit., p. 269, la cuestión parece resolverse en sentido contrario al del texto: “si el testador puede constituir ese fideicomiso, ¿por qué no va a poderlo hacer también el cónyuge superviviente? No se lo prohíbe ninguna norma, ya que cuando en el artículo 831,3 CC se dice que hay que respetar la legítima estricta, a lo que se refiere es a respetar las actuales normas imperativas sobre la cuestión, y éstas permiten la creación del fideicomiso. Además aunque recaiga sobre la legítima estricta el fideicomiso del artículo 808,3 CC funciona como una «mejora», un plus, a favor del hijo o descendiente incapacitado. Lo que no es seguro es que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808,3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente”. Nos parece que el respeto, por parte del cónyuge viudo, de la legítima estricta es incompatible con el establecimiento de un gravamen que el testador no quiso imponer.

cedieran de la parte disponible en su favor (26). Entonces, ¿podrá entenderse tácitamente constituida la sustitución fideicomisaria en cuanto al exceso? En suma esto supone cuestionarse si la porción de legítima estricta se va a poder considerar masa disponible para el causante a los efectos de interpretar o dar contenido a los mandatos normativos de ciertos preceptos del Código que consideran la total dimensión de dicha masa para encauzar algunas de las disposiciones del testador que desbordan las partes de la herencia con cargo a las cuales fueron hechas. Así, por ejemplo, en los artículos 821, 828 y 829 CC la imputación de las atribuciones realizadas en favor del sujeto que en cada caso resulte adjudicatario de ellas no es demasiado rígida, pues se puede extender desde el tercio libre hasta el de mejora y la parte de legítima estricta que corresponda al beneficiario.

Recordemos brevemente el contenido de estos preceptos, en su interpretación más o menos consolidada, y después analizaremos las interferencias que en ellos pueda presentar la nueva figura del gravamen de la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados.

El nuevo artículo 821 CC, reformado por la Ley que estamos comentando, recoge en un solo precepto el contenido inalterado de los antiguos artículos 821 y 822 CC. En él, en la parte que a nosotros nos interesa, que es el caso en que el legitimario incapacitado haya recibido el legado de la finca que no admita cómoda división (27), se dice que:

“El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.”

Caso en que la finca supere esa medida habrá que aplicar la disposición del párrafo primero, que autoriza la reducción en metálico y no *in natura*. Hay que hacer notar que el precepto “cede ante el 829 cuando la finca, aunque sea de fácil división, resulte atribuida como mejora de cosa determinada, sea por decisión expresa del causante o por imputación forzosa en el tercio de mejora a virtud del artículo 828” (28).

Esta última consideración nos ayuda a pasar al tratamiento de los artículos 828 y 829 CC. El primero de ellos establece que en las mandas o legados hechos a los descendientes es necesaria una declaración expresa de mejorar, pero se admite, incluso, una imputación residual a la mejora

(26) En el ejemplo que poníamos antes, si el incapacitado percibiera bienes que estuvieran valorados en más de 70 (parte libre y de mejora, completas, más su parte de legítima estricta).

(27) Para la interpretación extensiva del precepto a otros bienes diferentes a los expresamente contemplados, *vid.* LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 153, y allí otras referencias.

(28) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 153.

en caso de que la manda no quepa en el tercio libre (29). En cuanto al segundo de ellos, establece la llamada mejora en cosa cierta y determinada, e impone la satisfacción o reducción en metálico y no *in natura* cuando el valor de la cosa determinada supere lo que su destinatario puede percibir en la sucesión (30).

Ahora, una vez recordado el contenido de todos estos preceptos, cabría preguntarse por el caso de que las atribuciones a las que se refieren todos ellos se realicen al legitimario incapacitado: pensemos en que el legitimario incapacitado es legatario de una finca que no admita cómoda división, o ha sido beneficiado con mandas que no caben en su parte de legítima, ni en el tercio libre ni en el de mejora; o, finalmente, cuando ha sido mejorado en cosa cierta y determinada. Obviamente las normas existentes hasta ahora a lo máximo que podían llegar es a agotar como bases de la imputación, aparte de la legítima estricta del atributario, la totalidad del tercio libre y del de mejora. Hoy, tras la reforma de la legítima, las posibilidades de imputación que contemplaron en su día las normas que hemos analizado han crecido, porque incluso la legítima estricta de los demás legitimarios puede ser objeto de gravamen. ¿Podrá estimarse hoy que la disposición de que se trate en cada caso debe entenderse hecha con cargo a esa nueva posibilidad, antes de ser reducida? ¿Debería interpretarse que el testador ha querido que se mantenga la totalidad de la atribución, incluso entendiéndola hecha con cargo a la nueva posibilidad de gravamen de la legítima estricta de los otros legitimarios distintos del incapacitado? (31) Como en tantas otras cuestiones, la reforma nos deja absolutamente a oscuras, por haber ignorado las conexiones sistemáticas de la nueva norma, que irrumpe en una institución como la legítima de muy variadas facetas.

Por una parte, el carácter excepcional de las nuevas normas que auto-
rizan de forma extraordinaria el gravamen de la legítima estricta parece obligar a una interpretación mesurada, e incluso restrictiva, de las mismas; por otra, la elección por parte del legislador de un concreto mecanismo (todo lo trasnochado que se quiera, como es la sustitución fideicomisaria) para viabilizar la nueva posibilidad de gravamen requiere su utilización

(29) Hay que presuponer que la imputación de la manda comienza por la legítima, así también LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 61: "Sería inimaginable, dada la orientación del CC, presumir una atribución fuera de la legítima antes de iniciar la satisfacción de ésta". Cfr., sobre este problema, las consideraciones que hacemos en nuestra obra *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pp. 174 y ss.

(30) Sobre los problemas de imputación a que el precepto da lugar, *vid.* LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., pp. 115 y ss. Allí otras referencias.

(31) En el ejemplo tantas veces invocado, supongamos que la finca del artículo 821 CC vale 75; o el importe de los legados asciende a 71; o la cosa cierta en concepto de mejora vale 79.

siempre expresa por parte del causante y no parece que se pueda deducir una voluntad del mismo de la simple imposibilidad de que la atribución sea imputada a otras porciones (ello quizá hubiera exigido que la excepción al sistema legitimario tuviera un carácter más general). Estos argumentos abogarían por el criterio de no poderse integrar los artículos citados con esta nueva facultad de gravamen de la legítima estricta.

Pero, en contra de esta conclusión, también se podría alegar que no es fácil apreciar qué justificación puede haber tomado en cuenta la ley para exigir unos requisitos solemnes o rituales a la declaración de voluntad del testador que quiere beneficiar al incapacitado; en este sentido pudiera entenderse que el testador manifiesta de forma suficiente su voluntad de apartar a los legitimarios no incapacitados del disfrute actual de su legítima al declarar que quiere que determinados bienes sean atribuidos al incapacitado.

Por nuestra parte consideramos decisivo para resolver estas dudas el hecho de que la nueva posibilidad introducida por la Ley tenga carácter excepcional y venga vinculada por la propia Ley al uso de una institución concreta como es la del fideicomiso; las razones de este modo de proceder habrá que preguntárselas al legislador, que deliberadamente las ha dejado en la oscuridad, pues a pesar de haber elaborado una extensa exposición de motivos, no se ha referido a este problema. Pero lo cierto es que la decisión del legislador de imponer que el causante utilice esta alambicada vía del fideicomiso lleva a considerar que el gravamen a la legítima estricta debe tener una manifestación expresa y cuasiritual en la voluntad del testador, por cuanto sólo se permite dicho gravamen mediante la utilización de una concreta institución que exige la constitución expresa y no admite la forma tácita. Ello parece implicar que esa voluntad testatoria no puede deducirse sólo de los simples actos atributivos de los bienes, sino que debe venir acompañada de una clara decisión del testador de apartar a los legitimarios no incapacitados del disfrute actual de su legítima estricta (justamente eso es lo que, señaladamente, acredita la utilización del fideicomiso). Por eso, un simple acto atributivo en beneficio del incapacitado no manifestaría de forma suficiente la voluntad del testador que la Ley parece exigir. En cualquier caso, sea o no ésta la interpretación correcta de las normas, nos parece bastante lamentable que el legislador no haya precisado más sus intenciones y que deje estas importantísimas cuestiones abiertas a posibles interpretaciones tan dispares.

4. Fideicomiso y percepción de la legítima en metálico.

Otro campo que puede presentar dudas de interpretación es el relativo a la percepción en metálico de la legítima. El problema en esta materia

vendría a ser si las normas de percepción de la legítima en metálico son compatibles con la legítima sometida a sustitución fideicomisaria de los legitimarios no incapacitados. En este punto habría que tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 841 y ss. y en el artículo 1.056,2 CC.

En cuanto a los artículos 841 y ss. hay que tener en cuenta que en ellos se regula el pago de la porción hereditaria en casos especiales, lo que se sustancia fundamentalmente en la percepción de la legítima en metálico por parte del legitimario, o los legitimarios, que el causante determine.

Es necesario tener presente que el contenido del artículo 1.056,2 CC ha sido modificado también recientemente por la Ley de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa (32), quedando redactado como sigue:

“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.”

La pregunta que cabe hacerse, respecto de este último precepto, es si es posible la asignación de la explotación al descendiente incapacitado, estableciéndose el pago en metálico de la legítima de los demás legitimarios, pero combinando esta posibilidad con la ahora establecida de percibir la legítima en forma de sustitución fideicomisaria.

Nosotros pensamos que las figuras de la sustitución fideicomisaria y la de la percepción en metálico son difícilmente acumulables, porque ello supone combinar dos instituciones que deben entenderse que persiguen el mismo fin, pero que operan mediante mecanismos diferentes. En efecto, las instituciones que hasta ahora han permitido la percepción en metálico de la legítima se han justificado como un modo de flexibilizar la percepción de la legítima, permitiendo que uno de los legitimarios percibiera el grueso de los bienes y los demás contaran con una forma fácil de liqui-

(32) Hemos abordado el significado general de la reforma en cuanto a este precepto en “La reforma del Código Civil por la Ley de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa”, pendiente de publicación en el libro-homenaje al profesor Luis PUIG FERRIOL.

dación de sus derechos (33); todo el sistema está pensado para una rápida liquidación de las legítimas, desde la perspectiva de que se trata de normas sobre el pago (34).

Entendemos que el actual legislador, en el fondo, persigue lo mismo que logran las normas sobre percepción de las legítimas en metálico, la flexibilización de las legítimas, pero establece para lograrlo un aplazamiento, que puede ser temporalmente importante, de la percepción de la legítima estricta de los legitimarios que no están incapacitados. Esto supone situarse a una distancia bastante amplia respecto a las normas que regulan el pago en metálico, que se construyen sobre la base de un rápido pago de las legítimas; por eso la norma actual hace hincapié fundamentalmente en la situación en que quedan los intereses contrapuestos del legitimario-fiduciario y del legitimario-fideicomisario, que van a tener que convivir durante un tiempo indeterminado bajo el esquema jurídico del fideicomiso. Si el legislador hubiera querido que la percepción de estos últimos, fideicomisarios, se hubiera podido realizar en metálico, le hubiera bastado modificar las reglas que regulan el pago de la legítima en supuestos especiales (arts. 841 y ss.), en el sentido de permitir aplazar la satisfacción al momento de la muerte del legitimario incapacitado (que sería el perceptor de los bienes). No obstante, esto hubiera obligado a replantearse las normas que iban a regular la situación más o menos estable en la que la contraposición de intereses entre legitimarios se iba a mantener. Sin embargo, el legislador no ha hecho eso, sino que ha acudido a un nuevo expediente que presenta la particularidad de permitir a los legitimarios no incapacitados conservar ciertas facultades sobre el caudal; y en nuestra opinión esa remisión al régimen de la sustitución fideicomisaria sería inderogable en la filosofía legal.

Por otra parte, cabe plantearse si el legislador, con la referencia al fideicomiso, hubiera pensado establecer un mecanismo que pudiera servir como garantía en el caso de que se quisiera atribuir la legítima en metálico a los legitimarios no incapacitados. A nuestro juicio resultaría muy extraño que el legislador impusiera el fideicomiso como la forma técnica de garantía de la percepción aplazada del metálico, pues pensando en garantías no creemos que ésta fuera la más lógica. De nuevo es muy probable que el legislador no haya sido consciente de todas las implicaciones que comportaba entrar en la cuestión de la intangibilidad de la legítima,

(33) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1988, p. 490, habla de que el presumible propósito del legislador "fue conservar la unidad del patrimonio y, en su caso, facilitar la separación de intereses entre dos grupos de herederos acaso poco amigables".

(34) Con todos los matices que esto exige, porque ahí sigue estando el párrafo segundo del artículo 844 CC, que demuestra que en esta materia hay bastante más que pago de una deuda.

y ni siquiera se haya planteado los problemas que estamos mencionando, omitiendo el tratamiento de una cuestión cuya posibilidad no es en sí irracional, pero que resulta prácticamente imposible de construir partiendo de los elementos que el propio legislador ofrece.

Como conclusión de este apartado podemos afirmar que la nueva posibilidad de gravamen de la legítima estricta no permite que, además, la percepción de la legítima de los colegitimarios no incapacitados se verifique en metálico, mediante los mecanismos de los artículos 841 y ss. y el del artículo 1.056 CC.

5. El fideicomiso de residuo, los fideicomisos condicionales y otros tipos de llamamiento como posibles mecanismos de atribución de la legítima.

Por otra parte, lo que debe respetar siempre el mecanismo de la sustitución fideicomisaria es la percepción aplazada por parte de los legitimarios no incapacitados al menos de la cuantía correspondiente a su legítima estricta (después nos plantearemos si debe o puede alcanzar esa percepción a la totalidad del tercio de legítima estricta). En este sentido, no es posible acogerse por el testador a la posibilidad que otorga el párrafo segundo del artículo 783 CC de establecer un fideicomiso en el que el fiduciario cuente con la facultad de disposición. Ello nos parece que no es posible en este caso, porque relegaría a los legitimarios a la condición de meros receptores del residuo, lo que debería haber sido autorizado expresamente por el legislador, pues conllevaría un mayor gravamen para la legítima de los no incapacitados (que pudiera quedar reducida a la nada) (35). No obstante, quizá hubiera sido bueno aprovechar la reforma del CC en estos extremos para haber recalcado en este precepto que la posibilidad del llamado fideicomiso de residuo no está abierta en el caso en que mediante ese fideicomiso se pretenda satisfacer la legítima del sustituto. Ya que con anterioridad no era posible la satisfacción de la legítima mediante un fideicomiso, era lógico que el artículo 783 CC no se refiriera a ello; pero ante la nueva situación legal, no hubiera sido malo haberlo aclarado expresamente, por más que tampoco es estrictamente necesario para que la solución que proponemos se imponga en la práctica.

Se ha dicho que la única sustitución fideicomisaria que se permite en el sistema actual como pago de la legítima es la sustitución pura. Y así

(35) Cfr., en este sentido, aunque con vacilaciones, DÍAZ ALABART: "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...", cit., pp. 261 y ss.: "Parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente".

“el derecho del fideicomisario a la herencia es cierto desde el momento mismo de la muerte del causante, no estando sujeto a condición alguna, ni a término distinto de la muerte del fiduciario. El fallecimiento del fiduciario –y seguramente también el cese de la incapacitación– marca el momento en que los bienes fideicomitidos harán tránsito al o a los fideicomisarios” (36). En estas afirmaciones cabe, a nuestro juicio, introducir algún matiz. Pensamos que las posibilidades de introducir condiciones o aplazamiento en el fideicomiso están muy influidas por el hecho de que la norma se refiera a una facultad que recae sobre la legítima estricta. Desde un punto de vista simplista, si se enfoca el problema desde el punto de vista del gravamen que soporta la legítima del fideicomisario, una cosa sería que no se pudiera, en perjuicio del fideicomisario, establecer alguna condición o término diferente de los indicados legalmente, y otra que no se pudiera establecer esa condición o término adicional *en su beneficio*. Si el gravamen de la legítima es una facultad del causante, podrá ejercitarla o no; y en caso de ejercitarla, hacerlo en los modos que estime más convenientes, siempre que respete los límites legales. Así, por ejemplo, no veríamos obstáculo alguno a que el causante estableciera el fin del fideicomiso a la llegada del incapaz a cierta edad, a un cierto nivel de renta o de patrimonio o a una mejoría objetiva de sus condiciones de salud, aunque no supongan la salida del estado de incapacitación (37).

Ahora bien, el planteamiento aparentemente claro de las líneas anteriores puede quedar enturbiado nada más se considere que el gravamen de la legítima se establece literalmente en la ley sobre el tercio completo de la legítima estricta (así art. 808,3 CC, y también, con menos claridad, art. 782 CC). En ese caso el gravamen recaería tanto sobre la legítima de los legitimarios no incapacitados como sobre la de los incapacitados (cfr. apartado V): bajo este punto de vista el legislador habría optado por permitir que el incapacitado perciba una mayor cantidad de bienes, a cambio

(36) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 363. Para DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit., pp. 262 y 267, si el fiduciario recuperara la capacidad, se extingue automáticamente el fideicomiso. Probablemente sea más correcto entender que no basta la recuperación de la capacidad, sino el cese de la incapacitación. Esta exigencia plantea el problema de que no todos los posibles legitimarios interesados en el cese de la incapacitación se encuentran legitimados para instar el procedimiento de reintegración de la capacidad: cfr. 761,1 y 757,1 LEC. Así, por ejemplo, en la línea colateral sólo están legitimados los hermanos y no los tíos o sobrinos del incapacitado, que bien pudieran ser, en su caso, los legitimarios cuya legítima soporta el fideicomiso.

(37) Para DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit., p. 263, nota 21: “Sería factible que el testador hubiera dispuesto un plazo para que el fiduciario disfrute de los bienes y que no quedaran en su poder hasta su muerte”.

de soportar sobre ellos un gravamen; desde la perspectiva de los demás legitimarios, el legislador habría autorizado que no perciban su legítima de modo inmediato a la muerte del causante, a cambio de poder recibir más bienes en el futuro. Si esto fuera así, entonces ya no estaría tan claro que cualquier supuesto que se prevea como fin del fideicomiso se encuentre dentro de lo admisible para el legislador, pues ya no se trata de resolver la duda según el principio de que quien puede lo más, puede lo menos, sino de averiguar si se respeta el equilibrio de intereses entre legitimarios tenido en cuenta por el legislador; como tantas otras, es esta una grave cuestión de la que no vemos que la norma haya sido plenamente consciente. Suponiendo que la perspectiva de las nuevas normas fuera ésta, solamente la muerte del fiduciario estaría contemplada con seguridad como momento final del fideicomiso. Quedaría el difícil problema de dilucidar qué sucedería en el caso de que cesara la incapacidad: probablemente habría que rehacer la partición para lograr que todos los legitimarios recibieran su legítima estricta.

Finalmente, cabe también preguntarse si la nueva modalidad de satisfacción de la legítima mediante el fideicomiso es la única posibilidad de flexibilizar el sistema o si, por el contrario, cabrían otras posibilidades institucionales que la Ley no ha tenido en cuenta. Quizá en este punto quepa achacar al legislador bastante falta de imaginación, porque los gravámenes sobre la legítima conocen más modalidades que la expresamente regulada, y, además, muchas de esas otras modalidades serían perfectamente asumibles. Por ejemplo, ¿sería posible utilizar el mecanismo del artículo 787 CC (llamamiento en usufructo) para las mismas finalidades? ¿Sería muy inconveniente la posibilidad de que los demás legitimarios percibieran su legítima como fiduciarios, y que el incapaz sucediera, aparte de en su legítima, como fideicomisario de la de los demás? ¿Y no sería admisible el establecimiento de disposiciones modales sobre la legítima en beneficio del incapaz y a cargo de los otros legitimarios? Estos ejemplos, y muchos otros que podrían ponerse, manifiestan que quizá el legislador ha sido demasiado prudente a la hora de concretar sus propósitos en una sola institución, cuando puede haber muchas otras que prácticamente vendrían a cumplir la misma función.

Lo que sucede es que, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la nueva posibilidad, se debe ser prudente a la hora de admitir estas nuevas figuras. En nuestra opinión, sería claramente admisible, por comportar prácticamente las mismas garantías para los legitimarios, la institución del incapaz en usufructo sobre los bienes de la legítima estricta, bienes que corresponderían a los colegitimarios como nudos propietarios (¿y cabría el desplazamiento por el causante del usufructo viudal hacia el tercio de legítima estricta?; en principio no parece que ello debiera encontrar obs-

táculo, pues, como gravamen de la legítima, resultaría prácticamente similar al legalmente autorizado, o, incluso, algo más beneficioso para los legitimarios; ahora bien, el hecho de no haber sido expresamente previsto por la Ley hace peligroso recurrir a esta posibilidad, ante la eventualidad de su impugnación).

En cambio, la posibilidad de que el incapacitado sea fideicomisario de los bienes percibidos como legítima por los demás colegitimarios en concepto de fiduciarios se aleja claramente de las previsiones del legislador y debería considerarse excluida. Más dudoso es el tema relativo a las posibles disposiciones modales a favor del incapacitado y a cargo de los colegitimarios, pues esas disposiciones podrían ser más favorables para éstos que el mecanismo diseñado por el legislador. En cuanto lo fueran, no se entiende que pudieran encontrar ningún obstáculo. No obstante, quizá sea recomendable que no se utilice esta figura por el peligro de que fuera impugnada por los legitimarios.

IV. Los sujetos a los que se puede aplicar esta nueva modalidad de legítima

1. El legitimario fiduciario.

En relación con los sujetos brillan dos características en la nueva normativa: el sujeto beneficiado con esta medida debe estar incapacitado y debe ser un descendiente del causante que tenga la condición de colegitimario.

Ciertamente se escapan un poco las razones que justifican la exigencia de incapacitación para recibir como fiduciario la parte de legítima estricta de los demás colegitimarios. Es verdad que la norma está clara en este sentido y que la exposición de motivos también recalca que en materia de legítimas se viene a exigir la incapacitación del sujeto beneficiado. La extrañeza se produce porque ello obliga a desviarse un poco del objeto de la Ley, que es la protección de las personas con discapacidad, sin que se nos expliquen suficientemente las razones. En cualquier caso, para la Ley, en esta materia, no va a ser la objetiva situación física o psíquica del sujeto la que determine la aplicación de la norma, sino un dato externo o adjetivo, como es la existencia o no de sentencia de incapacitación. Puede darse, por ello, una situación subjetiva sustancialmente similar, que merezca la aplicación o no de la norma dependiendo del dato externo de la incapacitación y ello resulta de difícil justificación. Podría pensarse, por ejemplo, en el caso de dos hermanos con la misma afección que podrían ser o no beneficiados por la posibilidad reconocida en la norma en función de este dato meramente adjetivo de la incapacitación efectiva.

No creemos que esta exigencia de incapacitación responda, como se ha apuntado, al hecho de que “quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma” (38). Ciertamente, el legislador pretende que la simple discapacidad no sirva para justificar el gravamen de la legítima, sino que exige que la “discapacidad” tenga la suficiente entidad como para constituir un supuesto de incapacitación (cfr. art. 200 CC). Pero, partiendo de ello, y teniendo en cuenta que la pérdida del autogobierno podría ser notoria y aceptada por todos, o constar de otro modo diferente, habría que concluir que este requisito de la norma persigue la finalidad “de fomentar la incapacitación” (39).

Estas consideraciones iluminan la resolución de la duda que pudiera plantear cuál debe ser el momento en que exista el estado de incapacitación. A este respecto, el artículo 808 CC dice que el testador podrá establecer la sustitución fideicomisaria cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado. Del texto de la norma podría deducirse que, como mínimo, la incapacitación debe existir en el momento de la apertura de la sucesión, pues parece absurdo exigirla también en el instante de testar (40). Por ello estamos de acuerdo en que “para que surta efecto la cláusula fideicomisaria será imprescindible que el estado de incapacitado se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión” (41), aun cuando existiera en el momento de testar.

Pero pensamos que se debe ir más allá. En esta materia lo relevante debe ser que la pérdida de la capacidad de autogobierno opere ya en el momento de abrirse la sucesión, con independencia de que exista o no sentencia de incapacitación o se haya iniciado o, no con anterioridad este procedimiento. Por tanto, bastaría para entender que el fideicomiso es válido que el procedimiento de incapacitación, aun iniciado después de la apertura de la sucesión, acredite que en ese momento ya operaba la causa de incapacidad. Nos parece que ésta es la solución que mejor corresponde

(38) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 363. Lo reitera DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, p. 262, nota 8: “La razón por la que el legislador ha creado esta sustitución fideicomisaria tan particular es el deseo de proteger a un discapacitado, y además uno al que su minusvalía le impide gobernarse por sí mismo”.

(39) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 363.

(40) Para DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit., p. 263, nota 16: “Si en el momento de testar ha comenzado el procedimiento de incapacitación sería posible establecer ese fideicomiso sometido a la condición de que realmente el fiduciario resultara finalmente incapacitado”. Obviamente no nos parece que el fideicomiso sólo sea válido en este concreto caso.

(41) Así, literalmente, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 362.

a una norma de carácter protector como la que comentamos y la que permite alcanzar la finalidad de fomento de la incapacitación.

En la norma se aprecia también con claridad otro requisito subjetivo, que es la exigencia de que el sujeto incapacitado sea colegitimario: “Todas las personas afectadas por la sustitución, tanto fiduciarios como fideicomisarios, [tienen] que pertenecer al grupo de legitimarios efectivos ... conclusión a la que se llega no sólo por la expresión que utiliza el legislador («coherederos forzosos»), sino también porque, como ya se ha apuntado, el tercio de legítima tiene unos destinatarios predeterminados” (42). En particular esto debe significar que el abuelo no puede atribuir al nieto, *patre vivente*, los beneficios que la norma prevé, lo cual es lógico y debe estimarse acertado, porque para atender a esta posibilidad ya está la mejora y el tercio libre, que sí que se podrían atribuir a ese nieto incapacitado (como a cualquier nieto) (43).

Cabe plantearse si sería posible, dentro del esquema de la Ley, que el nieto que sea legitimario por premoriencia, indignidad o desheredación de su padre, pueda recibir de su abuelo, no sólo la legítima que le corresponde por derecho de representación, sino también el resto del tercio de legítima estricta, con el gravamen previsto en la actual reforma. Si respondemos positivamente a esta pregunta, se podría producir una situación algo absurda e ilógica porque podría darse el caso de que la diferencia de edad entre el incapacitado fiduciario y los legitimarios fideicomisarios sea tan grande que las posibilidades de que éstos perciban los bienes sea puramente ilusoria [aunque esa diferencia de edad también puede existir entre hermanos en la hipótesis típica en que los colegitimarios sean del mismo grado, ello será menos frecuente (44)]. Por ello cabe pensar que el grava-

(42) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 363.

(43) En contra, DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit., p. 267. Así lo reconoce en una sede un poco extraña, como es la del cese del fideicomiso por recuperación de la capacidad por parte del fiduciario, en ese lugar dice: “Si el incapaz no era hijo del testador sino descendiente, al desaparecer el fideicomiso vuelve la legítima estricta a su plena naturaleza, porque los que la reciben no es tanto por ser fideicomisarios sino legitimarios gravados con el fideicomiso, así que *si vive el progenitor del descendiente*, será éste y no aquél quien haga suya la cuota de legítima estricta que le corresponda”. La cursiva es nuestra, para destacar que esa frase presupone que la atribución puede hacerse al nieto *patre vivente*.

(44) Ya es criticable la figura del fideicomiso en estos casos de igualdad de grado, pues la sede natural de esta institución es la sustitución del primer llamado por alguien perteneciente a un grado ulterior de su línea descendente: todavía más cuando con la atribución se pretende satisfacer la legítima. Así DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...”, cit., p. 270: “La figura del fideicomiso que aquí se ha empleado no es la más adecuada cuando fiduciario y fideicomisario pertenecen a la misma generación, pues ello conlleva que en muchos casos la

men previsto por el legislador sólo tiene sentido en los casos en que concurren legitimarios del mismo grado (lo que, obviamente, puede ocurrir también cuando el llamamiento se haga por derecho de representación); o si, concurriendo legitimarios de grado diferente, el legitimario incapacitado pertenezca al grado más próximo.

En relación con la existencia en la sucesión de varios incapacitados se pueden plantear graves problemas, sobre los que, probablemente, el legislador no ha reflexionado. En la doctrina que ha comentado la norma ya se han puesto de manifiesto algunos de los criterios que deben guiar la resolución de los posibles conflictos. En concreto, se ha dicho que

“la forma de delimitar los grupos de fiduciarios y fideicomisarios lleva a entender que la facultad reconocida no ampara, sin embargo, la posibilidad de ordenar una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de hijos o descendientes incapacitados aunque se establezca en beneficio de otros hijos o descendientes en quienes concorra la misma circunstancia; expresándolo de otra manera, si a la sucesión concurren varios legitimarios incapacitados judicialmente juntamente con otros que no lo están, y el testador opta por hacer uso de la medida prevista en los artículos 782, 808 y 813,2, solamente podrá designar como fideicomisarios a legitimarios no incapacitados” (45).

Tenemos que convenir en que esto es lo que parece deducirse de la literalidad de la norma (“siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”, dice el art. 808,3 CC). La solución quizá no concuerda bien con el designio del legislador de dotar de mayor margen de maniobra al causante, pues bien podría suceder que la situación patrimonial o personal de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que ello conllevara la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados sólo vienen contemplados en la norma como fiduciarios, habrá que entender que o bien el testador los nombra como tales a todos ellos, o bien atribuye su legítima estricta a los que no quiera que sean fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta. Así, por ejemplo, si la masa de cómputo es 90, y hay tres hijos, dos de los cuales están incapacitados, el causante podrá: o bien constituir un fideicomiso sobre 30 en beneficio de los dos incapacitados, o bien dejar a uno de los incapacitados su legítima estricta de 10 y constituir a favor del otro un fideicomiso sobre 20. Lo que no cabe, en ningún caso, es que el legitimario incapacitado sea simple fideicomisario de su legítima.

muerte del fideicomisario se producirá antes que la del fiduciario, con lo que quienes recibirán verdaderamente los bienes fideicomitidos serán los herederos del fideicomisario”.

(45) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 364.

En relación con las situaciones de pluralidad de legitimarios incapacitados se ha propuesto que el causante podría optar por nombrarlos no cofiduciarios, sino fiduciarios sucesivos (46). ¿Cómo se puede entender materializado este fideicomiso sucesivo? Entendemos que hay dos posibles formas: una primera forma estaría representada por el fideicomiso sucesivo en el sentido de que el primer llamado sea un legitimario incapacitado, segundo llamado otro legitimario incapacitado, y, finalmente, tercer llamado el legitimario no incapacitado. Nos parece que esta posibilidad debe ser excluida. Según el precepto que autoriza esta forma excepcional de gravamen de la legítima estricta, el primer llamamiento debe realizarse en favor de los varios incapacitados, y ello se debe entender (tratándose de una disposición que se mueve dentro de la legítima estricta) en el sentido de que los incapacitados sólo pueden ser cofiduciarios, pues lo contrario implicaría un gravamen a la propia legítima del incapacitado que sucediera en segundo lugar.

La segunda modalidad de fideicomiso sucesivo sería la instrumentada a través de la sustitución recíproca de los incapacitados en las porciones pertenecientes a la legítima estricta que vayan dejando libres los incapacitados que mueran. No estamos de acuerdo con que el testador pudiera establecer este segundo llamamiento fideicomisario, sucesivo y recíproco, de los fiduciarios que sobrevivan a la parte que dejen libre los que vayan muriendo. Si se admitiera ello, el gravamen que debería soportar el legitimario sería mayor porque se sometería su legítima a una doble o múltiple sustitución fideicomisaria (47), lo cual llevaría a que para percibir su legítima debería esperar hasta la muerte del último incapacitado. Esto no parece autorizado por el artículo 808,3 CC, que se refiere a una única sustitución fideicomisaria, lo cual debe ser interpretado estrictamente en obsequio a la protección de la legítima y al carácter excepcional del supuesto.

2. Los legitimarios fideicomisarios.

Finalmente se debe hacer alguna alusión a la posición jurídica de los legitimarios no incapacitados que perciben su legítima gravada. Es evi-

(46) Así, DÍAZ ALABART: "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...", cit., p. 263: "nombrarlos ... sucesivamente, uno para que lo sea después del otro, y solamente cuando acabe el tiempo correspondiente al segundo pasarían los bienes al fideicomisario".

(47) Entiende que ello significa un mayor gravamen, aunque ya hemos indicado que le parece admisible: DÍAZ ALABART: "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...", cit., p. 263, nota 18: "Obviamente habiendo dos fiduciarios sucesivos se perjudica aún más la posición de los legitimarios-fideicomisarios, pues normalmente transcurrirá un tiempo más largo hasta que reciba los bienes fideicomitados".

dente que el legislador ha pensado que la defensa de la percepción futura de su legítima debe materializarse jurídicamente a través de las fórmulas existentes para los fideicomisarios. De algún modo es criticable esta ingenuidad del legislador, porque si algo había puesto de manifiesto la doctrina era la escasa atención legal que merecía la situación mientras dura el fideicomiso (48). Ahora, en cambio, el legislador confía a ese magro sistema la defensa de la posición jurídica de los legitimarios.

En el punto acabado de mencionar no vamos a entrar en más detalles, pues ello obligaría a estudiar todo el régimen propio de las sustituciones fideicomisarias, lo que desborda por completo los objetivos de un estudio de la naturaleza del presente. Lo que sí nos interesa resaltar es una omisión, una más, en la que ha incurrido el legislador y es la de armonizar el nuevo régimen con las normas legalmente previstas para la satisfacción del usufructo viudal. En efecto, en la regulación de esta materia está prevista la posible conmutación del usufructo viudal, en los términos del artículo 839 CC. En él se confía la decisión a “los herederos”: ¿Deberá considerarse como tales a los fideicomisarios? A nuestro juicio, aunque técnicamente no lo sean, ni se les pueda considerar como tales, al menos hasta que se extinga el derecho del fiduciario (49); lo razonable es que los fideicomisarios intervengan: Está por medio una cuestión relativa a la legítima y no resultaría justo dejar al fiduciario incapacitado el peso de una decisión que puede tener una importante trascendencia respecto de la consistencia futura de la herencia. Por tanto, aparte de que esos casos precisen de la intervención de un defensor judicial en representación del incapacitado, pues habrá contraposición de intereses entre él y el representante (que habitualmente será el cónyuge viudo), será necesaria la intervención de los fideicomisarios como “herederos”, aunque no lo sean.

Finalmente cabe preguntarse si el nuevo artículo 808,3 CC implica la distribución igualitaria del gravamen entre todos los fideicomisarios, o resultaría admisible que el gravamen recayera en uno sólo de los legitimarios no incapacitados. Obviamente el tema sólo podría tener relevancia cuando el gravamen no alcanzara a todo el tercio de legítima estricta (50). El tema lo podríamos plantear de otro modo: ¿Puede el causante elegir a cuál de sus legitimarios no incapacitados “castiga” con el gravamen? La redac-

(48) Cfr., por todos, LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 622: “El CC es muy parco al describir los derechos y obligaciones del fiduciario”.

(49) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 631. A pesar de lo cual ni siquiera todos aceptan que el fideicomisario sea heredero tras ese evento: cfr. en ese lugar las referencias.

(50) En el ejemplo, tan manoseado ya, el causante atribuye 80 al incapacitado, y 10 a uno de los legitimarios no incapacitados; y al otro le deja su legítima sujetando 10 de los que recibe el incapacitado al gravamen fideicomisario.

ción del artículo 808,3 CC parece dar a entender que esta facultad no está reconocida al causante, lo cual puede estar justificado en el hecho de que dicha facultad se concibe como un mecanismo para beneficiar al incapacitado, pero no para perjudicar a los legitimarios que no lo sean. Y es obvio que el incapacitado no obtiene ningún beneficio adicional por el hecho de que la carga fideicomisaria afecte a uno solo de los colegitimarios y no a todos.

V. El objeto de la sustitución fideicomisaria, ¿se extiende la misma a la cuota de legítima estricta del legitimario-fiduciario?

Tanto el nuevo artículo 782 como el nuevo artículo 808 CC se refieren a la legítima estricta como objeto del gravamen fideicomisario. Realmente el primero de ellos resulta algo redundante al diferenciar legítima y mejora, pues no hubicra sido necesario que se refiriera a la “legítima estricta”, única excepción que cabría añadir a la ya existente (y que se mantiene) relativa a la mejora. En cualquier caso, lo que nos interesa ahora tratar es cuál es el objeto exacto que puede ser objeto de gravamen. Se ha puesto en duda si la literalidad de las normas significa que la propia legítima del legitimario incapacitado queda gravada con dicho fideicomiso, o si él debe percibir su legítima estricta libre del gravamen (51).

El hecho de que se subraye en las diferentes normas que la medida legal se introduce en beneficio del incapacitado ha llevado a sostener que la legítima del incapacitado se debe percibir libre de cargas (52). Lo cierto es que ese argumento no nos parece decisivo, porque pudiera pensarse que justamente como compensación para los otros legitimarios por ese beneficio que viene a percibir a su costa el legitimario incapacitado, se establece el gravamen sobre la propia legítima de este último; de ese modo

(51) *Vid.* nota siguiente.

(52) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 364: “Una cuestión que no queda clara en los textos comentados es la relativa a los bienes que van a ser objeto del fideicomiso y que, a la muerte del fiduciario, han de pasar a los fideicomisarios. La LPPPD permite establecer una sustitución fideicomisaria en el tercio de legítima, pero no dice que esa sustitución grave al legitimario fiduciario (incapacitado judicialmente). Este dato, unido a la finalidad de la reforma, que es la de favorecer al legitimario incapacitado, lleva a entender que los bienes objeto de sustitución fideicomisaria no han de ser todos los que integren el tercio de legítima. El fiduciario es legitimario y la sustitución fideicomisaria se establece en su beneficio. Por ello, los bienes que haya recibido el legitimario fiduciario en pago de sus derechos de legítima no estarán afectados por el gravamen de restitución, quedando en la herencia de éste y al alcance de sus propios herederos. La legítima individual del fiduciario la recibe libre de toda carga. La sustitución fideicomisaria, como afirma el artículo 808,3, se establece sobre el tercio de legítima, pero no grava la legítima del fiduciario”.

la utilización de la facultad ahora prevista supondría para todos los legitimarios una cierta mejora, pero también un cierto perjuicio. Esta interpretación sería la que mejor se corresponde con la literalidad de las normas que hablan de gravamen de la legítima estricta (art. 782 CC) o, incluso, del “tercio de legítima estricta” (cfr. art. 808,3 CC), es decir, del tercio en toda su extensión, sin distinguir entre la legítima del incapacitado y la de los demás legitimarios. El hecho de que se subraye en la Ley el beneficio del incapacitado está manifestando el sentido y finalidad de la norma, y que los bienes los va a disfrutar dicha persona desde el fallecimiento del causante, a diferencia de los demás legitimarios a los que se les impone una paciente espera (53); asimismo se debe recordar que del conjunto de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad se viene a deducir que basta a sus efectos con dotar al discapacitado con bienes para disfrutar durante su vida, sin que sea necesario que pasen a su patrimonio hereditario (cfr. el ya citado art. 4,3, o la propia elección de la figura del fideicomiso). Habida cuenta de todo ello, no pensamos que esa finalidad del beneficio del incapacitado signifique que, en todos los casos que sobrevengan dudas de interpretación del precepto, se deba optar por la tesis que resulte más favorable al incapacitado.

Por otra parte, en relación con esto último, pensamos que no es dudoso que el fideicomiso no necesariamente se ha de fijar sobre una cuota, sino que también cabe que se constituya sobre un bien concreto y determinado. Igualmente tampoco consideramos dudoso que el gravamen no tiene por qué extenderse a la totalidad de la cuota de legítima estricta, sino que puede afectar solamente a una parte de ella (54).

Finalmente es necesario preguntarse si, en el caso de pluralidad de legitimarios incapacitados, pueden recibir porciones diferentes o deben ser necesariamente iguales. Si la pregunta la referimos a la porción de legítima estricta que se recibe con el gravamen del fideicomiso, la respuesta será diferente a si la referimos al tercio de mejora o de libre disposición.

En cuanto a lo primero, se debe hacer notar que el ejercicio de la facultad ahora autorizada por la ley supone un gravamen, no sólo para el legitimario no incapacitado, sino también para el propio incapacitado, pues le lleva a percibir su legítima con el gravamen fideicomisario. El legislador parece haberse hecho la composición de lugar de que este último gravamen queda equilibrado por el mayor beneficio que disfruta el inca-

(53) No se olvide, además, el sentido de nuestra propuesta sobre la cantidad mínima que debe percibir el legitimario incapacitado para que esté justificado el gravamen de las legítimas: cfr. apartado II, *supra*.

(54) Todo esto dicho con la salvedad de lo que argumentábamos en el apartado IV *in fine*, en favor de que el gravamen debía afectar por igual a todos los legitimarios distintos del incapacitado.

pacitado durante su vida; mientras que el gravamen que sufre el no incapacitado quedaría recompensado con una mayor participación en la herencia una vez que fallezca el incapacitado. No parece posible, pues, que el causante pueda alterar la composición de intereses hecha por el legislador, desequilibrando las cuotas que deba recibir cada uno de los incapacitados. Éstos deberán recibir exactamente lo mismo, pues de haber querido el legislador facultar al causante para desigualar a los incapacitados en la legítima estricta gravada, tendría que haberlo dicho expresamente.

En cuanto a lo segundo, es decir, si el causante puede desigualar a los legitimarios incapacitados en la cuantía que sea imputable al tercio libre y el de mejora, la respuesta habrá de ser afirmativa, pues la distinción entre los diferentes incapacitados nunca puede conducir a que alguno de ellos perciba en la sucesión menos de lo que percibiría sin el uso de la facultad de gravamen de la legítima estricta.

VI. La posible atribución de las legítimas mediante un bien sujeto al gravamen del derecho de habitación en favor del discapacitado

Tras la reforma que estamos comentando, el contenido del antiguo artículo 822 CC ha sido asumido por el artículo que le precede, y el actual artículo 822 CC introduce una nueva figura en favor de la persona discapacitada (en este caso no es necesario que concurra la incapacitación de la misma). Se trata de la posibilidad que se otorga al causante de atribuir a dicha persona un derecho de habitación sobre la vivienda habitual y también la constitución legal de ese mismo derecho en algún caso (55). Para la EM esta reforma viene a dar:

“Una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habi-

(55) Su texto literal es: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

tación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación."

¿Cuál es el régimen de dichos derechos de habitación en lo que pueda afectar a la legítima? Lo único que ha dejado dispuesto el legislador es que ese derecho de habitación "no se computará para el cálculo de las legítimas" en el caso de que el legitimario y el titular de la vivienda estuvieran conviviendo en ella (cfr. art. 822,1 CC). Esta previsión hace que los bienes sujetos al derecho de habitación se valorarán, a efectos del cálculo de la legítima, no por su importe total, sino por el que resulte de la deducción del valor del derecho de habitación. En consecuencia, la masa de cálculo de la legítima experimentará una disminución respecto a lo que sería su valoración normal (56). Asimismo, dicha previsión significa que el derecho de habitación no puede imputarse en ninguna de las porciones en que la herencia se divide a efectos del cálculo y la defensa de la legítima (57), y tampoco puede considerarse inoficioso (no le sería de aplicación, en ningún caso, el art. 820,3.º CC, pues gracias a la disposición legal queda excluido aplicar esta norma, que es la que correspondería por la naturaleza del derecho de habitación) (58).

Ahora bien, ¿qué se debe decir a propósito de la percepción de la legítima de los demás legitimarios cuando exista este derecho de habitación?

(56) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: "La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", cit., pp. 366-367: "El trato de favor que dispone el artículo 822,1 –que la donación o el legado del derecho de habitación no se compute para calcular las legítimas– solamente puede significar, tratándose de donación del derecho de habitación, que su valor no se añade al valor de los bienes que quedaren a la muerte del donante a los efectos del artículo 818 del CC. Y si es un legado de derecho de habitación, que su valor se detraiga de la masa hereditaria que quedare a la muerte del testador. El resultado es el mismo en ambos casos; al no computar el valor de la donación o del legado, la base para el cálculo de la porción legitimaria será menor. Esto repercute negativamente en los restantes legitimarios pero beneficia al legitimario discapacitado pues a éste, además de corresponderle en la legítima un valor igual al de los demás legitimarios, conserva en su poder el derecho de habitación".

(57) En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: "La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", cit., p. 367: "Obviamente, si la donación o el legado del derecho de habitación no se computa para el cálculo de las legítimas, tampoco será objeto de colación o imputación a los efectos del artículo 1.047 del CC".

(58) Es pacífico que este artículo 820,3.º CC se puede aplicar, no sólo al usufructo, sino también a derechos análogos como es el de habitación. En ese sentido, LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 131; VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, II, cit., p. 1058.

Ya ha quedado dicho que, desde el punto de vista cuantitativo, los otros legitimarios sufrirán un perjuicio por la falta de computación del derecho de habitación; lo que nos planteamos ahora no es eso, sino si es posible que a ese perjuicio se añada el de tener que percibir la legítima mediante el derecho de nuda propiedad sobre la vivienda y, por tanto, con el gravamen del derecho de habitación. Este es el punto en el que echamos de menos un pronunciamiento más claro por parte del legislador sobre si estas atribuciones del derecho de habitación pueden llegar a constituir un gravamen de la misma.

Pensamos que, a falta de este pronunciamiento legal, la nuda propiedad de la vivienda no podrá ser el objeto de la legítima de estos otros legitimarios, pues faltaría para eso una previsión legal específica que autorizara el gravamen sobre los bienes atribuidos en pago de la legítima y que, en definitiva, obligara a los legitimarios a soportar ese gravamen. La medida del beneficio para el discapacitado viene indicada en la Ley con la única previsión de que el derecho de habitación “no se computará para el cálculo de las legítimas”, lo que quiere decir que ese beneficio se circunscribe a lo cuantitativo, pero no puede suponer un perjuicio cualitativo para las demás legítimas. En consecuencia, el causante no podría aprovechar la constitución de ese derecho para satisfacer a los demás legitimarios con la nuda propiedad de la vivienda, pues si lo hiciera estaría yendo contra la *previsión del artículo 813,2 CC y estableciendo un gravamen de la legítima prohibido por la ley*. En este sentido, no cabría nunca la analogía de este gravamen con el que representa el usufructo viudal, que expresamente se menciona en este último precepto, porque de la regulación legal del derecho de habitación se deduce que no estamos ante una atribución que se imponga en la ley imperativamente.

Sería bastante absurdo que por la vía de atribuir la nuda propiedad pudieran resultar pagados los otros legitimarios, mientras otros beneficiarios de la herencia disfrutaban de sus derechos sobre bienes no gravados. El propio equilibrio de las instituciones rechaza que esto pudiera admitirse, pues la nueva figura está pensada como beneficio del discapacitado más que como sanción o gravamen hacia los otros legitimarios.

Ahora bien, supuesto lo anterior, resulta más discutible qué cabe hacer cuando el causante no ha respetado la percepción de la legítima libre de cargas. Cabría pensar que lo que procede es considerar el gravamen como no puesto. No obstante, la solución llamaría la atención cuando existieran otros bienes en la herencia, pues los destinatarios de esos bienes los percibirían, mientras que el discapacitado quedaba privado del derecho de habitación. No puede ser ésta la solución querida por el legislador, sino que cabe pensar que lo que procede es la reducción prioritaria

de las disposiciones testamentarias respetando el derecho de habitación; en cierta medida, el hecho de que el legislador deje al margen de las operaciones de cálculo de la legítima al derecho de habitación implica esta solución. Por tanto, en nuestra opinión el legado, “legal” o voluntario, del derecho de habitación sólo se reducirá en los casos en que no queden bienes suficientes en la herencia para satisfacer la legítima. Si la atribución del derecho de habitación se hubiera realizado por donación *inter vivos*, obviamente resulta más clara la reducción prioritaria de las atribuciones testamentarias; la reducción de la donación corresponderá hacerla en aplicación de las reglas generales, si ello fuera necesario.

Ciertamente la imprevisión legal en esta materia causa un importante problema: nos referimos al excesivo beneficio que va a obtener el legionario cuya legítima resultó indebidamente gravada, pues en aplicación de lo anterior va a conservar toda la atribución no apta cualitativamente para cubrir su legítima, y, además, va a percibir ésta sin gravamen alguno. Esto no es lo que sucede habitualmente en el caso de gravámenes de la legítima, pues lo que primero se ataca es el gravamen, que se considera por no puesto, lo cual no comporta un beneficio tan grande para el legionario (59); aquí el beneficio para éste sería máximo: conserva por completo la disposición del causante y, además, obtiene la legítima totalmente libre de cargas.

El artículo 820,3.º CC sería la norma aplicable al caso de la atribución testamentaria al legionario de la nuda propiedad gravada con un derecho de habitación, claro está que ello sería así de no mediar la norma especial del artículo 822 CC. Por eso es obvio que aquel precepto no se va a poder aplicar, porque precisamente hemos partido de un supuesto diferente: la solución en este caso no es eliminar el gravamen que supone el derecho de habitación.

VII. Las facultades concedidas al cónyuge en aplicación del artículo 831 CC y el posible gravamen de las legítimas

No entra en nuestro actual propósito el examen completo de los complejos mecanismos diseñados por el farragoso artículo 831 CC en su nue-

(59) Aunque un cierto beneficio, sí, porque el gravamen sólo desaparece en la cuantía necesaria para asegurar la percepción de toda la legítima libre de cargas, pero subsiste sobre el resto. Por tanto, el legionario percibe su legítima sin gravamen, más el resto de disposición gravada que subsista tras la eliminación parcial del gravamen. Cfr. en este sentido LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 128, quien justifica esta consecuencia en que la ley sanciona “la imprevisión o mala voluntad del causante”.

va redacción (60). Sin embargo, sí es necesario contemplarlo desde la óptica del gravamen de la legítima, que es el problema que nos habíamos propuesto tratar en estas páginas (61).

(60) Para RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, 1.º, cit., p. 484, el texto es "farragoso y a veces poco claro". Con el ánimo de facilitar al lector su consulta lo reproducimos aquí: "Artículo 831. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado al ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí."

(61) El enfoque del artículo 831 CC desde la óptica del gravamen de la legítima no es nuevo, ya lo hizo FUENMAYOR CHAMPÍN: "Intangibilidad de la legítima", *ADC*, 1948, p. 49: "La lesión de los derechos del heredero forzoso podría resultar también del ejercicio de la facultad, realmente excepcional, que concede el artículo 831"; es cierto que, a la vista de que el régimen del precepto se entendía "sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado" (en la redacción entonces vigente), podía concluir el autor que "se prevé y evita

Es necesario, primeramente, situar la norma en el contexto de la reforma para entenderla bien. A este respecto, el apartado VII de la exposición de motivos, en su letra d), señala:

“Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede (sic) al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.”

A nuestro juicio, la norma que estamos comentando permite efectivamente este aplazamiento de la partición y distribución de bienes, lo que produce diversas fricciones con el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, y se encuentra también con problemas en relación con la propia finalidad general de la Ley.

Comencemos por esto último: La propia EM reconoce lo que es palmario y se deduce de la misma redacción del artículo 831 CC, y es que la protección que la norma puede brindar al discapacitado es sólo indirecta, pues en ningún lugar se viene a exigir que exista tal discapacitado para que en el testamento (62) se puedan conferir al cónyuge las facultades previstas en la norma; y tampoco que se ejerzan precisamente en beneficio del mismo. El uso de las posibilidades brindadas por el precepto puede verificarse, por tanto, sin relación alguna con la problemática especial de la Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad; e, incluso, aunque exista un legitimario discapacitado, no se requiere que las facultades se ejerciten precisamente en su beneficio (se podrían ejercitar en su perjuicio, sin que quepa reacción alguna por parte del discapacitado) (63).

la vulneración de la legítima a que venimos refiriéndonos”. Lo que sucede es que muy probablemente el equilibrio del precepto se haya roto hoy en perjuicio de las legítimas, aunque todavía se refiera la norma a su salvaguarda.

(62) Ha desaparecido hoy la previsión de que se puedan conferir las facultades del precepto mediante las capitulaciones matrimoniales, lo que parece lamentable a RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, 1.º, cit., p. 492, “pues a través de ellas se podía llegar (y de hecho en la práctica jurídica así se hacía) a resultados idénticos, cuando no mejores, que los que se pueden obtener a través del testamento”.

(63) Para RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, cit., p. 358, nota 1: “El ejercicio de la delega-

Pero la norma puede producir también fricciones con el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima (64). El propósito confesado por el legislador es el de posponer la partición de los bienes, hasta un momento en el que el cónyuge viudo pueda decidir con más elementos de juicio a quién atribuye los bienes. A este respecto, la diferencia con la norma preexistente es clara: si en la norma anterior el plazo legal para realizar las atribuciones y mejoras, en defecto de previsión expresa estableciendo otro plazo, era de un año, en la nueva norma, la situación de no partición puede prolongarse mucho más, pues se establece el de dos años desde la apertura de la sucesión “o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes” (art. 831,1,2 *in fine*). En particular, esta última referencia a la emancipación de los hijos comunes abre una vía a la prolongación temporal extraordinariamente amplia de la situación de pendencia de las facultades de mejora, partición y atribución de bienes a cargo del cónyuge.

En efecto, esa misma referencia a la “emancipación” plantea otra duda interpretativa de difícil solución: ¿qué sucederá cuando exista un descendiente incapacitado sobre el que el cónyuge superviviente ejercite la patria potestad prorrogada o rehabilitada? ¿Se deberá considerar, entonces, que la situación de pendencia debe prolongarse indefinidamente mientras dure la situación de incapacitación por entenderse que dicho descendiente no común no se ha emancipado?

La interpretación resulta difícil, pues es conocida la vacilación terminológica con la que el Código se refiere a la “emancipación”, que, aparte del sentido técnico preciso (en la institución regulada en los arts. 314 CC y ss.), se hace equivaler a la salida de la patria potestad por el cumplimiento de la mayoría de edad (cfr. art. 314,1 CC). ¿Qué significa emancipado en el artículo 831 CC? ¿Está pensado este término para atender a la problemática de los hijos menores o está también ocupándose del problema específico de los discapacitados que estuvieran incapacitados y so-

ción prevista en el precepto citado se puede utilizar como medio para conseguir tal fin, pero éste es uno solo entre los muchos puede (*sic*) perseguir el cónyuge sobreviviente en quien se haya delegado. La circunstancia de la discapacidad no es motivo determinante a estos efectos”. Para RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, 1.º, cit., p. 484: “Llama poderosamente la atención que el nuevo texto haya sido introducido al abrigo de una ley que poco tiene que ver con su estricto texto y contenido. Parece como si el legislador hubiera querido aprovechar la ley protectora de los discapacitados para realizar la reforma del precepto, aunque en él no se contemple o aprecie directamente rasgo alguno de ese amparo patrimonial de los discapacitados”.

(64) Y no sólo en el aspecto de este principio que en este trabajo estamos analizando, sino en otras facetas diferentes (así, por ejemplo, el precepto acepta que se pague la legítima con bienes no hereditarios). Aquí nos centraremos, no obstante, en el tema del gravamen de la legítima.

metidos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada? Nos parece ésta una grave cuestión a la que el legislador hubiera debido dar respuesta, pues afecta de forma directa a los derechos de los legitimarios y a la propia importancia de la norma como posible excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima. Ya sería importante la prolongación de los plazos de la fiducia del artículo 831 CC en el caso de que se optara por la primera interpretación (la emancipación se referiría a la llegada a la mayoría de edad de los hijos menores); pero si se eligiera la segunda interpretación, los plazos para el ejercicio de las facultades fiduciarias, quedarían probablemente prolongados a toda la vida del incapacitado (65). Entonces el debilitamiento de la legítima se produciría en el caso en que la persona discapacitada estuviera judicialmente incapacitada (lo cual coincide con la hipótesis en que se permite el gravamen de la legítima mediante la sustitución fideicomisaria); en esa hipótesis la Ley parece permitir que indefinidamente se prolongue en el tiempo una situación de indivisión de los bienes bajo la administración del cónyuge viudo, que impedirá a los legitimarios el acceso a los mismos. Si el designio del legislador hubiera sido ése, habremos de decir de nuevo que llama la atención que una puerta clamorosamente abierta al gravamen de la legítima, no haya merecido ser contemplada de forma directa por la reforma del artículo 813,2 CC.

A la vista de lo dispuesto en el precepto sería fácil que la situación de interinidad se prolongara en el tiempo, difiriendo indefinidamente la liquidación de la herencia y de las legítimas, que quedarían sometidas durante ese tiempo a la administración del cónyuge viudo (cfr. art. 831,2 CC), quien podría, incluso, atribuir las legítimas del difunto con bienes no pertenecientes al mismo, sino al propio viudo (cfr. art. 831,3,3 CC).

Ahora bien, precisamente por la fortísima influencia que este régimen tendría en la legítima de los descendientes (no sólo en la de los no incapacitados, sino, eventualmente, también en la de éstos) y en su intangibilidad cualitativa, cabría sostener que no es ésta la interpretación que debe imponerse, sino la de considerar que la “emancipación” a la que se refiere la norma es la motivada por el cumplimiento de la mayoría de edad, aunque ello no conlleve la salida de la patria potestad por la previa existencia de incapacitación del descendiente. Abogaría en favor de esta interpretación el hecho de que el legislador no se haya referido al gravamen de la legítima por la vía del artículo 831 CC en el artículo 813 CC, como hubiera sido prácticamente obligado en el caso de que el pago de la legítima pudiera quedar indefinidamente diferido. Hubiera sido absurdo que el legislador haya querido matizar o excepcionar el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en dos casos o bajo dos formas, y

(65) Salvo que la incapacitación cese antes de su muerte.

al retocar el precepto que establece dicho principio sólo se haya referido a una de esas excepciones, sobre todo cuando ambas pudieran implicar que los legitimarios no perciban nada durante la vida de su colegitimario incapacitado.

De todos modos hemos de reconocer que esta cuestión es muy dudosa, por la desconexión que existe entre la norma que estamos comentando y las finalidades que justifican la propia Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Habremos de seguir confiando en la escasa aplicación práctica del supuesto regulado por el artículo 831 CC.

VIII. El pago de la legítima del discapacitado con atribuciones hechas al patrimonio protegido

Para concluir este trabajo es necesario referirse a una cuestión sólo aludida de pasada e indirectamente por la exposición de motivos de la Ley: nos referimos a la posibilidad de que mediante atribuciones al patrimonio protegido de la persona con discapacidad se pueda satisfacer la legítima que corresponde a éste. Pensamos que respecto de esas atribuciones rigen las reglas generales relativas a la intangibilidad cualitativa de la legítima y que ello, en cierta manera, resulta confirmado por la propia EM, aunque luego no se haya concretado esa voluntad legal en un precepto determinado. En este caso, no obstante, pensamos que quizá ello hubiera sido superfluo e innecesario.

Para la EM, párrafo III, que se está refiriendo al patrimonio protegido:

“La existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente.”

Es obvio que estas líneas no aluden directamente al problema que hemos planteado más arriba; sin embargo, se hallan suficientemente iluminadas por el criterio legal de que las atribuciones hechas al patrimonio protegido se siguen rigiendo por las normas ordinarias que las disciplinan; por eso, en el caso de que se pretendiera satisfacer con ellas las legítimas, habría que tener forzosamente en cuenta el artículo 813,2 CC y concordantes.

Veamos algunos ejemplos, en los que se pueden plantear problemas entre la atribución, en concepto de legítima, al patrimonio protegido y la necesidad de percibir ésta sin gravamen:

— Supongamos que los padres del discapacitado, incapacitado o no, realizan una atribución testamentaria en favor del patrimonio protegido perteneciente al mismo y hacen uso de la facultad que el artículo 4,3 de la Ley reconoce a los aportantes de indicar el destino de los bienes una vez se disuelva el patrimonio protegido (lógicamente siempre ese destino será diferente al de entrar en el patrimonio del discapacitado, pues lo otro sería lo que procede en defecto de voluntad del disponente). Esta disposición de bienes, con indicación del destino posterior de los mismos, nos parece claro que no es apta cualitativamente para satisfacer la legítima, porque supone un gravamen de la misma, prácticamente coincidente con lo que sería una sustitución fideicomisaria, y que resultaría excluido por el tenor literal del artículo 813,2 CC. La solución para este supuesto, en el caso en que la legítima no esté cubierta de otra forma y deba atribuirse mediante los bienes que se adjudican al patrimonio protegido, será la de entender como no puesto el gravamen, que es la misma solución que existe para los casos generales de gravámenes testamentarios de la legítima.

— Otro supuesto podrá ser el de la atribución testamentaria de bienes al patrimonio protegido de un discapacitado no incapacitado, sin el uso de la facultad que recoge el artículo 4,3 de la Ley. En este caso, se podrá entender que la existencia de unas concretas normas de administración del patrimonio protegido constituye un medio de contravenir la exigencia de percepción de la legítima sin gravámenes. Pudiera discutirse, no obstante, esta conclusión sobre la base de que las normas que regulen el patrimonio protegido tendrán un sentido protector del discapacitado, pero ello habría de hacerse caso por caso, teniendo presentes las circunstancias. En el caso de que se estimara existente un gravamen prohibido sobre la legítima, la solución sería entenderlo como no puesto, lo cual sólo puede significar entender que la disposición testamentaria se ha hecho en favor del patrimonio personal del discapacitado (porque las normas de administración del patrimonio no parece que puedan quedar modificadas en general tampoco en lo relativo a unos determinados bienes).

— Si en el mismo caso del apartado anterior resultara que el discapacitado se encuentra incapacitado, la existencia de unas normas especiales de administración de los bienes integrantes del patrimonio protegido difícilmente se puede entender que suponga un gravamen prohibido de la legítima, pues con ellas o sin ellas esos bienes se encontrarían sometidos a administración por parte de los representantes legales del incapacitado.

— En cuanto a las atribuciones que realicen los ascendientes a su des-

endiente discapacitado, pero por actos *inter vivos*, aunque se realicen con imputación a la legítima, las anteriores limitaciones no rigen de la misma forma, pues dichas atribuciones serán perfectamente válidas durante la vida del disponente, dispongan lo que dispongan en cuanto a la administración de los bienes o a su destino posterior a la muerte del discapacitado. Será en el momento de la apertura de la sucesión cuando se podrá revisar el adecuado cumplimiento de las normas relativas a la legítima y efectuar entonces las eventuales operaciones que permitan la perfecta percepción de la misma.

Este último tema necesita ser planteado de forma más detenida, porque no todos los autores podrán estar de acuerdo en él. En efecto, es bastante frecuente, desde la obra de LACRUZ, que en este punto se inspiró en FUENMAYOR, entender que los gravámenes que prohíbe el artículo 813,2 CC son los establecidos en el testamento, pero no alcanza a los impuestos en actos *inter vivos*. En efecto, para el primer autor:

“La prohibición del artículo 813 alcanza sólo a los gravámenes impuestos por disposición mortis causa: los establecidos por negocio jurídico inter vivos –salvo si se reducen como donación inoficiosa o se anulan por fraude de la legítima– siguen subsistiendo y representan simplemente una disminución del bien hereditario sobre el cual recaen, cuyo bien puede incluirse en la cuota del legitimario. Así, pues, si bien el testador no puede asignar la nuda propiedad de una finca al legitimario como pago de su legítima, disponiendo que el usufructo recaiga en otra persona (salvo el supuesto del art. 820,3.º), puede perfectamente asignar a un legitimario un derecho de nuda propiedad que se encuentra ya así en su patrimonio, y de igual manera una finca gravada con un censo o una hipoteca” (66).

(66) Así, LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., pp. 125-126. Para FUENMAYOR CHAMPÍN: “Intangibilidad de la legítima”, cit., p. 58: “El precepto, de redacción suficientemente clara en este punto para no requerir mayores comentarios, nos está diciendo que la nulidad es la sanción en él impuesta para los actos realizados por el causante que vulneren la prohibición que entraña. Pero además, y al hablarnos de testador, nos da resuelto el problema de cuáles son los actos por los cuales el *de cuius* no puede imponer los gravámenes a que en él se hace referencia. La prohibición alcanza sólo a los actos *mortis causa*. El causante sólo infringe esta norma a través de sus disposiciones testamentarias. Por acto *inter vivos* puede imponer sobre los bienes que han de formar parte de la cuota legitimaria toda clase de restricciones, que serán perfectamente válidas porque la garantía para la legítima viene por una vía completamente distinta: el bien deberá estimarse en su verdadero valor, esto es, descontando la cantidad en que su valor total venga disminuido por virtud del gravamen. Podrá ocurrir, en ocasiones, que los gravámenes sean de tal naturaleza que el legitimario se vea obligado, para lograr plenamente la satisfacción de sus derechos, a echar mano de la acción de reducción; pero ello nada tiene que ver con la sanción que el artículo 813 lleva consigo, dado que los actos realizados son, como queda dicho, perfectamente válidos”. LACRUZ se pregunta si esa diferenciación es justificada, a lo que responde: “A mi entender, y aparte de que el texto legal, al referirse al «testador», me parece claro, la diferencia de orden estrictamente práctico estriba en la mayor necesidad

No podemos estar plenamente de acuerdo con esta opinión, que, por otra parte, como se puede apreciar en la cita, no excluye que los gravámenes establecidos por actos entre vivos puedan defraudar la legítima, lo que hace un punto incoherente esta posición, pues si hay posibilidad de fraude es que se reconoce que tampoco la legítima debe quedar gravada mediante actos *inter vivos* (67). Otra cosa es que, evidentemente, sea mucho más difícil la solución que se pueda dar a estos casos, pues es obvio que muchos de los actos de gravámenes que realice el causante durante su vida no se podrán calificar como actos gratuitos y no supongan más, desde el punto de vista de los bienes, que una disminución de su valor. Ahora, reconducir todos los casos a una simple disminución de valor resulta imposible, porque por acto *inter vivos* se pueden constituir gravámenes que todo el mundo acepta que están excluidos por actos *mortis causa*: sustituciones fideicomisarias, usufructo sobre los bienes, etc., ¿va a justificar el simple hecho de su constitución *inter vivos*, que el legitimario deba soportar esos gravámenes sobre los bienes que se le adjudiquen como legítima? Obviamente resultaría muy difícil responder positivamente a esta pregunta.

La demostración más palpable de la falta de fundamento de la opinión común es que tiene que hacerse fuerte en la simple terminología del precepto, que habla de testador y no de causante, haciendo derivar de ello toda la interpretación del sistema, lo cual nos parece que es edificar sobre arena (68), pues en otro lugar pensamos haber demostrado que el uso de

de reprimir los gravámenes testamentarios, que son los frecuentes, pues no hay desprendimiento inmediato de los bienes y además pueden revocarse, con lo cual su establecimiento no entraña ningún riesgo para el testador. Por lo demás, cuando el fraude sea claro el desprendimiento *inter vivos* de la nuda propiedad o el usufructo será impugnabile”, cfr. loc. cit. nota 7. Para comprobar la vigencia actual de estas ideas, pueden verse: REAL PÉREZ: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988, pp. 112 y ss., y GARCÍA PÉREZ: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Valencia, 2004, pp. 111 y ss.

(67) El propio LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 126, nota 7, recoge la opinión discrepante de BORRACHERO y se hace difícil negar la indudable razón que asiste a este último autor: “Sería fácil a un testador avisado, si aceptáramos la teoría de los impugnadores, burlar el artículo 813, tal como éstos lo interpretan, mediante el juego de un conjunto de gravámenes establecidos en vida que los legitimarios vendrían obligados a soportar. ¿Es que el testamento no es un negocio jurídico de disposición de bienes, como una venta o una donación? ¿Por qué la diferencia?”, así en “Usufructo universal del cónyuge viudo”, *RDP*, 1955, p. 370.

(68) Un ejemplo de esta falta de argumentos de la solución puede verse en GARCÍA PÉREZ: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, cit., p. 112, tras cuestionarse el problema, comienza el tratamiento de su solución indicando “según se entiende comúnmente, el precepto se refiere sólo a los gravámenes impuestos por el causante en su testamento, sin alcanzar a los establecidos sobre los bienes antes de fallecer el testador”. Es decir, que simplemente se alega el argumento de autoridad, pero sin utilizar otras razones que justifiquen esta llamativa conclusión tan en contraste con el sentido general de las normas de protección de las legítimas: Resulta sorprendente que el legitimario pueda ignorar lisa y llanamente una sustitución fi-

esa terminología –testador por causante– es generalizado en el Código, sin que ello pueda significar que cuando no hay testamento no exista legítima o que el simple causante no pueda lesionarla (69). A nuestro juicio, ello obliga a revisar el simplista argumento de que la terminología “testador” tiene aquí, nos referimos a la problemática de los gravámenes impuestos a la legítima, valor decisorio.

Tres argumentos de orden exegético confirman la tesis que nosotros defendemos. Uno sería la propia conexión sistemática de los dos párrafos del artículo 813 CC: La locución “testador” se usa en ambos para excluir las lesiones cuantitativas y cualitativas, respectivamente. Si todos están de acuerdo en que la cuantía de la legítima debe respetarse aunque no exista testador, sino simple causante, contradiciendo así la estricta literalidad del precepto en su primer párrafo, ¿por qué va a exigirse un entendimiento literal de este término “testador” cuando venga referido a las lesiones cualitativas, como lo es en el párrafo segundo?

Un segundo argumento es el que brinda el artículo 641 CC, referido a la reversión de donaciones. El precepto deja bastante claro que la cláusula de reversión de las mismas es posible sólo con los límites que rigen en las sustituciones testamentarias (por tanto, también habrá que aplicar el art. 782 CC), y que una cláusula ilegal no hace ineficaz la donación, sino que se tiene por no puesta (es decir, justamente la misma solución que rige para las disposiciones testamentarias que graven cualitativamente la legítima). ¿Se quiere demostración más clara de que en este punto también son equiparables para el Código las disposiciones *inter vivos* y las *mortis causa*? Nos parece que para apartarse de esta conclusión serían necesarios argumentos más fuertes que los que hasta ahora ha venido aportando la doctrina.

Un tercer argumento viene a reforzar el argumento brindado por este último precepto, y es el fundamentado en el artículo 636 CC. Evidentemente este precepto está redactado pensando en la inoficiosidad, como hipótesis más frecuente, pero –por identidad de *ratio*– puede aplicarse a las lesiones cualitativas (70). Valga el argumento de ALBALADEJO: Si la le-

deicomisaria impuesta en testamento sobre los bienes que recibe por legítima, mientras que la deba soportar sin posibilidad de reacción si esa misma sustitución se impuso en acto *inter vivos*. En un sentido muy parecido al criticado: REAL PÉREZ: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, cit., p. 116.

(69) Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pp. 47 y ss. Por otra parte, la doctrina posterior se ha mostrado de acuerdo con nuestro planteamiento.

(70) Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA: *La legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964, p. 139, “la inoficiosidad supone un ataque cuantitativo o cualitativo a la restricción, al límite, en que consiste la legítima”. No obstante, este autor considera que “la aceptación por el donatario

gítima “hubiese de respetarse sólo en testamento, al que no le hubiese sido posible haber dado a su muerte o el que no hubiese podido recibir entonces de él, tendrían ya dado o tomado lo que fuese, de modo que al morir se podría respetar con todo escrúpulo el límite puesto por la ley, ya que hecho antes el traspaso gratuito que ésta quería impedir, al que se lo propuso, no le quedaría ya necesidad de llevarlo a cabo” (71).

Pensamos que lo que sucede en esta materia es que la doctrina ha puesto el acento en sólo algunas de las posibilidades de gravamen, apartando su mirada de otras que son las que con mayor grado de evidencia demuestran que las cosas no son tan diferentes en los actos *inter vivos* y en los *mortis causa* (72). Efectivamente existen bastantes gravámenes de los que se pueden normalmente establecer *inter vivos* que sólo representan

del gravamen, condición o sustitución, resuelve el problema, si es el legitimario el donatario”. No lo entendemos así, salvo que esa aceptación se produzca tras el fallecimiento del donante, que es el momento en que se puede saber si la disposición lesiona o no, de modo efectivo, las legítimas; antes de ese fallecimiento no es posible que el legitimario renuncie a la legítima o a su futura defensa (cfr. art. 816 CC).

(71) ALBALADEJO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, cit., artículo 636, pp. 1614-1615.

(72) Cfr., p. ej., la opinión de FUENMAYOR citada en la nota 66 anterior: ¿No se aprecia en esa cita que los gravámenes que simplemente disminuyen el valor del bien atribuido a cargo de la legítima no son los auténticos gravámenes que justifican el artículo 813 CC? Efectivamente puede haber gravámenes que sólo disminuyan el valor (cfr. los ejemplos que pone REAL PÉREZ: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, cit., p. 117, nota 220: hipoteca, superficie, servidumbres: salvo el derecho de superficie, tan infrecuente, los otros ejemplos sólo suponen una disminución del valor del bien y pensamos que no son los supuestos en los que está pensando el art. 813,2 CC); pero el mismo FUENMAYOR hace referencia a otros gravámenes cuya naturaleza imponga la reducción. Nos preguntaríamos, ¿sólo la reducción? Ciertamente la cuestión es inabordable aquí en todas sus consecuencias, pero no se puede excluir que el único modo de defender la legítima en alguno de estos casos sea justamente estimar el gravamen como no puesto, aunque ciertamente en lo que se refiere a los gravámenes en actos *inter vivos* no es automática su eliminación, porque prioritariamente se debe intentar cubrir la legítima con cargo a bienes de la herencia, y después seguirse el orden de reducción de las donaciones inoficiosas. Quizá sea este hecho el que en el fondo justifica la opinión común, porque ciertamente no es lo mismo un gravamen testamentario, que se elimina prioritariamente, que un gravamen establecido en un acto *inter vivos*. Puede verse esta objeción en REAL PÉREZ: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, cit., p. 117: “La sanción tradicional que sufren los gravámenes cualitativos de la legítima no puede aplicarse a estas donaciones”; y, más adelante, “el Código no recoge normativa general que pueda aplicarse a la reducción de donaciones que infrinjan el *quale* legitimario. Y la establecida para reducir donaciones inoficiosas ordena valoraciones de bienes y derechos. Luego las donaciones presuntamente lesivas del *quale* habrán de ser también valoradas para determinar si exceden de la porción libre, lo cual implica que no siempre serán inoficiosas” (p. 124). A nuestro juicio, lo que sucede es que, como la atribución de bienes gravados en pago de la legítima está excluida por la Ley, lo que resulta imposible es que, manteniéndose el gravamen, dicha atribución se impute a la legítima. Por ello, como el acto de gravamen realizado *inter vivos* es válido de suyo, lo que procederá es la reducción de las disposiciones testamentarias y, después, si es necesario, la de las donaciones por su orden normal; entre ellas estará, en su momento, el acto gratuito de constitución *inter vivos* del gravamen.

una disminución del valor del bien: así el típico ejemplo de la hipoteca, el censo, la servidumbre. Esos actos, además de ser válidos durante la vida del constituyente, subsistirán perfectamente tras su muerte, pues efectivamente lo que suponen normalmente es una simple disminución del valor del bien, con lo que únicamente podrán ser atacados por inoficiosos cuando lesionen la legítima cuantitativa y se demuestre su constitución a título gratuito.

Ahora bien, si el causante lo que hace es establecer gravámenes sobre los bienes que se atribuyen como legítima del tipo de las sustituciones fideicomisarias, usufructo, etc., la cuestión varía de forma importante porque será difícil negar que la legítima atribuida con esos gravámenes puede quedar en nada. En consecuencia, lo lógico es considerar que dichos gravámenes están privados de valor por disposición de la Ley: así lo demuestra el artículo 641 CC, que no es más que la reiteración en sede de donaciones, de lo que ya resulta claro en el artículo 813,2 CC. Lo que sucede es que esta invalidez del gravamen no afecta al mismo durante la vida del donante, sino sólo tras su muerte si los bienes sobre los que recae son los que deben servir para el pago de la legítima del donatario (73).

(73) Cfr. la nota inmediatamente anterior en cuanto al orden de reducción que habrá que seguir en este caso. Pensamos que el obstáculo que la doctrina ha encontrado en esta materia de la reducción es el de no saber coordinar el precepto del 813,2 CC con el necesario mantenimiento del acto *inter vivos*, que cuantitativamente no es excesivo. Ante esa dificultad la doctrina común ha optado, demasiado simplistamente a nuestro juicio, por condenar al legitimario a percibir su legítima gravada, lo cual va frontalmente contra el 813,2 CC en aras de una supuesta tradición en el sentido de que este precepto no afecta a los gravámenes establecidos en actos *inter vivos*. La solución que proponemos en la nota anterior supera las dificultades señaladas, pues obliga a reducir prioritariamente las atribuciones realizadas en testamento, que son las que –en definitiva– obligan a imputar como pago de la legítima la disposición no apta cualitativamente para satisfacerla.

Bibliografía básica (*)

- ALBALADEJO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, artículo 636, pp. 1614 y ss.
- BORRACHERO: en “Usufructo universal del cónyuge viudo”, *RDP*, 1955, pp. 353 y ss.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990.
- DÍAZ ALABART: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”, *RDP*, mayo-junio 2004, pp. 259 y ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA: “La reforma del Código Civil por la Ley de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa”, pendiente de publicación en el libro-homenaje al profesor LUIS PUIG FERRIOL.
- *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996.
- FUENMAYOR CHAMPÍN: “Intangibilidad de la legítima”, *ADC*, 1948, pp. 46 y ss.
- GARCÍA PÉREZ: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Valencia, 2004.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA: *La legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964.
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I y II, Barcelona, 1971 y 1973.
- *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1988.
- REAL PÉREZ: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988.
- RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, 1.º, Madrid, 2004.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, *AC*, número 4, 2004, pp. 357 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, sub. artículo 813, pp. 2009 y ss.
- *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, II, Madrid, 1974.

(*) Además de la bibliografía básica general sobre el tema de la prohibición de gravar la legítima, incluyo en la presente relación los trabajos específicos sobre la actual reforma de esa prohibición. Teniendo en cuenta que la norma es muy reciente, es previsible que esta última bibliografía se incremente rápidamente; no obstante, para elaborar el trabajo y esta selección bibliográfica he tenido presente exclusivamente los estudios que he podido conocer hasta septiembre de 2004, que son todos los que cito. Pido disculpas si existe alguna omisión, que sería involuntaria.

LA CONTRATACIÓN EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SUS CONEXIONES CON LA JURISPRUDENCIA ROMANA CLÁSICA

RAMÓN J. FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES

Doctor en Derecho.

Profesor Asociado de Derecho Romano

de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNOS CONCEPTOS ROMANOS EN MATERIA CONTRACTUAL Y SU SUPERVIVENCIA EN LAS TIC. 2.1. El denominado contrato de suministro de base de datos y la *emptio venditio rei speratae*. 2.2. El denominado contrato electrónico y la *emptio venditio inter absentes*. 2.3. *INTERNET* y *emptio venditio minime detrimento emtori*. 2.4. *Leasing* informático y *locatio o emptio gladiatorum*. 2.5. *CUSTOM SOFTWARE* y *locatio conductio operarum*. 2.6. *OUTSOURCING* y *locatio conductio operis*. 2.7. El contrato entre el creador y el distribuidor de una base de datos y la *societas unius rei*. 3. DE LA *BONA FIDES ROMANA* A LA BUENA FE COMO EXIGENCIA CONTRACTUAL EN LAS TIC. 4. LA PRESENCIA DE LOS TESTIGOS COMO FORMA *AB PROBATIONEM* EN EL SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO Y EN LAS TIC. 5. ACERCA DE LA NECESIDAD DE INCORPORAR A LA NORMATIVA DE LAS TIC UN LENGUAJE INSPIRADO EN LA TERMINOLOGÍA ROMANA. 5.1. El lenguaje jurídico. 5.2. El lenguaje informático. 5.3. El lenguaje natural. 6. COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL CONCEPTO DE DOCUMENTO EN EL MUNDO ROMANO Y EN LA CONTRATACIÓN EN LAS TIC. 6.1. El soporte documental. 6.2. El sellado. 6.3. La firma electrónica. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. Introducción

El concepto de contrato consensual de buena fe, creación jurisprudencial de la etapa central del Derecho romano clásico, puede y debe seguir siendo un referente obligado para encontrar soluciones jurídicas que permitan a los operadores legales sentirse seguros, conociendo anticipadamente las consecuencias jurídicas de sus decisiones en las nuevas tecnologías, especialmente en aspectos fundamentales tales como el perfeccionamiento de los contratos, la prueba de su celebración, o la delimitación e imputación de las responsabilidades derivadas de los mismos entre las partes en ellos intervinientes.

Viejas y clásicas categorías –las romanas– para nuevas e innovadoras realidades –las tecnológicas– que prueban una vez más que las concepciones jurisprudenciales romanas son categorías imperecederas en el ámbito del Derecho, ya que éste, como *ars boni et aequi*, ha sido definido y delimitado, de forma definitiva, por el genio jurídico de los prudentes romanos.

Este estudio pretende poner de manifiesto, de forma sintética, la posible vigencia de diferentes instituciones y categorías, creadas por la jurisprudencia romana clásica, en los sistemas y modelos jurídicos recogidos en la normativa que regula el novedoso campo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en adelante TIC.

A estos efectos, he considerado conveniente, para una más clara exposición sistemática, dividir mi análisis en seis apartados diferentes que han querido agrupar, en otras tantas categorías, las concomitancias entre los dos sistemas analizados.

2. Algunos conceptos romanos en materia contractual y su supervivencia en las TIC

2.1. El denominado contrato de suministro de base de datos y la *emptio venditio rei speratae*.

Los juristas romanos no elaboraron una construcción técnica específica de la compraventa de cosas futuras, pero sí diferenciaron, a efectos prácticos, dos tipos de compraventa futura: la *emptio spei* y la *emptio rei speratae*.

En la *emptio rei speratae*, las partes supeditaban el contrato a la existencia de las cosas, como las sandalias que fabricará el zapatero, el ánfora que hará el alfarero, la cosecha que se producirá, o el parto futuro que acontecerá. En este sentido, D.18,1,8,pr. *Pomp. 9 ad Sab.*:

No puede entenderse que exista compra ni venta sin una cosa que se venda; no obstante, los frutos y partos futuros pueden rectamente ser comprados, de tal modo que cuando el parto tenga lugar se entienda que la venta se había realizado en el momento en que se contrató; pero si el vendedor hubiese impedido el nacimiento o la producción, puede demandarse por la acción de compra.

En el texto POMPONIO establece, concretamente, que no hay compraventa sin cosa que pueda ser vendida, excepto en los casos de *fructus* y *partus futuri*.

Por otra parte, en el denominado contrato de suministro de bases de datos *on-line*, el suministrador se obliga a entregar un bien o información cada vez y cuantas veces sea que el usuario se lo solicite, de conformidad con las condiciones acordadas contractualmente y mediante el precio estipulado por cada prestación o unidad de medida establecida.

En el contrato romano de *emptio rei speratae*, modalidad del contrato de compraventa, al igual que en el contrato de suministro de bases de datos *on-line*, observamos la compra de cosas en vías de realización; así, cuando se producía el *fructus* y el *partus*, los efectos de la *emptio rei speratae* se retrotraían al inicio. Un dato a considerar acerca de este particular es que la compraventa de cosa futura no incluye todos los frutos, sino sólo los *fructus futuri* [terminología que, por otra parte, aparece frecuentemente en las fuentes, así *fructus futurus* (D.23,4,4) *fructus futuri* (D.45,1,73)].

Igual sucede en el contrato de venta anticipada de información (como las bases de datos o las suscripciones a libros o revistas, que serán entregadas una vez actualizadas), ya que las bases de datos, a efectos de protección jurídica, se encuentran asimiladas a las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como enciclopedias y antologías. En este sentido, la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en su artículo 12, dice:

También son objeto de propiedad intelectual, en los términos de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, como las de antologías, y las de otros elementos o datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales.

La jurisprudencia romana creó la *emptio spei*, para ubicar jurídicamente una actividad muy común en la época: el azar. Así la *emptio spei* es una compraventa presente porque se vende la *spes* o el *alea*, que se entregan en el momento de realizar el contrato, siendo indiferente que luego la esperanza o el azar se realicen o no, porque la contraprestación del precio es el *alea*, no la cosa, de manera que el precio se debe aunque no suceda la cosa. En este sentido se pronuncia D.18,1,8,1, Pomp. 31 ad Sab.:

Sin embargo, a veces, se admite también una venta sin cosa; así en el caso en que se compre como un azar, lo cual sucede cuando se compra una captura de peces, de aves, o de aquellas cosas que se lanzan al pueblo como regalo: esa compra se contrae aunque nada se alcance, porque es una compra de una esperanza. Y si hubiera evicción de lo que en este caso se hubiese conseguido como regalo arrojado al público, no se adquiere una responsabilidad por compra, porque ya se entiende que se quiso hacer de este modo.

Por otro lado, la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, artículo 1.2, dice que tendrán consideración de bases de datos:

Las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

Las conexiones del contrato romano de *emptio venditio rei speratae* y el denominado contrato de suministro de las bases de datos, son puestas de manifiesto en el momento de la *perfectio* de ambos contratos; en el primero, cuando la cosa comprada y esperada, en vías de realización, exista; y en el segundo, cuando el denominado contrato de suministro de las bases de datos, en la venta anticipada de lo que se producirá [cosa futura], igualmente exista.

2.2. El denominado contrato electrónico y la *emptio venditio inter absentes*.

El contrato romano de *emptio venditio* podía realizarse entre ausentes, por mensajero o por carta, en este sentido se pronuncia D.18,1,1,2, *Paul. 33 ed.*:

La compra es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante el consentimiento y puede contratarse entre ausentes, por mensajero o por carta.

Por otra parte, el contrato electrónico es un contrato a distancia, que según la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, considerando 9:

Se caracteriza por la utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia; que esas diferentes técnicas se utilizan en el marco de un sistema organizado de venta o de prestación de servicios a distancia, sin que se dé la presencia simultánea del proveedor y del consumidor.

Según este considerando, la ausencia de las partes, en el momento de la perfección del contrato electrónico, puede asimilarse a la ausencia de las

partes en el contrato romano de *emptio venditio*, si bien en la contratación electrónica también observamos que la aceptación y la recepción se produce casi en tiempo real, cosa que no sucedía en el contrato romano.

Las conexiones entre el contrato romano de *emptio venditio inter absentes* y el contrato electrónico son puestas de manifiesto porque ninguno de los contratos exige la presencia simultánea de las partes, pudiendo celebrarse entre ausentes; y también en la forma *sui generis* de ambos contratos, realizados mediante carta o mensajero, en el caso de la jurisprudencia romana clásica, y mediante documento electrónico, en el caso de las TIC. En nuestra opinión, el correo electrónico o la mediación informática o telemática, pueden asimilarse a las figuras creadas por la jurisprudencia romana clásica, con independencia de la forma y soporte en la que se realiza o se lleva a cabo.

2.3. INTERNET y *emptio venditio minime detrimento emtori*.

Los juristas pretendían que en la *emptio venditio* el comprador adquiriese la cosa objeto de compra con el mínimo detrimento. En este sentido se pronuncia D.18,6,1,3, *Ulp. 28 ad Sab.*:

Pero es más conveniente tomar vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga con el mínimo detrimento para el comprador.

En la Directiva 97/7/CE, acerca de la compraventa por *Internet*, también se ha intentado ocasionar el menor perjuicio posible al consumidor, el cual dispondrá de un plazo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de motivos, teniendo como único gasto, en su caso, el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor y, cuando el consumidor haya ejercido este derecho de resolución, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención alguna de gastos (art. 6 de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo).

Sin duda, esta Directiva resulta adecuada en nuestro entorno, donde los vendedores europeos, sobre todo españoles e italianos, para anunciar sus productos utilizan una publicidad que, en la mayoría de los casos, no responde exactamente a la realidad, pero no obstante se admite en los usos mercantiles.

En este sentido, en la *emptio venditio*, en caso de dolo malo, la parte a proteger era igualmente el comprador, y se obligaba al vendedor a responder; así, D.18,1,43,2. *Flor. 8 inst.*

El vendedor debe responder de no haber en él dolo malo, que no consiste solamente en hablar oscuramente con ánimo de engañar, sino también en disimular con insidiosa oscuridad.

Las conexiones entre la *emptio venditio minime detrimento emtori* y la compraventa por Internet, con mínimo perjuicio posible al consumidor, son evidentes y no precisan mayor comentario.

2.4. Leasing informático y locatio o emptio gladiatores.

Como es sabido, los romanos entendían la entrega de gladiadores bajo cláusulas: si salían sanos había contrato de *locatio conductio*, y si resultaban muertos o heridos había contrato de *emptio venditio*. Así puede verse en GAYO 3,146:

También se discute si se contrae una compraventa o un arrendamiento cuando te he entregado unos gladiadores bajo esta cláusula: que me darás veinte denarios por el trabajo de cada uno de los que salgan sanos, y mil denarios por cada uno de los que resultaran muertos o heridos. Y se decidió que respecto de aquellos que salen sanos parece haberse contratado un arrendamiento, y respecto de aquellos que resultan muertos o heridos hay una compraventa, y esto depende de lo que les hubiera sucedido.

En el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* de equipos informáticos, el suministrador comunicará al arrendador (generalmente, una entidad financiera) la puesta a disposición del arrendatario del bien –material y/o equipo– informático. El arrendatario tomará posesión de los bienes en nombre del arrendador como propietario, y del suyo como nuevo usuario, y si el suministrador, por cualquier circunstancia, no hubiera puesto a disposición los bienes en la fecha acordada, o los bienes no se encontrasen en perfecto estado, o no coincidiesen con el pedido, el arrendador se reserva el derecho de anular el pedido sin más requisitos que la notificación al suministrador, quedando simultáneamente subrogado el arrendatario en la posición jurídica del arrendador, en orden al ejercicio de las acciones que a la última incumba como comprador frente al proveedor por razón de la compra concertada.

El caso de los gladiadores citado es el más conocido, pero no el único en el que los romanos entendieron que había arrendamiento o compraventa, según las circunstancias. La jurisprudencia romana estableció que había arrendamiento cuando la materia de la cosa subsiste en el mismo estado, y si la cosa se altera entonces había compra. Así puede apreciarse en D.18,1,65, *Iav. 11 epist.*:

He convenido contigo que me dices un cierto número de tejas de tu fabricación en cierto precio: ¿habrá compra o arrendamiento? Respondió: Si se convino que diese tejas de mi fundo hechas para ti, creo que es compraventa y no arrendamiento; pues en tanto hay arrendamiento de una cosa en cuanto la materia con la cual se hace lo que se entrega sigue estando en la propiedad de la misma persona; pero en cuanto se modifica y se enajena, debe ser considerada más como compra que como arrendamiento.

La operación de *leasing* es definida en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio:

Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 3 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario.

Las conexiones del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* en las TIC, con los contratos romanos de *locatio conductio* y de *emptio venditio*, según que la materia subsistiera en el mismo estado o se alterase la cosa, han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 1996, que, a su vez, confirma la doctrina general:

La naturaleza jurídica no se configura como un negocio jurídico con intervención de tres partes, sino que se articula a través de dos contratos: compraventa y arrendamiento con opción a compra netamente diferenciados, aunque conexados y dependientes entre sí. La sociedad de leasing no responde del buen funcionamiento o idoneidad frente al arrendatario-usuario de los equipos y materiales informáticos, pero le compensa subrogándole en sus acciones como compradora, incluyendo la acción resolutoria.

2.5. CUSTOM SOFTWARE y locatio conductio operarum.

En la *locatio conductio operarum*, el conductor debía pagar una merces o compensación, que por lo general consistía en dinero, al *locator*, por la realización de unos trabajos manuales, debiendo recibir el salario por todo el tiempo, aunque por causas que no le fueran imputables no prestase los servicios. En este sentido se pronuncia D.19,2,38,pr. *Paul. reg.*:

El que dio en arriendo sus servicios debe recibir el salario de todo el tiempo, si no dependió de él el no poder realizarlos.

En el contrato de *custom software*, que, al igual que el contrato consensual romano de *locatio conductio operarum*, implica unas obligaciones de actividad, el empresario, mediante contrato laboral, y a cambio de una remuneración o salario, requiere la producción de un programa [hecho a medida] de ordenador, durante un tiempo, también llamado *software* de encargo.

La protección jurídica de los programas de ordenador se encuentra recogida en la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, la cual, en su artículo 97.4, establece que:

Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado corresponderá, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.

La jurisprudencia romana clásica entendió que el derecho a percibir y adquirir los frutos para sí los tiene el propietario o el arrendatario [con permiso del propietario]. Así D.33,2,42, *Iav. 5 ex post Lab.*

En el contrato de *custom software*, los derechos los tienen también el empresario o el arrendatario, según se recoge en la citada Ley de Propiedad Intelectual, artículo 110:

Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública previstos en este Título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.

Las conexiones entre el contrato romano de *locatio conductio operarum* y el contrato de *custom software*, a través del contrato de arrendamiento de servicios previsto en nuestro Código Civil, han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1988, cuando establece que la prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad asimilable al contrato de arrendamiento de servicios.

2.6. *OUTSOURCING* y *locatio conductio operis*.

En el contrato romano de *locatio conductio operis*, el *locator* entrega una cosa al conductor con el encargo de hacer una obra. Un caso fre-

cuenta era facilitar oro a los cinceladores para que éstos hicieran un trabajo concreto: cálices. La *locatio conductio operis* versaba sobre la ejecución remunerada del trabajo y conllevaba unas obligaciones de resultado. Así se expresa en D.19,2,36, *Flor. 7 Inst.*:

La obra que se contrató en arriendo por un precio total hasta que se apruebe está a riesgo del arrendatario; pero lo que ha sido tomado en arriendo para ser entregado por pies o medidas estará a riesgo del arrendatario en tanto no se mida, y en uno y otro caso el daño será del arrendador, si hubiera dependido de él el que la obra no se apruebe o se mida. No obstante, si la obra se arruinase por fuerza mayor antes de ser aprobada estará a riesgo del arrendador, salvo que se hubiese establecido otra cosa; pues no se debe responder al arrendador en más de aquello que con su cuidado y esfuerzo habría conseguido.

En el contrato de *outsourcing*, que al igual que el contrato consensual romano de *locatio conductio operis* implica unas obligaciones de resultado, el cliente arrendador –propietario o persona autorizada entrega una información para que ésta sea procesada, tratada o modificada– encarga a la compañía de *outsourcing* arrendataria la gestión de sus aplicaciones informáticas o de parte de ellas, dentro de la estrategia del sistema de información elegido.

Acerca del contrato de *outsourcing* se han puesto de manifiesto las ventajas de la subcontratación de facilidades, *facilities management*, tales como disminución de los costes, personal con experiencia en las tecnologías más actualizadas y aumento de la calidad de explotación informática. No obstante, también se han observado inconvenientes, como ahorro muy inferior al previsto, pérdida de conocimientos y experiencia dentro de la organización (Memoria del Consejo Superior de Informática, del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 1993, p. 231).

Las conexiones entre el contrato romano de *locatio conductio operis* y el contrato de *outsourcing* en las TIC han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 1988, cuando establece que la prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de resultado, dentro del concepto genérico del arrendamiento de obra.

2.7. El contrato entre el creador y el distribuidor de una base de datos y la *societas unius rei*.

Dentro de la sociedad contractual romana encontramos la *societas unius rei* o *alicuius negotiationis*, sociedad particular en la que cada socio apor-

taba determinados bienes para integrar el patrimonio social, y la responsabilidad de los socios se limitaba a su aportación de bienes al patrimonio social que respondería de las deudas. En este sentido, D.17,2,5,1, *Ulp.31 ad ed.*:

Pero puede contraerse la sociedad y vale también entre personas que no tienen medios iguales, porque suele el más pobre suplir con sus servicios lo que falta en la comparación de su patrimonio. No se contrae válidamente la sociedad a causa de donación.

En las TIC, las relaciones contractuales surgidas entre el creador, distribuidor y usuario de una base de datos, pueden ser, en términos generales, múltiples; pensemos en la relación contractual entre el creador y usuario, donde no exista un distribuidor, o pensemos en el supuesto que el creador y el distribuidor sea el mismo, y donde sólo existirá una relación contractual, la del distribuidor y usuario. No obstante esta multiplicidad, en las TIC encontramos este contrato de sociedad particular en el contrato entre un productor de señales de información y un experto que aporte su trabajo o dinero, o bienes o industria para dividir ganancias.

La *societas unius rei* tenía por objeto un negocio o una operación única, como el cultivo de una finca o la compraventa de esclavos, y la aportación de los socios consiste en la puesta en común del uso de ciertos bienes, o en realizar algún trabajo en provecho común. En la *societas aliquis negotii*, el objeto podía ser la confección de vestidos, la construcción de monumentos funerarios, la reparación de un canal común, la construcción de un muro común, o la compra de bienes. En este sentido se expresan, entre otros, D.17,2,29,1, *Ulp.30 ad Sab.*:

Refiere Aristón que Casio respondió que no puede contraerse una sociedad en la que uno obtenga el lucro y otro el perjuicio, y que esta sociedad suele llamarse leonina; también nosotros estamos de acuerdo en que es nula la sociedad en que uno obtiene una ganancia y otro ningún lucro, sino el perjuicio; pues es del género más injusto aquella sociedad en la que corresponde a algún socio el perjuicio y no la ganancia.

En el texto, SABINO opina que, en ocasiones, el valor del trabajo que desarrolla un socio dentro de la *societas*, por tratarse de una actividad peligrosa que desempeñó él solo o por su calidad, esta actividad es, a veces, más considerable que el capital aportado por el socio capitalista.

Por otra parte, las relaciones contractuales que pueden surgir entre el creador y el distribuidor de una base de datos son múltiples, y con enfoques muy diferentes, como contrato de arrendamiento de servicios, como contrato de arrendamiento de obra, o como contrato atípico. Y si los de-

rechos patrimoniales corresponden a quien haya encargado la obra, también es cierto que no hay razón alguna que impida que la partes pacten otra cosa; por ejemplo, dividir ganancias.

Las conexiones entre el contrato romano *societas unius rei* y las relaciones contractuales entre el creador y el distribuidor de una base de datos –donde la obligación principal del creador es la fijación del contenido de la base de datos y el compromiso de su mantenimiento y actualización, y que la obligación principal del distribuidor es la de pagar el precio pactado– son evidentes; en el supuesto que ambos acuerden dividir ganancias, estaremos, sin duda, ante el contrato romano *societas unius rei*.

3. De la *bona fides* romana a la buena fe como exigencia contractual en las TIC

La *bona fides*, concebida por los juristas romanos, es una de las categorías esenciales para la comprensión del ordenamiento jurídico romano, ya que representa la vigilancia de comportamiento conforme a la norma y, al igual que en las TIC, la buena fe llega a producir efectos de observancia del orden jurídico, con la misma fuerza que si de acuerdos bajo estrictos formalismos se tratara. Efectos jurídicos que, tal y como establece Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN (*Sistema Contractual Romano*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 118), pueden reclamarse mediante el ejercicio de una acción de buena fe.

Como es sabido, la *bona fides* romana exigía que se hiciera lo convenido, según se recoge en D.19,2,21. *Iav.11 epist.: Bona fides exigit ut quod convenit fiat*. Esta *bona fides* es la misma que preside el modelo de deberes y comportamientos en las TIC, que obliga a ambas partes contratantes a cooperar en la correcta ejecución de las obligaciones contractuales, donde el experto en las TIC tiene, para con el usuario profano, especialmente en la fase precontractual, un deber de diligencia –impuesto por la buena fe– que se traduce en un deber de información, consejo y asesoramiento sobre el objeto del contrato, tanto en los aspectos positivos como negativos de las nuevas tecnologías.

La *bona fides*, que se exigía en los contratos consensuales y de buena fe romanos, requería suma equidad, entre las partes contratantes, según se recoge en D.16,3,31, *Trif. 3 disput.:*

La buena fe que se exige en los contratos requiere la máxima equidad. Pero, ¿la estimamos según el mero derecho de gentes o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios?

En las TIC, la buena fe también exige equidad, según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia; así la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de enero de 1982, cuando establece que:

Si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar.

En nuestra opinión, el órgano jurisdiccional tiene, hoy en día, potestades suficientes para dotar de contenido positivo y normativo a la buena fe que afecta a las partes durante la formación del contrato sobre bienes informáticos, especialmente en los contratos informáticos sobre prestación de servicios para desarrollar e instalar *software* de aplicación, que suponen implícita la confianza del comprador respecto del suministrador de dichos servicios.

4. La presencia de los testigos como forma *ab probationem* en el sistema contractual romano y en las TIC

La jurisprudencia clásica romana justificó el uso de los testigos con cierta frecuencia, y su principal exigencia era que éstos inspirasen confianza, para lo cual debía darse –en los testigos– la buena fe, pero también la diligencia y seriedad, no concediendo crédito a los testigos que vacilen en su testimonio ni a los que han sido condenados en un proceso que conlleva infamia. Se estableció así la prohibición de testificar a los infames, según puede verse en D.22,5,1,pr. *Arc. Char. de testib.* y en D.22.5,2. *Mod. 8 reg.*

En las TIC encontramos la misma exigencia de confianza, diligencia y seriedad, en la figura de los terceros de confianza, *Trusted Third Parties*, que constituyen los prestadores de servicios de certificación, los cuales deberán demostrar la fiabilidad necesaria para prestar servicios de certificación, garantizar la utilización de un servicio rápido y seguro de guía de usuarios y de un servicio de revocación seguro e inmediato, y comprobar debidamente, de conformidad con el Derecho nacional, la identidad o cualesquiera atributos específicos de la persona. (Anexo II a-d, de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.)

El *Edictum* prohibía que los condenados en juicios infamantes, por haber cometido delito o conducta escandalosa, se dirigieran al magistrado. Ciertas condenas producían efecto infamante, así las acciones penales

de Derecho civil suponían un dolo en el demandado, como la *sponsio in probrum*, que también suponían una falta a la confianza prestada como *pro socio, mandati*, así D.3,2,13,8, *Ulp. 6 ad ed*:

El crimen de estelionato irroga infamia al condenado, aunque no es juicio público.

La responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Certificación será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, cuando la garantía que, en su caso, hubieran constituido los prestadores de servicios de certificación no sea suficiente para satisfacer la indemnización debida, responderán de la deuda, con todos sus bienes presentes y futuros (art. 14.3 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica).

En suma, la jurisprudencia romana clásica exigía a los testigos que inspirasen confianza, diligencia y seriedad, y las TIC demandan a los terceros de confianza, *Trusted Third Parties*, los mismos requisitos de fiabilidad, rapidez y conformidad con el Derecho.

5. Acerca de la necesidad de incorporar a la normativa de las TIC un lenguaje inspirado en la terminología romana

El término “privacidad” era citado hasta diez veces en la exposición de motivos de una de las principales normas de las TIC, la Ley Orgánica 5/1992, de 20 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, más conocida por la LORTAD. La peculiaridad residía en que este término no existe en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*.

No obstante, y a pesar de la importancia del ejemplo gráfico citado, la principal cuestión radica en determinar si el secular lenguaje jurídico que venimos utilizando desde el siglo XI, fruto de la labor de los glosadores, con conceptos tales como compraventa, contrato, locación, mandato, novación, obligación, posesión, o sociedad, procedentes del legado jurídico romano y utilizado por los juristas desde su creación, precisa o no de una adaptación a las nuevas exigencias de las TIC.

La comunicación, en las TIC, se caracteriza por la convivencia de tres lenguajes diferentes, que son el jurídico, el informático y el natural; a su vez, la principal dificultad radica en que, en las TIC, estos tres lenguajes están interconectados.

5.1. El lenguaje jurídico.

Sin duda, el lenguaje jurídico aplicado en las TIC, derivado de su legislación específica, de la jurisprudencia y de la doctrina que lo ha ido conformando, no resulta de fácil comprensión para las partes intervinientes en un contrato de esta naturaleza. Obviamente, se produce un desconocimiento conceptual, principalmente, por el usuario, que suele originar un cierto desequilibrio contractual por las barreras lingüísticas que se producen entre quien es experto en la materia objeto de contrato y quien es profano en la misma.

Este desconocimiento tiene su origen en la contratación realizada por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, y es consecuencia de la utilización generalizada de las TIC.

En este orden de cosas es necesario distinguir entre la denominada contratación informática, aquella cuyo objeto es la contratación de bienes y/o servicios informáticos; y la denominada contratación electrónica, aquella cuya contratación se realiza por medios electrónicos informáticos o telemáticos, independientemente que su objeto pueda ser o no informático.

La distinción es importante, porque la contratación informática nos conduce al análisis de los diferentes tipos de relación y contratos surgidos por el cambio de bienes y servicios informáticos, mientras que la contratación electrónica comprende el estudio de las consecuencias jurídicas causadas por las nuevas prácticas empresariales.

5.2. El lenguaje informático.

Es evidente que la terminología informática, como delimitadora de características técnicas, resulta, en parte, desconocida para los usuarios, que, por otra parte, tienen que ponerse al día continuamente ante el aumento de términos extranjeros, principalmente en lengua inglesa, cuyas abreviaturas e imprecisiones informáticas son mayores que las existentes en el lenguaje jurídico puro del Derecho: el latín. Ello produce, sin duda, un lenguaje algo complicado para los no expertos.

Para verificar las dimensiones acerca de este particular, basta pensar en la siguiente voz:

Hacker, con el cual designamos a la persona que busca agujeros, malas configuraciones, o errores, en un lenguaje de programación o sistema operativo para penetrar en él.

Si éste –el *hacker*– intenta violar el acceso al sistema con *passwords*, con la finalidad de hurtar, modificar o destruir la información, ya no será un *hacker* malvado, sino un *cracker*.

Pero si éste –el *hacker*– no tiene dominio sobre el particular, es decir, es un aprendiz, ya no será un *hacker* principiante, sino un *wannabe*.

Igualmente, si éste –el *hacker*– no se somete a las reglas y se vanagloria de sus actuaciones, entonces ya no será un *hacker* rebelde, sino un *lamer*.

También, si éste –el *hacker*– es famoso por sus “hazañas”, entonces no será un *hacker* conocido, sino un *phone phreaker*.

5.3. El lenguaje natural.

Por otra parte, al desconocimiento de los usuarios de las terminologías jurídica e informática, hemos de añadir el de su propio lenguaje natural, normalmente confuso y equívoco, y el aumento incesante de nuevos términos jurídico-informáticos.

Sin duda, el jurista español está siendo invadido por el anglicismo (de hecho, como vemos, la lengua española está siendo invadida, vía Internet, por la lengua inglesa). Los jóvenes de buena familia completan su formación, con un mayor conocimiento del inglés, en EEUU o en el Reino Unido. De igual manera que el jurista romano fue invadido por el helenismo, y los jóvenes de familia pudiente completaban su formación en Grecia, ya que no era posible una buena educación si no se sabía griego. Esto demuestra que es muy difícil encontrar supuestos nuevos, carentes de precedentes en nuestro pasado romano.

En este orden de cosas, no podemos dejar de señalar dos hechos que nos parecen significativos:

En primer lugar, numerosos términos anglosajones tienen su origen en el latín, como *curriculum*, *inter*, *iunior*, o *versus*.

En segundo término, la lengua española es, con mucho, la de mayor crecimiento en la red.

Estos hechos confirman que la lengua inglesa está llamada a convivir con la lengua española, y que el latín tendrá su propio espacio entre ambas, como demuestra el hecho que la Universidad Complutense de Madrid haya incluido sus ficheros, con más de 22.000 inscripciones latinas, en la red <http://www.ucm.es/info/archipiepi/>.

En definitiva, entendemos que el modelo jurídico continúa siendo válido, aunque su lenguaje necesita ser adaptado a la nueva realidad que se ha originado con la irrupción de las TIC. Así, con un lenguaje adecuado, el suministrador, una vez evaluadas las necesidades reales del usuario, puede y debe proporcionar a éste productos adecuados y suficientes, máxime cuando las obligaciones del suministrador para con el usuario deben interpretarse conforme al principio de buena fe.

6. Coincidencias y divergencias entre el concepto de documento en el mundo romano y en la contratación en las TIC

La materia documental por excelencia ha sido tradicionalmente el papel, pero no siempre ha sido así. Los romanos admitieron, como veremos, otros soportes, de igual forma que las TIC admiten, hoy en día, un documento sin papel, un documento sobre soporte informático, al que, obviamente, le son aplicables las categorías generales del documento.

6.1. El soporte documental.

La jurisprudencia romana, además del papel, también admitió el cuero, la madera, el pergamino, la piedra o cualquier otra materia, como soporte documental del Derecho público o privado. En este sentido, si bien referido al testamento, se pronuncia D.37,11,1, *Ulp.39 ad ed.*

También observamos este tipo de flexibilidad, acerca del soporte documental, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 1991:

El concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel, reflejo que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo o cinematográfica, un disco, o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito; una inspiración ampliatoria late en el artículo 560 del Código Penal de 1973, al aludir diferenciadamente a "papeles o documentos". En el propio campo de la Administración pública se extiende el uso de nuevas técnicas en la llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios, con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora.

Podemos afirmar que, al igual que la jurisprudencia romana, la doctrina jurisprudencial reciente también ha interpretado el documento en un sentido amplio, y no limitado al papel, admitiendo los soportes o disquetes como documentos, de forma que podemos afirmar que el documento electrónico es una realidad en nuestro ordenamiento, *sub conditione*, sin embargo de acreditar su autenticidad.

6.2. El sellado.

En el mismo sentido que la sentencia anterior, pero abordando uno de los asuntos más complicados y discutidos de las TIC, la firma, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 1997:

Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ya, en exclusiva, con el papel como soporte, ni con la escritura como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen una nueva reforma de entender la materialidad de los títulos-valores y, en especial, de los documentos mercantiles.

Por otra parte, como hemos dicho, la cuestión más compleja y debatida en el documento en las TIC, frente al documento papel, ha sido que el primero no podía ser firmado. En este sentido, resulta aclaratoria la citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 1997:

Pero la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que constituyen, sin ser firma autógrafa, trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así las claves, los códigos, los signos y, en algunos casos, los sellos con firmas en el sentido indicado. Por otra parte, la firma es un elemento muy importante del documento, pero a veces no esencial, en cuanto existen documentos sin firma que tienen valor probatorio, como son los asientos, registros, papeles domésticos y libros de los comerciantes. En consecuencia, aunque al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, éstos –en especial el documento electrónico con función de giro mercantil– son firmables, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido.

En este orden de cosas conviene recordar que la jurisprudencia romana clásica consideró que el sello por sí solo no era suficiente; así, para el testamento exigía al testigo escribir su propio nombre, *nomen suum*, de su propia mano, *manu firmatu*, y de quién es el testamento que sellaba. Así en D.28,1,22,4, *Ulp. 39 ad ed.* y D.28,1,30, *Paul. 3 Sententiarum*.

6.3. La firma electrónica.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, en vigor desde el 20 de mayo de 2004, establece importantes novedades: creación del Documento Nacional de Identidad electrónico (DNI-e), posibilidad de firma electrónica también para las personas jurídicas, supresión del registro de los prestadores de servicios de certificación e introducción del término firma electrónica reconocida, es decir, no es suficiente con la firma electrónica avanzada para la equiparación con la manuscrita, es necesario ade-

más que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido creada por un dispositivo seguro.

Por otro lado, los prestadores de servicios de certificación han de ofrecer una garantía económica de tres millones de euros; además en la expedición de certificados reconocidos, que admitan relaciones de representación, deberá ampararse en un documento público que acredite fehacientemente la relación de representación.

A nuestro juicio, la firma electrónica no es una firma (la firma exige un actuación personal), es un sello (el sello no requiere una intervención personal), y hubiera sido más adecuada la denominación de “criptosistema de clave asimétrica”. En este orden de cosas, parece más acertada la definición de la Ley alemana, artículo 1:

Una firma digital, en el contexto de esta ley, es un sello de datos digitales creado con una llave privada, que permite determinar el propietario de la firma y la ausencia de adulteración de los datos a través de la llave pública asociadas a la anterior y determinada en un certificado.

Con todo, la novedad de mayor alcance es que en la propia Ley se reconoce que **la firma electrónica, a diferencia de la manuscrita, es susceptible de integrarse en un procedimiento automatizado, sin intervención directa de una persona física.** Así, es posible afirmar que no existe la pretendida equivalencia jurídica entre la firma electrónica y la firma manuscrita que establece el artículo 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, en los documentos –públicos o privados– con declaraciones de voluntad. Sin embargo, esto no debe entenderse así en el comercio electrónico, porque, como es sabido, el comercio tradicional ha utilizado hojas de pedido, albaranes y, en general, documentos de carácter probatorio, como el actual documento informático.

7. A modo de conclusión

Tal y como hemos comprobado, resulta difícil encontrar aspectos novedosos, incluso en las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El denominado contrato electrónico, el contrato de *leasing* informático, el contrato de *custom software* o el contrato de *outsourcing*, no carecen, según ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia, de precedentes en nuestro pasado romano.

Las garantías ofrecidas en materia de identificación, integridad, autenticidad y certificación, contribuyen a que su fiabilidad sea casi absoluta. Los organismos especializados entienden que podría llevar millones de años la posibilidad de copia, y se incorpora como elemento añadido la

función de sellado de tiempo, *time stamping*, para garantizar la fecha y la hora de las comunicaciones.

No obstante, a mi juicio, estas garantías no permiten confirmar, en todos los casos, que es el titular de la firma electrónica quien utilizó la clave privada, ya que podría ser un familiar, o empleado o persona de su confianza, quien utiliza su clave privada y hasta su propio terminal, o bien tratarse de un caso de extravío o de hurto de ésta, por un tercero.

En este sentido, el titular de la clave privada podría ser, en ciertos casos, responsable por uso negligente, y ello implicaría una responsabilidad, debiendo indemnizar por daños y perjuicios, pero esto no supone necesariamente un vínculo contractual, tal y como sostiene Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS ("El documento negocial informático", RAJL, núm. 28, pp. 455 y ss., y "La firma electrónica", RAJL, núm. 30, pp. 338 y ss.), de igual modo que la matrícula de un automóvil permite identificar al titular del mismo, pero no al conductor.

En suma, y con esto concluyo, no se puede afirmar que la firma electrónica genere, en todos los supuestos, obligaciones contractuales, porque de ser así, en ciertos casos, tendríamos que fundar la teoría del contrato en la responsabilidad civil y no en la declaración de voluntad.

LA DESHEREDACIÓN Y LA EXCLUSIÓN

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** LAS JUSTAS CAUSAS PARA DESHEREDAR A HIJOS Y DESCENDIENTES. **1.** Diferencia con la indignidad para suceder. **2.** El artículo 853 del Código Civil. **3.** El adulterio con el cónyuge del testador. **4.** Recordando casos reales. **II.** EN SEDE DE DESHEREDACIÓN PARCIAL. **III.** LA DESHEREDACIÓN CON PERDÓN CONDICIONADO AL CAMBIO DE CONDUCTA. **IV.** LO QUE NO ES DESHEREDACIÓN. **1.** La exclusión en la herencia. **2.** La exclusión del cónyuge en la sucesión intestada. **3.** Exclusión. Desheredación y nada de lo anterior. **4.** Desheredación del legitimario y exclusión del desheredado en la sucesión *ab intestato*. **V.** RECORDANDO A VERDI. EL ERROR EN LA DESHEREDACIÓN. A MODO DE CONCLUSIONES.

Introducción

La privación del derecho a la legítima hecha en el testamento (art. 813) por una causa legal, expresa y cierta (arts. 848, 849 y 850), exige del jurista –decía en 1993– el consejo orientador al testador acerca de si su caso está o no incluido y si debe o no desheredar ante las circunstancias del supuesto real concreto que el interesado expone (*Derecho de la Familia*, p. 261, E. Trivium).

El paso de los años, las reformas legales, la supresión en algunos ordenamientos europeos (en Francia e Italia, por ejemplo) de la dualidad indignidad-desheredación (absorbida ésta por aquélla), la entidad propia de la figura de la exclusión y la aparición de monografías de interés sobre estas instituciones, así: de MENA-BERNAL y de PÉREZ DE VARGAS sobre la indignidad; de JORDANO FRAGA acerca de la desheredación; de CÁMARA LAPUENTE sobre la exclusión testamentaria de los herederos legales... amplían el horizonte de estudio para que se ponderen las circunstancias a considerar “cuando el Notario asesora a quien reclama su ministerio y aconseja los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que...” (art. 1 Reglamento Notarial).

I. Las justas causas para desheredar a los hijos y descendientes (art. 853)

El padre o ascendiente necesitado de los alimentos (art. 142), si el obligado por la Ley a darlos es hijo o descendiente, y sin motivo legítimo se niega, puede ser desheredado justamente, privado del derecho a la legítima. Y lo mismo si le ha maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. Porque: si atenta éste contra la vida del padre o ascendiente, de su cónyuge, descendientes o ascendientes; le acusa de delito... y la acusación es declarada calumniosa; le obliga a hacer testamento o a cambiarlo con amenaza, fraude o violencia; o con iguales medios le impide hacer testamento o revocar el que ya hizo, o suplanta, oculta o altera otro posterior, estamos ante causas de indignidad sucesoria, que “incapacitan” para suceder –por Ley– (art. 756), y que a su vez ésta considera con entidad suficiente para que el testador prive al heredero forzoso de su legítima si ha incurrido en alguna de aquellas causas (art. 856, párrafo primero, en relación con las causas del art. 756, núms. 2.º, 3.º, 5.º y 6.º).

1. Una cosa es la falta social y otra la falta familiar. Así expresó MUCIUS SCAEVOLA la razón de ser –hoy rebatida– entre la indignidad y la desheredación: cuando la falta es social la ley interviene por sí misma;

LA DESHEREDACIÓN Y LA EXCLUSIÓN

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** LAS JUSTAS CAUSAS PARA DESHEREDAR A HIJOS Y DESCENDIENTES. **1.** Diferencia con la indignidad para suceder. **2.** El artículo 853 del Código Civil. **3.** El adulterio con el cónyuge del testador. **4.** Recordando casos reales. **II.** EN SEDE DE DESHEREDACIÓN PARCIAL. **III.** LA DESHEREDACIÓN CON PERDÓN CONDICIONADO AL CAMBIO DE CONDUCTA. **IV.** LO QUE NO ES DESHEREDACIÓN. **1.** La exclusión en la herencia. **2.** La exclusión del cónyuge en la sucesión intestada. **3.** Exclusión. Desheredación y nada de lo anterior. **4.** Desheredación del legitimario y exclusión del desheredado en la sucesión *ab intestato*. **V.** RECORDANDO A VERDI. EL ERROR EN LA DESHEREDACIÓN. A MODO DE CONCLUSIONES.

Introducción

La privación del derecho a la legítima hecha en el testamento (art. 813) por una causa legal, expresa y cierta (arts. 848, 849 y 850), exige del jurista –decía en 1993– el consejo orientador al testador acerca de si su caso está o no incluido y si debe o no desheredar ante las circunstancias del supuesto real concreto que el interesado expone (*Derecho de la Familia*, p. 261, E. Trivium).

El paso de los años, las reformas legales, la supresión en algunos ordenamientos europeos (en Francia e Italia, por ejemplo) de la dualidad indignidad-desheredación (absorbida ésta por aquélla), la entidad propia de la figura de la exclusión y la aparición de monografías de interés sobre estas instituciones, así: de MENA-BERNAL y de PÉREZ DE VARGAS sobre la indignidad; de JORDANO FRAGA acerca de la desheredación; de CÁMARA LAPUENTE sobre la exclusión testamentaria de los herederos legales... amplían el horizonte de estudio para que se ponderen las circunstancias a considerar “cuando el Notario asesora a quien reclama su ministerio y aconseja los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que...” (art. 1 Reglamento Notarial).

I. Las justas causas para desheredar a los hijos y descendientes (art. 853)

El padre o ascendiente necesitado de los alimentos (art. 142), si el obligado por la Ley a darlos es hijo o descendiente, y sin motivo legítimo se niega, puede ser desheredado justamente, privado del derecho a la legítima. Y lo mismo si le ha maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. Porque: si atenta éste contra la vida del padre o ascendiente, de su cónyuge, descendientes o ascendientes; le acusa de delito... y la acusación es declarada calumniosa; le obliga a hacer testamento o a cambiarlo con amenaza, fraude o violencia; o con iguales medios le impide hacer testamento o revocar el que ya hizo, o suplanta, oculta o altera otro posterior, estamos ante causas de indignidad sucesoria, que “incapacitan” para suceder –por Ley– (art. 756), y que a su vez ésta considera con entidad suficiente para que el testador prive al heredero forzoso de su legítima si ha incurrido en alguna de aquellas causas (art. 856, párrafo primero, en relación con las causas del art. 756, núms. 2.º, 3.º, 5.º y 6.º).

1. Una cosa es la falta social y otra la falta familiar. Así expresó MUCIUS SCAEVOLA la razón de ser –hoy rebatida– entre la indignidad y la desheredación: cuando la falta es social la ley interviene por sí misma;

cuando lo más hondamente afectado es el orden de la familia, la ley deja que el ofendido mida y aprecie y castigue, en su caso, la falta cometida.

2. El heredero forzoso obligado a alimentar a su padre –de los alimentos necesitado–, se los niega sin razón legítima. Le maltrata de obra o gravemente le injuria de palabra. ¿No hay más causas justas hoy además de las de indignidad ya explicadas?: no hay más que las expuestas, tal como está redactado el actual artículo 853 (conforme a la Ley 15-X-1990).

3. ¿Haber cometido adulterio con el cónyuge del testador? Esta causa, hoy desaparecida, se plasmó en el artículo 852 por la Ley 26-V-78.

Puede y debe decirse algo sobre lo anterior: cabe desheredar al cónyuge en base al artículo 855,1.º (“guardarse fidelidad”, art. 68; en este sentido FERRANDIS VILELLA). ¿Y si el hijo o descendiente legítimo yace con el cónyuge del testador?; piénsese en que el padre contrae nuevas nupcias y su cónyuge yace con el hijo de aquél. ALBALADEJO, con fina intuición y sin ponerse innecesariamente serio (como GONZÁLEZ PALOMINO aconsejaba) dice rotundo: si en base al 853,2.º cabe desheredar por injuria grave de palabra y el Tribunal Supremo (16-VII-1990) ha considerado que llamar al padre *cabrón* implica injuria grave (los hijos deben respetar *siempre* a sus padres; art. 155), *hacerle* cabrón con el adulterio es desde luego más grave que decírselo de palabra (elementos de interpretación lógica de la norma y de la realidad social; art. 3).

4. Un buen notario, ROVIRA MOLA, decía al tratar de la desheredación del descendiente: el padre ejerce funciones de juez cuando premia y castiga, por medio de las mejoras y de la desheredación, dentro del régimen de las legítimas. Y es que la herencia cristiana –el cuarto mandamiento del Decálogo– constituye la esencia de la norma jurídica.

Me recuerda el símil algún supuesto de mi vida profesional: “hasta aquí hemos llegado; no recibirá un duro mío; me tiene hartos con sus insultos, amenazas, ...”.

Cuando esto se expone y es fruto con frecuencia de la convivencia diaria –no siempre pacífica, ciertamente– la función de asesoramiento debe ser la de aquietar el ánimo, apaciguar, sosegar...

Profesionalmente recuerdo alguno de estos casos y en uno concreto se me decía tiempo después: qué razón tenía cuando me aconsejó calma; ahora las cosas han cambiado; “hemos firmado la paz”. Y es que si el padre ejerce funciones de juez, que lo haga con temple y mesura, reposada y sosegadamente.

II. En sede de desheredación parcial

Recientemente JORDANO FRAGA –retomando ideas expuestas por VALLET, LACRUZ, ...– admite la desheredación en parte: de un lado desmontando el argumento clásico contrario de la vinculación necesaria del pago de la legítima al título o cualidad de heredero, no vigente ya en el Código Civil (art. 815); de otro, debido a que al tratarse –como la indignidad sucesoria– de sanciones civiles privadas, de la voluntad del desheredante dependen y éste gradúa las consecuencias sancionatorias de la ofensa (como el juez pondera las circunstancias atenuantes...).

Otra cosa es, no la más importante, pero sí de conveniente precisión formal y por el profesional de obligado consejo, la del medio empleado y en el testamento plasmado: “desheredo en... la mitad; lego la... mitad de la legítima”. No son expresiones correctas. El legado o la atribución modal, máxime si la finalidad se plasma claramente: “le desheredo por...; ahora bien, necesita de mí, no puedo dejarle sin nada...”, constituye la causa determinante e impulsora de esta disposición testamentaria. Disposición *extra* legítima, ya que no hay perdón –en estos supuestos al menos–; de ahí que la imputación deba hacerse en la parte libre de la herencia exclusivamente (art. 819).

III. ¿Cabe la desheredación con perdón condicionado al cambio de comportamiento?

Aunque las hipótesis a plantear pueden ser variadas, importa detenerse en supuestos como aquel en que la esperanza del desheredante no se pierde respecto a que la conducta del desheredado mejore. Ahora bien, ¿cómo puede probarse con certidumbre que el cambio ha tenido lugar si es después de fallecido el desheredante? Es cuestión que tiene que dejarse expuesta ante la posición de la doctrina actual acerca de la posible eficacia de la desheredación condicional.

Es claro que causas de desheredación tales como la de no alimentar, los malos tratos o las injurias graves... dejan de existir *intuitu personae* con el fallecimiento del ofendido, pero otras causas que pueden prolongarse *post mortem* requerirán la comprobación de que han desaparecido, si a la desaparición se condiciona el perdón del desheredante: ¿cabe acudir a un albacea *ad hoc*? Quede planteado al menos el interrogante, que para mí se contesta desde luego afirmativamente si se trata del cónyuge fiduciario *ex* artículo 831 (figura alejada del simple y puro albacea testamentario). En Aragón se prevé la desheredación por el fiduciario en el acto de ejecución de la fiducia (art. 194).

IV. Supuestos en que no cabe hablar de desheredación en puridad, aunque... pueda parecer lo contrario

No es infrecuente escuchar e incluso solicitar opinión al jurista por quien comienza diciendo: "... me ha desheredado", cuando en realidad lo acaecido es que no ha recibido lo que quería, o no en la cuantía esperada o deseada o..., pero en ningún caso existe desheredación legitimaria; otra cosa es, desde luego, que el medio por el testador elegido para satisfacer la legítima haya infringido su intangibilidad *cualitativa*. Pero aquí y ahora me centro en algunos supuestos que la realidad demuestra merecen atención.

1. La exclusión en la herencia.

"Nunca debe heredarme; en ningún caso debe ser heredero mío, ni recibir nada...; el Estado (o la Comunidad Autónoma de...) jamás deben heredarme...". La práctica notarial conoce desde siempre este tipo de supuestos, aderezados con explicaciones causalizadoras (malos tratos, engaños, vejaciones, desengaños, infidelidades, agravios, desamparo material, afectivo, rechazo político...) y de ello han dejado constancia —con la reserva, discreción y secreto que caracterizan la función notarial— estudios como el de MOLINA RAVELLO, o el de FAUS ESTEVE y CONDOMINES VALLS...; e incluso el mismo programa de oposiciones a notarías incluía un epígrafe relativo a la "desheredación en la sucesión intestada".

La exclusión total en la sucesión intestada del posible-posibles herederos abintestato (no sólo, por tanto, legitimarios o herederos forzosos del causante) es tema *estrella* a considerar. Digamos algo al respecto.

No es nueva la controversia acerca de la eficacia del testamento de contenido negativo: la única disposición relativa a disposición de bienes *mortis causa* es la de que no reciba su herencia... Notarialmente no es aconsejable y dudo de su existencia en los protocolos. Pero otra cosa es el testamento en el que hay institución de heredero-legados y también existe la cláusula de exclusión.

Modo en ocasiones de que no se produzca el *testamento de odio* (BIGLIAZZI GERI), la prudencia del profesional del Derecho produce la consecuencia de: "en ningún caso quiere que sea heredero... o reciba bienes de la herencia del testador...". Pero puede ser conveniente detenerse en algún supuesto concreto por sus características y perfil real.

2. La desheredación o más precisamente la exclusión del cónyuge en la sucesión intestada.

Si no puede ser heredero abintestato el cónyuge sobreviviente separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (arts. 994 y 995), cabe plantear la exclusión en el testamento del cónyuge cuando no se den estos requisitos.

Ciertamente, no es infrecuente la manifestación de que “mi ex... no reciba nada”, cuando en realidad ante cónyuge se está pues el estado civil no se ha alterado al no existir divorcio ni nulidad de matrimonio. La separación de hecho sin mutuo acuerdo, la que puede existir con acuerdo pero que no consta fehacientemente o la separación judicial sin sentencia firme, son situaciones, por de pronto, que justifican la exclusión en el testamento del cónyuge separado, para su aplicación caso de apertura –por la causa que fuere– de la sucesión intestada.

3. La necesaria separación entre lo que supone excluir al hijo o descendiente y su mención testamentaria con remisión a donaciones computables (a los efectos del art. 818).

No estamos ante la mera omisión dispositiva después de mencionar la existencia del hijo (así: tengo cinco hijos: 1, 2, 3, 4 y 5. Instituyo herederos a mis hijos 1, 2, 3 y 4). Se trata de “a mi hijo A nada le dejo pues ya recibió más de lo que le corresponde por legítima”. Expresión vulgar, de tosca redacción pero expresiva en su finalidad, que ha dado lugar a resultados negativos: debido a que “no resultó probado en los autos que la legítima de don Teodoro estaba cubierta por esa vía”, el “nada lego a... por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima heredaría”, llevó al Tribunal Supremo a entender que al no tratarse de una desheredación válida, ni incurrir en indignidad, hay que respetar la legítima del hijo (no se llegó a abrir la sucesión intestada).

Jugaron en el supuesto (Sentencia de 20-II-81) términos como: desheredación tácita (considerandos), desheredación válida si realmente hubiese habido alguna entrega (el recurrente), preterición intencional (respecto a similar supuesto, Sentencia de 6-IV-98, con comentario de CÁMARA LA-PUENTE...), lo que demuestra la escasa fijeza y precisión de los conceptos al barajarlos en las fundamentaciones jurídicas, pero lo que me interesa destacar, fuera de la comprobación de si realmente hubo o no donaciones *inter vivos*, es que la imprecisión de la fórmula empleada (impropia de un testamento notarial) no debe confundir: las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima (art. 819 Código Civil).

4. Desheredación del legitimario y exclusión del desheredado en la sucesión intestada del desheredante.

Si por alguna circunstancia que da lugar a la apertura de la sucesión *ab intestato* resultara llamado por la Ley el desheredado, la voluntad del que desheredó es la de que nada reciba en su herencia. Ello tanto si la desheredación es justa, como injusta.

Ciertamente, con la desheredación –resume CÁMARA LAPUENTE el sentir actual de la doctrina y la jurisprudencia– el testador manifiesta –salvo que otra cosa del testamento se deduzca– la voluntad inequívoca de apartar a un allegado suyo de los derechos que la Ley le concede, la legítima (en la injusta, el perjuicio del art. 851 para el desheredado consiste en la legítima corta o estricta, con reducción de la institución de heredero). Para mí es incontestable esta afirmación por respetar la *voluntas testatoris* y me permito completarla con las siguientes apreciaciones: de un lado, la conveniente previsión de expresarlo en el testamento (la exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión, dice el art. 198.1 de la Ley de Sucesiones de Aragón). Con ello no se mezcla ni confunde la desheredación-privación de la legítima con causa y la exclusión voluntaria en la herencia por el testador; mezcla que ha achacado JORDANO FRAGA a LACRUZ al tratar de los dos supuestos; y de otro, la conveniente previsión –si así es la voluntad del testador– aunque se disponga a favor del desheredado de algún legado, atribución modal, o dispensa de colación de donaciones o atribuciones gratuitas realizadas por el disponente: “esto quiero que reciba y nada más”.

V. Recordando a VERDI. El error en las disposiciones testamentarias

Cuando el genial compositor, en “Un ballo in maschera”, presenta al secretario del rey de Suecia apuñalando al amante de su esposa, éste moribundo, afirma: Amelia no te ha sido infiel. Palabra de rey (“Di’ tu se fe-de-le”, en la voz de Andrea Bocelli).

Posiblemente si el argumento hubiera sido el de una novela de BALZAC, el torrencial francés (antiguo empleado de notaría), habría planteado el fallecimiento del vengativo marido con testamento desheredando a su esposa, “por infiel”.

¿Y si no era así en la realidad?: si la certeza de la causa de la desheredación, caso de ser contradicha, no se probare, se reduce la institución de heredero en cuanto al desheredado perjudica (art. 851 citado). Pero puede ser conveniente traer aquí a colación el problema del error propio

en las disposiciones testamentarias: de antiguo objeto de discusión doctrinal (ante el silencio del art. 673) y el argumento del *favor testamenti*, a mi entender en el escasamente conocido, empleado y estudiado artículo 767 está la respuesta, ahormada con la aplicación, con carácter supletorio, de las normas de los artículos 1.265 y 1.266: no habría desheredado de haber conocido la falsedad de la causa. De ser así, además, el resultado no debería ser en puridad el de la desheredación injusta *ex artículo 851*; habría de considerarse la desheredación como no escrita (acerca del criterio afirmativo del Código de Sucesiones de Cataluña, art. 126 respecto al error en las disposiciones testamentarias, ESPIAU ESPIAU).

A modo de conclusiones

1. Existe una corriente doctrinal actual que va calando en reformas legislativas recientes, contraria a la institución de la legítima.
2. La clásica argumentación justificativa de CÍMBALI (quien no la recuerde, que la relea y medite, pues al alcance de todos está) pienso que mantiene su vigencia hoy por hoy. Partiendo de esta premisa, la desheredación y la indignidad se entienden en su *ratio* y su aplicación, así como se distinguen ambas de la exclusión en la herencia.
3. Sin perjuicio de lo anterior, el o los “intereses más necesitados de protección” deben hacer que el legislador esté atento respecto a las personas con discapacidad (reforma legal de 2003), a la conservación de la empresa familiar (reformado art. 1.056 del Código Civil), pago de la porción hereditaria en metálico a los demás legitimarios (arts. 841 y ss.).
4. Ello supone atención a necesidades reales pero a la vez no hacer *tabla rasa* de la institución de la legítima. Por el contrario, se parte de la premisa de su existencia.
5. Hace ahora cuarenta años, recién estrenada mi práctica profesional y aconsejado por Fernando MONET, visité a otros ilustres notarios. La humildad, virtud de la grandeza y hombría de bien: de Ramón María ROCA SASTRE (en “La Pedrera”, y con alguna interrupción a causa de la ¿insulina? que le inyectaban, me ilustró sobre los principios hipotecarios en su adecuada aplicación práctica), de José GONZÁLEZ PALOMINO, de Ángel SANZ FERNÁNDEZ... dejaron en mí profunda huella.

PALOMINO –como coloquialmente le denominábamos los opositores–, desde su pequeña mesa de trabajo, impecable terno (lazo de *pajarita* in-

cluido) y verbo preciso, en un momento me espetó secamente: “si como dices, quieres seguir estudiando, sácale *la leche* a nuestros juristas del XIX”.

Y en ellos aprendí el porqué y para qué de instituciones que aquí he estudiado y en general de las legítimas (dentro de ellas la de los descendientes; la mejora –admiración de extranjeros [LACOSTE, ANNO ELFGEN]–, la delegación fiduciaria *ex* artículo 831 [Florencio GARCÍA GOYENA], y de otras que están por encima de las veleidades legislativas [OSSORIO Y GALLARDO ilustraba acerca de la indisolubilidad del matrimonio, porque es *la Familia*, decía en sus inolvidables “Cartas a una muchacha sobre temas de Derecho Civil”]) ... Después ya puede llover: hay que hacer de la verdad guía de conducta, como ellos enseñaron.

APLICACIÓN POR EL NOTARIO DE LA EQUIDAD

ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA EQUIDAD. **A)** Concepto y planteamiento general. VALLET DE GOYTISOLO. DE CASTRO. ARISTÓTELES. CASTÁN TOBEÑAS. **B)** Aplicación notarial de la equidad. PAU PEDRÓN. CASTÁN TOBEÑAS. RODRÍGUEZ ADRADOS. PINTÓ RUIZ. VALLET DE GOYTISOLO. Tomás OGAYAR. PAZ-ARES. TRIBUNAL SUPREMO. DGRN. **C)** Regulación de la equidad por nuestro Código Civil. *Artículo 3-2 del Código Civil. Supuestos en que la Ley se remite a la equidad. Supuestos en que no existe esa remisión expresa. Relación entre la analogía y la equidad.* **D)** Referencia a la equidad en el Derecho argentino. **E)** Referencia a la equidad en el Derecho uruguayo. **F)** Reflexiones sobre supuestos concretos de nuestro quehacer notarial. **a)** *Aplicación notarial de la equidad en el campo civil o mercantil: — Materia sucesoria y de representación legal. — Capacidad. — Cuestiones societarias.* **b)** *Aplicación notarial de la equidad en el campo negocial: — Depósitos notariales. — Cancelación condición resolutoria.* **c)** *Aplicación de la equidad en el campo del Derecho notarial: — Copias de poderes. — Unidad de acto y diligencia de adhesión. — Algunos aspectos de las actas notariales: fe de conocimiento, imparcialidad y asesoramiento del notario. — Prác-*

tica de la notificación o del requerimiento. — Actas relacionadas con las Administraciones Públicas y con las embajadas o consulados extranjeros en España.

I. Introducción

Al elegir el título para esta conferencia, lo hice ciertamente hostigado por las deducciones a las que se pretende llegar en algunos ensayos, al afirmar que los notarios al aplicar el Derecho no pueden hacer una ponderación de la equidad, por ser ésta una materia reservada exclusivamente a los jueces. Después de la elección tuve arrepentimiento del título elegido, por si tuviera ribetes de pretensiones, intentando emular a Juan VALLET cuando trata de “la metodología de la determinación del Derecho” y más concretamente de “la determinación notarial del Derecho” o de “la determinación negocial del Derecho” o su “configuración notarial”. Nada más lejos de mi intención, cualquiera que me conozca un poco sabe que nunca pretendería una inconmensurable. Mi propósito es mucho menor, se trata de pararme a reflexionar en voz alta entre compañeros qué hacemos o debemos hacer los notarios, en nuestro quehacer diario, en “la aplicación de las normas jurídicas”, tal y como reza el capítulo II del título preliminar del Código Civil, cuál es nuestra postura ante una de las fuentes del Derecho como la equidad.

Estas reflexiones tienen su origen en unas jornadas en la isla de La Palma en el año 2001, que están en imprenta desde hace más tiempo del debido. Con posterioridad las fui ampliando y tuve ocasión de contrastarlas con el Derecho argentino y con el uruguayo, en sendas conferencias pronunciadas en la Universidad Notarial Argentina, en la ciudad de Buenos Aires, y en la Asociación de Escribanos de Uruguay, en Montevideo. Por ello, a lo largo del trabajo iré haciendo comentarios a las legislaciones de ambos países, tan queridos por mí.

II. La equidad

A) Concepto y planteamiento general.

Comienza VALLET en *La metodología de la determinación del Derecho* (1) el estudio de la equidad diciéndonos que la equidad es todo lo contrario de una idea general; es más bien un catalizador dirigido a un resultado concreto que sea lo más acorde posible con la justicia, dirigida a la determinación más justa posible del caso.

La equidad, nos dirá CASTÁN TOBEÑAS (2): “Expresa el Derecho particularizado, concretado y adaptado a la vida, frente al Derecho formal, general y abstracto... es el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado también a los ideales jurídicos de una sociedad y, sobre todo, a los principios supremos del Derecho”. La equidad, por tanto, según esta concepción de CASTÁN, busca la concreción de la idea del Derecho.

Por su parte, DE CASTRO (3) nos dirá: “La equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores de justicia para decidir un caso para el que resulte inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal”. Por eso añadía algo muy importante para centrar la equidad: “Las teorías que caracterizan la equidad por alguna nota secundaria, como interpretación benévola, conformidad con la igualdad, consideración de las circunstancias o del caso concreto, poder correctorio del juez, etc., no pueden ser calificadas de falsas más que en el sentido de incompletas”.

ARISTÓTELES (4) fundamenta la equidad en que al expresarse la Ley en términos generales, no abarca todos los casos, por ello, cuando se acude a la equidad, en lugar de corregir la omisión del legislador, se está: “Conformando aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiese estado allí y habría hecho constar en la Ley si lo hubiera sabido. Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí por el error padecido por su carácter absoluto. Esta es también la causa de que no todo se regula por la Ley, porque sobre algunas cosas, es imposible establecer una Ley”.

(1) Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1439.

(2) “La idea de equidad y sus relaciones con otros conceptos morales y jurídicos afines”, en *RGLJ*, 1950, pp. 249 y ss.

(3) Parte General, t. I, p. 472.

(4) Citado por VALLET en loc. anterior, p. 1449.

El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y gran formador de juristas uruguayos, Eugenio Blas CAFARO, en la cuarta clase de su curso “Elementos para una metodología jurídica”, nos dice: “Para los romanos, la equidad está vinculada a la noción de Derecho natural en el sentido de que, por un lado, se hablaba de una equidad escrita –o sea, las normas como expresión de un criterio de equidad– pero, por otro lado, una equidad de carácter natural. El juez tenía la facultad de resolver el conflicto recurriendo precisamente a ese criterio de equidad natural, que desde el punto de vista conceptual está ligado a la noción de justicia, a la igualdad y, en definitiva, a lo que es concebido en esa época como el fin primordial del Derecho, o sea, la satisfacción de las concepciones sociales dominantes en ese momento. Entonces, el recurso a la equidad le daba en la solución de los conflictos una flexibilidad mayor con respecto a lo que es la mera aplicación de una norma que está escrita y fija”.

Las bases sobre las que se asienta la equidad, según CASTÁN (5), son las siguientes:

1.^a Es un criterio especial, con arreglo al cual ha de realizarse la valoración o juicio del Derecho positivo, la elaboración del mismo en sus variadas formas y fases (producción, aplicación, etc.).

2.^a Su especialidad radica en que se toman en consideración, más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica, la adaptación de ésta a las circunstancias de los casos concretos.

3.^a En algunos casos puede suponer una justicia benévola o benigna, pero su carácter general más bien es el de constituir una justicia flexible y humanitaria no rígida y formalista... que actúa en vista de las singularidades de cada relación y caso, tratando de darle solución, más que con sentido estrictamente legal, con sentido moral y humano.

Con base en lo anterior, CASTÁN daba la siguiente definición de la equidad: “Equidad es el criterio de determinación y valoración del Derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permite dar a los casos concretos de la vida, con sentido flexible y humano (no rígido y formalista), el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias”.

(5) “La idea de equidad...”, pp. 258 y ss.

B) Aplicación notarial de la equidad.

Decía en la “Introducción”, que al ocuparme en esta charla de la equidad, fui hostigado por algunas afirmaciones que se hacían en torno a la inaplicación por el notario de la equidad. Me estaba refiriendo a Antonio PAU PEDRÓN, en “Estructura y Fuentes del Derecho Civil Español” (6). En su página 130 afirma: “La equidad es un concepto que entra en juego en la aplicación del Derecho, o, más exactamente, en la administración del Derecho en caso de litigio –y tanto si esa administración la realiza un juez como si la realiza un árbitro–. No creo que exista margen para la equidad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, tanto si la ejerce un juez como si la ejerce un notario o un registrador. Que el Código Civil mencione a los tribunales en el apartado 2 del artículo 3 –al regular la equidad– y sin embargo no los mencione en el apartado 1 –al regular la interpretación– me parece una prueba consistente de que es así”.

Hay equidad, para PAU, en los procedimientos contenciosos, no la hay en los de la jurisdicción voluntaria. Es decir, que el juez podrá aplicar la equidad si entre las partes hay conflicto, pero no cuando falte el empeño, ni se haya promovido cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, tal y como ocurre cuando conozca de un procedimiento de incapacitación, de la autorización para la venta de bienes de los menores o incapacitados, de la adopción, del nombramiento de tutores y curadores, de las medidas provisionales en relación con las personas (mujer casada, hijo de familia), del suplemento del consentimiento para contraer matrimonio, etc. En lo que el juez se relacione con aspectos tan íntimos de la persona, como los que acabamos de ver, debe olvidarse de la equidad y actuar con el más severo legalismo o formalismo. Si aceptáramos esta tesis, las expresiones de nuestro Código Civil que imponen al juez actuar en interés del hijo, en caso de separación de los padres (art. 156), o atender al interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para la aprobación de la adopción (art. 176), o que le permiten prescindir de las disposiciones del Código Civil relativas a la tutela de la tutela, si el beneficio del menor o incapacitado exigen otra cosa (art. 225), etcétera, nada tienen que ver con la equidad.

El apartado 2 del artículo 3 del Código Civil habla de tribunales y resoluciones, sin distinguir si se dictan en el campo de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria. Más aún, pienso que si según PAU, notarios y registradores ejercemos la jurisdicción voluntaria, cosa de la que dudo con carácter general, y el juez también la ejerce, en determinadas actuaciones,

(6) En el número 11 de los *Cuadernos Notariales*, editados por la Fundación Matritense del Notariado.

en las que por exigencia del artículo 3-2 debe aplicar la equidad, nuestra equiparación a lo que hacen los jueces en la jurisdicción voluntaria sería un argumento para sostener que notarios y registradores ejercemos la equidad.

Nosotros vamos a centrarnos en el ejercicio de la equidad por el notario. Sin embargo, creemos que el registrador está obligado también a aplicar las normas con equidad. Ciertamente su posibilidad es más reducida que la nuestra, motivada por los cauces más limitados que tiene para la calificación. Para mí existe un ejemplo muy ilustrativo: si al registrador se le presenta para su inscripción una escritura pública, otorgada por el titular registral, tendrá obligación de inscribirla, aunque sepa que el titular real es otra persona, pues conforme al artículo 18 de la LH: “Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad... por lo que resulte de ellas (es decir, de las escrituras) y de los asientos del Registro”. Por ello, “la certeza que el registrador haya podido adquirir por circunstancias extrañas al título presentado no pueden influir en la calificación” (R. de 22 de diciembre de 1956), “aunque le hayan llegado a su conocimiento por medio de la oficina liquidadora que el mismo, como registrador, regenta” (R. de 26 de abril de 1938) o incluso por la comunicación al juez de la comisión de un delito (RR de 6 y 14 de junio de 1998). Sin embargo, el notario deberá tener presentes los títulos que se le presentan y el Registro de la Propiedad, pero podrá y deberá usar la realidad extradocumental y extrarregistral de la que tenga conocimiento. Por ello, si el notario conoce que el titular real de una finca no coincide con el que aparece en la escritura registral y en el Registro de la Propiedad, deberá negarse a autorizar la escritura que pretenda otorgar el titular registral.

Los aspectos formales característicos de la calificación registral vuelve a ponerlos de manifiesto la DGRN en R. de 3 de agosto de 2004, que transcribimos en cuanto a los hechos y los fundamentos de derecho:

“1. En el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias fácticas: a) El 9 de abril de 2003 se presentó en el Registro de la Propiedad una escritura autorizada el mismo día mediante la cual un apoderado de los titulares registrales de determinada finca constituyó hipoteca sobre ésta; b) El 10 de abril de 2003 se presentó en el referido Registro otra escritura autorizada el 27 de marzo de 2003 por la que dichos titulares registrales donaron la misma finca a una hija suya; c) El registrador de la propiedad denegó la inscripción de la hipoteca porque, a su juicio y aparte otros defectos no recurridos, según la doctrina de esta Dirección General el registrador ha de tener en cuenta para su calificación no sólo el documento presentado sino también aquellos pendientes de inscripción relativos a la misma finca, y de ello resulta que cuando se constituyó la

hipoteca los representados ya no eran propietarios civiles de la finca hipotecada aunque registralmente seguían siendo titulares de ella; d) Aunque no se había presentado en el momento de la calificación, se aporta ahora a este expediente una escritura de 30 de enero de 2003 por la que se había revocado el poder invocado por el hipotecante.

2. Cuando el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ordena al registrador calificar los documentos presentados por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro, los asientos que ha de tener en cuenta en su calificación son los anteriores al documento presentado. Según doctrina reiterada de esta Dirección (cfr., por todas, las resoluciones citadas en los vistos), dado el alcance del principio de prioridad, básico en nuestro sistema registral, la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro, sin que puedan obstaculizar a su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados, y si bien es cierto que es doctrina de este Centro que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca, o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevar al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad—. Cabe concluir, por todo ello, que la escritura de donación, como documento incompatible con el título objeto de otro asiento antecedente del Diario, no puede ser tomada en cuenta como medio de calificación del título previamente presentado.

Por otra parte, respecto de la escritura de revocación del poder alegado, y aunque no constituye cuestión que deba resolverse en este recurso por no haberse presentado aquélla en el momento de la calificación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), cabe añadir, a mayor abundamiento, que (como formularon las Resoluciones de 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003) habría de seguirse el mismo criterio, de suerte que no existiendo en el momento de su presentación en el Registro ningún otro asiento anterior que impida su inscripción, la calificación de la escritura presentada habrá de atenerse a lo que resulte de ella también a la hora de enjuiciar si la representación de los hipotecantes ha quedado o no debidamente acreditada, sin perjuicio de las consecuencias que dicha revocación pudiera tener mediante la posible revisión judicial.”

Un notario que conociera, por la causa que fuere, que previamente se había donado la finca que se pretende hipotecar, o que al apoderado se le habían revocado los poderes, no puede, por exigencia de su obligación de

calificar la legalidad del negocio, autorizar la hipoteca contemplada por la citada Resolución.

Volviendo al ejercicio de la equidad por el notario, frente a la afirmación anterior de PAU PEDRÓN, la doctrina que ha estudiado con profundidad la equidad, no duda en considerar que el notario en el ejercicio de su función ejerce y debe ejercer la equidad. Veamos algunos ejemplos significativos al efecto. CASTÁN TOBEÑAS es de los tratadistas que más se han ocupado de la figura de la equidad y más influyó en su desarrollo por la jurisprudencia y en su admisión en el título preliminar del Código Civil. Entre sus obras sobre esta materia, además de los tratados generales, podría citarse *La idea de equidad en las letras españolas*, que fue el tema de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia en 1949; “La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea”, discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en 1950; “La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad”, discurso en la apertura de los tribunales del año 1953 y las continuas alusiones que hace a la equidad en su *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, en 1947. Es en esta obra precisamente (7) cuando afirma: “Los notarios, en el ejercicio de su función, acuden a la equidad en el sentido propio, más general, de criterio de justicia del caso concreto, para resolver y disciplinar un caso particular, sirviéndose de ella como elemento constitutivo del Derecho convenido tanto en su determinación como a efectos interpretativos o integrativos de las normas. Esta equidad del notario en el ejercicio de su función, sin duda es prudencial, en las modalidades de la *aebulia*, cuando realiza su labor de consejo, y del *gnome*, al configurar la solución negocial”.

RODRÍGUEZ ADRADOS, en su importante trabajo “El notario: función privada y función pública, su inescindibilidad” (8), destaca con GIULIANI (9) cómo “El despacho del notario es la sede más apropiada y más eficiente de la actividad contractual, la oficina experimental siempre activa en la que las leyes y los conceptos jurídicos, éticos, sociales, económicos que las inspiran se hacen materia viva, tejido de relaciones concretas, productos de consumo cotidiano”. El notario, añade, tiene que aclimatar las nuevas normas, que dar cauce a las nuevas necesidades, que evitar, citando a MORO, “que el inicuo precepto legislativo pueda traducirse en un daño para las familias”, que reparar, citando a ROSSI, “la imprevisión del legislador y del político”. Y así, continúa RODRÍGUEZ ADRADOS, día a día, cláusula a cláusula, institución a institución, el notario participa en el pro-

(7) Citada por VALLET en p. 1573 de *op.* referida en nota 1.

(8) *RDN*, enero-marzo 1980, pp. 255 y ss.

(9) Pp. 373 y 374.

ceso formativo de la norma jurídica, que va de la solución aislada a la cláusula de estilo, a la tipicidad social y al reconocimiento jurisprudencial y legal.

PINTÓ RUIZ, en una interesante conferencia, organizada por los Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona, en 1975, con el título “Sentido de la equidad en el título preliminar del Código Civil”, hace las siguientes afirmaciones: “La equidad como principio directivo se desenvuelve en la praxis como una manera o modo de bien juzgar (*iudex*) o de buen prevenir y proveer (jurisprudencia cautelar), y su benéfica influencia, que se opera al margen de toda consagración legislativa, depende más que del Derecho positivo de la sensibilidad, formación, prudencia y exquisitez de quien la acoge... La equidad no es ni el Derecho natural, ni los principios generales del Derecho, ni la ética, ni una forma o modo de interpretación, sino aquel principio directivo que se impone al *iudex* o a quien cautelarmente previene que el fin del Derecho, la justicia, sea servido en el caso específico, utilizando para ello todos los medios que el ordenamiento jurídico admite como lícitos, bien orientando la interpretación, bien trascendiéndola...” (10).

Por su parte, VALLET, en la obra tantas veces citada (11) nos dice: “La equidad es la misma justicia natural concretada sea en una norma, en la configuración de un negocio jurídico o en la determinación concreta de un conflicto, resuelto judicial o extrajudicialmente, en especial cuando se efectúa en un arbitraje de equidad, o incluso en todo dictamen que trate de resolver equitativamente. Esa concreción, por lo tanto, se efectúa para comprender el caso concreto proyectando la luz de un principio general de Derecho, siendo el supuesto más característico de aplicación de la equidad aquel al que ninguna ley proporcione una solución que pueda ser adecuada al hecho y resultar justa”.

El que fue magistrado del Tribunal Supremo, Tomás OGAYAR (12), considera que: “El notario tiene más amplitud que el juez para llenar las lagunas de la ley, pues sólo debe inspirarse en el espíritu de la propia legislación y en los principios fundamentales del total sistema jurídico, los que puede y debe hermanar con los universales del Derecho natural... sin que le afecte la doctrina jurisprudencial que regula el acceso de los mismos a la casación, porque no tiene obstáculo en recoger dichos principios, bien sean de Derecho, si es que han sido consagrados por el Tribunal Supremo en dicha categoría, o los supremos del Derecho natural”.

Las consideraciones de OGAYAR tienen importancia porque parecen

(10) Pp. 183 y 191.

(11) P. 1568.

(12) “Aplicación notarial del Derecho”, *AAMN*, t. XIX, pp. 429 a 467.

confirmar la tesis de notarialistas italianos como LIPARI (13), que niegan terminantemente “Que la interpretación del notario no pueda ser más que una interpretación de segundo grado, dirigida por tanto a asumir como objeto del propio análisis, no ya la experiencia en su inmediatez, sino el modo en que ella resulta filtrada y guiada por la valoración jurisprudencial”, “el notario –afirma PERLINGIERI– no puede ser intérprete de segundo grado, que no se debe uniformar pasivamente a la jurisprudencia, sino que debe tener el coraje de no andar a remolque”, “los notarios –añade SANTANGELO– deben ser titulares de un poder de interpretación autónomo e inmediato”.

RODRÍGUEZ ADRADOS (14) con ponderación y prudencia nos dice que: “El notario debe asesorar en conformidad con la jurisprudencia establecida, cuando la haya, y en todo caso prescindiendo de toda opinión puramente personal; pero, aparte de que el subjetivismo debe ser rehuido por todo intérprete, también por el juez, la interpretación notarial del Derecho obtiene una particular relevancia en variadas circunstancias, y especialmente ante las nuevas normas y los hechos nuevos”.

Creemos, por otra parte, que social y económicamente no puede admitirse un notariado que pretenda resolver los nuevos hechos que se le presenten o que no encajen en el tipo legal y que respondan a un interés digno de protección jurídica, negando su intervención o resolviendo con criterios meramente formales. Cándido PAZ-ARES, al estudiar desde una aproximación económica la seguridad jurídica y el sistema notarial (15), considera que uno de los valores más interesantes que desde la perspectiva económica el notario puede agregar a las transacciones es la elaboración notarial del Derecho. En el campo negocial, para PAZ-ARES (16) “La función primordial del notario es la de producir ordenación privada”. El Derecho producido por el legislador en materia contractual es, en su mayor parte, Derecho dispositivo –nos dice este autor–, un Derecho facilitador, que no trata de imponer una solución, sino de proveer recursos transaccionales gratuitos para que las partes no incurran en los notables costes que suponen imaginar y formular reglas para resolver todas las contingencias que quepa esperar en la vida de una relación... Pero con mucha frecuencia... esos recursos que provee el legislador no bastan o no valen. Entonces es cuando ha de proveerlos el notario. Y en esa tarea de producción de ordenación privada deberá completar, adaptar e innovar com-

(13) Citado por RODRÍGUEZ ADRADOS en *loc. cit.*, p. 368.

(14) *Op. cit.* en nota anterior, p. 369.

(15) En obra editada por el Consejo General del Notariado, con el título *La fe pública*, Madrid, 1994.

(16) *Op. cit.*, pp. 95 y ss.

portándose como un “legislador sustituto”. “... El notario –por su experiencia acumulada y por su propia pericia jurídica– produce o puede producir un Derecho más nutrido que el que ofrece el legislador o, en la esfera laica, pueden darse las partes...”. LAURINI (citado por RODRÍGUEZ ADRA-DOS en *op. cit.*), que fue presidente del notariado italiano, destaca cómo el notario ya no puede limitarse al “aspecto formal del documento”, “a desempeñar el papel del testigo pasivo o del controlador formal, sino que debe penetrar en la estructura misma del acto, no solamente para guiar a las partes hacia la adopción de las formas necesarias para la creación de un negocio jurídico válido, sino para asegurar la adecuación de su voluntad a la norma codificada y a los principios que la inspiran, en el más equitativo temperamento de los intereses”.

De otro lado, cuando la jurisprudencia o incluso la DGRN considera válida una actuación notarial que, de manera expresa o derivada de los hechos, se ha apoyado en la equidad, está respaldando la aplicación por el notario de la misma. Es muy interesante en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1914, que consagró, en contra de la letra del artículo 685 antiguo del Código Civil, que cuando el testador no fuese conocido por el notario pudieran ser testigos de conocimiento dos de los instrumentales. El artículo 685 del Código Civil en su primera redacción decía así: “El notario, y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador, o identificar su persona con dos testigos que le conozcan y sean a su vez conocidos del notario y de los testigos...”.

Es decir, que la interpretación literal del precepto llevaba a considerar que, cuando el notario no conociese al testador, se necesitaba la presencia de tres testigos instrumentales y dos de conocimiento. El notario, no obstante su literalidad, lo aplica considerando que los testigos instrumentales pueden serlo también de conocimiento.

El Tribunal Supremo, en una cuestión tan formalista como la testamentaria, mantiene la interpretación que de la norma hace el notario, sosteniendo que: “Ningún medio mejor ni más adecuado para dar a conocer la intención del legislador que recurrir a una buena y acertada interpretación, fácil siempre de conseguir si se la informa, de acuerdo con la razón, en las reglas de la equidad, que es compañera inseparable de la justicia”. Critica a la sala sentenciadora, al admitir el recurso de casación, por apreciar las pruebas de manera mecánica y abstracta y “preferir, sin distinguir de casos y circunstancias, la severidad del precepto legal interpretado”.

Pretendo, al final de mi exposición, comentar supuestos de nuestro quehacer notarial en los que estimo que está o debe estar presente la equi-

dad. Me detengo ahora en algunos ejemplos recientes que responden a la idea de consagrar la DGRN y después el legislador actuaciones equitativas del notario.

Así, en el campo de la edificación y del desarrollo inmobiliario el notario, como estamos acostumbrados a leer, no sólo articuló la propiedad de casas por pisos, sino que ha adaptado las relaciones jurídicas a las complejas edificaciones que han ido apareciendo y a las distintas realidades inmobiliarias, extrayendo los principios inspiradores de la LPH para resolver los casos concretos que se le planteaban y que la norma no contemplaba. Pienso, por ejemplo, en la creación de subcomunidades dentro de un edificio y la dotación a éstas de órganos propios. Crear nuevas figuras de representación orgánica sin una base legal era más que discutible, sin embargo, los notarios vimos la necesidad de las mismas en aquellos edificios en que convenía constituir subcomunidades. La DGRN lo admitió y la LPH en la reforma de 1999 establece en su artículo 13 que en los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, distintos de los previstos por el legislador en ese artículo. Cosa parecida ha ocurrido y sigue ocurriendo con las urbanizaciones privadas, la brillante aportación de SAPENA de la propiedad horizontal tumbada, para aplicar la LPH, incluso en el aspecto registral, responde a la necesidad de solucionar un caso concreto con una Ley en la mano que no contempló, ni reguló, ese supuesto. No es interpretar la Ley, es aplicarla a supuestos no previstos. Estaríamos más cercanos a la analogía, pero decir que una parcela y un piso son cosas semejantes y que un pasillo distribuidor es semejante a una zona verde parece demasiado. Eso, aunque no se emplee la palabra equidad, es una de sus funciones específicas. Hay identidad de razones o principios, no tanto semejanza de supuestos. La reforma del 99 recoge tímidamente los complejos inmobiliarios, dando fuerza legal a lo que en nuestros despachos veníamos haciendo.

No he encontrado en la jurisprudencia argentina ninguna sentencia que se refiera a una actuación del notario apoyada en la equidad. Aprovecho para agradecer la ayuda que me han prestado: la bibliotecaria del Colegio de escribanos de la Capital Federal, Ana María, Carlos D'Alessio, Nelly de Brandy y Maritel, Agustín Ceriani. Sin embargo, sí que he encontrado dos en que tribunales argentinos consideran que la equidad puede aplicarse al margen del campo judicial y por quienes no son jueces:

— Una es de 13 de octubre de 1989, del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que dice: “El amigable compo-

ma vigente, sino en su correspondencia con la equidad y la justicia que interpreta según su leal saber y entender. Pueden enunciarse en tal sentido, algunos criterios objetivos de su función —especialmente constatables en laudos dictados en controversias internacionales— tales como el respeto a una presunción de equidad en las cláusulas contractuales, la aplicación del principio de confianza y buena fe y el seguimiento de una regla de experiencia característica que consiste en la búsqueda de una solución que resulte aceptable para ambas partes sin comprometer sus posibles negocios futuros”. La intervención del amigable componedor en el Derecho argentino es necesaria antes de iniciar la acción judicial como medio de descongestionar los tribunales de justicia. Ciertamente su función no es la notarial pero desde luego no es la judicial, no es aplicación de la equidad por un órgano judicial, está precisamente evitando el pleito y en ese sentido tiene gran semejanza con la nuestra de ser “preventiva de litigios”.

— La segunda es de 24 de febrero de 1988, de la Cámara Nacional de Apelación en lo Comercial, sala B, que considera que la aprobación por la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA de la actividad desarrollada por las sociedades de ahorro “es una función típicamente administrativa y no legislativa, razón por la cual sólo desarrolla una actividad de control y verificación, que en algunos casos alcanza hasta la equidad, y constituye el presupuesto previsto por la ley para que el acto aprobado pueda ser ejercido o utilizado...”. Destacamos sólo de esta sentencia el aspecto que nos interesa, una autoridad administrativa, que no judicial, en su función de control, puede aplicar la equidad. Podría decirse que la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA ejerce funciones que antes correspondían a los jueces, pero no por ello son judiciales, más bien antes eran funciones administrativas o de jurisdicción voluntaria ejercitadas por un órgano judicial.

C) Regulación de la equidad por nuestro Código Civil.

Aunque sea una materia de todos sabida, recordamos la regulación de la equidad en nuestro Código Civil. Está incluida en el capítulo II del título preliminar, bajo la rúbrica de “La aplicación de las normas jurídicas”. En este capítulo se recogen como instituciones diferentes la interpretación (art. 3-1), la equidad (art. 3-2) y la analogía (art. 4). Por tanto, quienes aplican el Derecho tendrán la obligación de acudir a estas tres figuras jurídicas. Por su parte, el artículo 3-2 dispone lo siguiente: “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

La equidad es, por tanto, un elemento que habrá de tenerse siempre en cuenta al aplicar el Derecho, al interpretarlo y al buscar las soluciones

analógicas. PINTÓ RUIZ (17) nos dice: “La equidad es un principio directivo que actúa inmediatamente en la aplicación de la norma, presionando a que, como fuere se obtenga un resultado justo en el caso. Justo teniendo en cuenta todas las circunstancias y todos los hechos sensibles a la solución del caso. La equidad, principio directivo, se significa por el efecto: justicia concreta, más que por el cómo consigue este efecto. Es más, muchas, muchísimas veces, su precisión provoca el efecto y la equidad ni ha sido mencionada. Ha actuado ocultamente... en muchísimos casos, la equidad ha actuado «disfrazadamente». Es así porque responde o es un principio que acoge una aspiración noble, invencible, esencial e inseparable del mismo Derecho, de lograr justicia y evitar la injusticia en el caso concreto”.

Sin embargo, una resolución judicial, según el precepto que comentamos, sólo podrá descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. Esta afirmación parece que restringe sensiblemente el juego de la equidad en su función creadora e integradora del orden jurídico o correctora de la norma. Percepción aún mayor si atendemos a la Exposición de Motivos del texto articulado del título preliminar del Código Civil, que parece reducir el juego de la equidad a informar la interpretación, al expresarse en los siguientes términos: la equidad “no aparece invocada como fuente del Derecho, le incumbe un contenido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales sin embargo podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad”.

Esta visión, un tanto restrictiva de la equidad, debe ser matizada en varios sentidos. De una parte, examinando los casos en que la ley expresamente remite a la equidad. De otro lado, analizando cómo debe procederse cuando esta remisión expresa no exista y por último analizando la relación entre la equidad y la analogía. En el primero de los sentidos CASTÁN TOBEÑAS (18) nos dice: “Que la equidad autorizada por delegación legislativa no solamente puede serlo por referirse nominalmente la ley al arbitrio de equidad o simplemente al arbitrio del juez, sino también cabe establecerla mediante la disposición de normas elásticas de Derecho equitativo” ... “pues la norma flexible permite y obliga al juzgador a decidir el caso teniendo en cuenta todas las circunstancias del mismo, realizando aquella justicia individualizada y humana que no es otra cosa que la equidad”. Estaríamos, a juicio de CASTÁN, ante estándares jurídicos, prototipos de conducta, directivas, máximas de experiencia, conceptos claves.

(17) *Op. cit.* anteriormente.

(18) *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, pp. 383 y ss.

La concepción anterior, a la que se adhiere VALLET (19), supone admitir la equidad por remisión legal no sólo en los supuestos clásicos de la cláusula penal (art. 1.154 del CC), de la impugnación de la distribución por un tercero de las ganancias en la sociedad civil (art. 1.690 CC), de la resolución por el juez cuando la junta de propietarios en sede de propiedad horizontal no alcance la mayoría para la adopción de un acuerdo (art. 17 LPH), de la ineficacia de los préstamos usurarios (Ley de 23 de julio de 1908) o en el arbitraje de equidad, sino que supone dar un paso más y considerar hecha la remisión legal a la equidad en materias como el abuso de derecho (art. 7), la buena fe (art. 7), “la justa causa o motivo” en el pago o cobro de lo indebido (art. 1.901 del CC), “el acuerdo gravemente perjudicial” adoptado por una comunidad de bienes (art. 398, párrafo tercero del CC), “la diligencia del buen padre de familia” en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1.104 del CC) o en el de la conservación de la cosa arrendada por el arrendatario (art. 1.555 del CC), “las buenas costumbres” en materia de condiciones (art. 1.116 del CC) o de pactos en capitulaciones matrimoniales (art. 1.328 del CC), “la moral” y “el orden público” en el artículo 1.255, “la realidad social” en la interpretación de las normas (art. 3-1 CC) (20).

A la relación anterior a VALLET (21) le interesa referirse expresamente en materia de contratos al “plazo prudencial” del 1.128 CC, a la “omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse” (art. 1.281 del CC), a que “las cláusulas oscuras no deben favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad” (art. 1.288) y a la “menor transmisión de derechos e intereses” en los contratos gratuitos o a la “mayor reciprocidad en los onerosos” (art. 1.289 del CC).

Esto mismo ocurre en el Derecho argentino, tal y como lo destaca Jorge MOSSET en su trabajo sobre “La interpretación económica de los contratos”, así en materia de simulación, por ejemplo, su prueba, según el 960 del CC argentino requiere, como regla, el contradocumento, empero “podrá prescindirse del contradocumento... si mediaren circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación”; en materia de alimentos entre cónyuges en caso de separación, el artículo 1.306 se refiere a los “motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso” y a estas circunstancias del caso, sin referencia a la equidad, se refiere el CC argentino en materia de responsabilidad por ruina del edificio (art. 1.646), molestias por

(19) *Op. cit.*, p. 1561.

(20) Nos hemos basado en esta enumeración de casos en un trabajo hecho por ENTRENA-KLET: “La equidad y el arte de juzgar”, editado por Aranzadi y citado por VALLET, al que hemos seguido en p. 1561 de *op. cit.*

(21) *Loc. cit.*, p. 1562.

ruido, humo, calores, etc. (art. 2.618), o al interés de los hijos en caso de separación o divorcio, cuando ambos cónyuges sean culpables (art. 76 de la Ley 2.393); otras veces habla el CC argentino de “notoria injusticia”, así en el caso de rescisión unilateral del contrato de construcción (art. 1.638) o en la responsabilidad derivada de hechos involuntarios (art. 907, segunda parte). También se puede incluir en estos parámetros las referencias del CC a “garantías reales suficientes” (art. 443, inciso 13), “garantía suficiente” (art. 3.943), la expresión “justa causa” de los artículos 1.683, 1.687, etcétera.

En el Derecho uruguayo encontramos referencia a estas normas elásticas que deben inspirar la decisión del juzgador en temas como la pensión alimenticia que en materia de divorcio el esposo debe servir a la esposa o en la indemnización que el agente oficioso negligente debe abonar al titular en los negocios civiles, en la que en ambos casos se habla de “circunstancias del caso”; en la indemnización por negligencia en el campo contractual se emplea la expresión “conjunto de circunstancias”, en el saneamiento “circunstancias imprevistas y extraordinarias”, en la locación “circunstancias del contrato” y en relación a la condición resolutoria “según las circunstancias”.

La enumeración hecha, especialmente en relación al Derecho español, supone ampliar sensiblemente el campo de la equidad por remisión legal. Pero incluso cuando no exista la remisión a estos conceptos es importante matizar el juego de la equidad. VALLET (22) se expresa en los términos siguientes: “Creo cierto que la equidad no puede contradecir la norma ni ser elemento corrector; pero sí creo que puede determinar la no aplicación al caso de esa norma en el sentido de que ella resulta inadecuada; pues la equidad, al observar el caso en relación con la norma, descansa entonces en otro elemento del ordenamiento jurídico, como es un principio general del Derecho, ya en su función supletoria —en este segundo momento— de la norma pura no susceptible de corrección en su sentido, pero sí de inaplicación al caso para el que resulta inadecuada. La equidad no corrige el sentido general de esa norma, pero declara que el caso particular se halla fuera de su generalidad. Así, después de esclarecida la no aplicación de la norma a la luz de un principio general, se conjuga éste con la solución equitativa obtenida apoyándose sea en el mismo o bien en otro principio”.

En el sentido indicado por VALLET se manifiestan DÍEZ-PICAZO y GU-

(22) P. 1550 *loc. cit.*

LLÓN, admitiendo que la equidad engarzada a los principios generales, puede ser factor de corrección o rectificación de las consecuencias de la aplicación rigurosa de las normas jurídicas. Por su parte ALBALADEJO (23) ha explicado: “También puede ocurrir que por las circunstancias especiales del caso que sea, acontezca que aplicar el precepto resulte inequitativo. Entonces, aunque no diga la ley que tal precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduce del mismo resultado injusto que la aplicación acarrearía. E improcedente la aplicación en cuestión, se produce un vacío legal que hay que llenar con el principio que inspira el precepto... De ese modo es despojado éste de las particularidades de regulación que le hacen inadecuado... y esa es la forma de aplicar los principios generales”.

Por último, en este intento de examinar el campo de la equidad, es importante estudiar su relación con la analogía. VALLET (24) considera que: “La equidad y la analogía resultan interrelacionadas entre sí, tanto que puede decirse, de una parte, que no existe analogía jurídica si no resulta equitativa y, de otra parte, que una de las características de la equidad es la similitud y así la voz *aequalitas* (igualdad, justa proporción, semejanza) se halla en la etimología latina de la palabra *aequitas* (de *aequus* = semejante) ... El empleo de una y otra, además, debe apoyarse en algún principio general de Derecho –o simplemente en la *naturalis ratio*, según expresaban los clásicos romanos y románicos– que justifique el recurso a la equidad o bien a que por analogía se utilice una norma y no otra”.

Esta relación entre equidad y analogía nos pone de manifiesto que aquélla no es un juicio puramente subjetivo, individual o arbitrario. Es decir, que su determinación no puede hacerse en base a un sentimentalismo jurídico o por una mera intuición. No se trata de algo predeterminado, pero tampoco de algo arbitrario. CASALS COLLDECARRERA (25) nos dice: “La equidad, que informa el juicio de valor del órgano decisor, es una realidad de conciencia formada por unos valores éticos conexos a la cultura social histórica de la comunidad, según su naturaleza existencial”. Es decir, que el sentido de lo justo, que es la base del juicio de equidad, debe estar debidamente razonado o justificado, han de existir “términos de comparación hábiles de la cosa o caso de que juzgamos, examinando éste en sí mismo y en relación con los tipos ya concretados, atendiendo, en especial, a las consecuencias dimanantes, efectuando para ello los juicios prudenciales consiguientes” (26). Volvemos a lo antes expuesto, la equidad y

(23) *Sistema de Derecho Civil*, t. I; Derecho Civil I. I. Ed. 1985, pp. 123 y ss.

(24) “El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad”. Discurso leído en la sesión inaugural del curso académico 1997-1998 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(25) Citado por VALLET en *loc. cit.*, p. 1569.

(26) VALLET, *loc. cit.*, p. 1570.

la analogía están interrelacionadas, al ser una de las características de la equidad la similitud.

Por tanto, resumiendo lo expuesto, podemos decir que la equidad debe estar presente:

- En la aplicación e interpretación del Derecho y en su integración mediante la analogía.

- En los supuestos que la ley se remita expresamente a ella o a determinados prototipos de conducta, máximas de experiencia, etc.

- En el rechazo de la norma, cuando como consecuencia de los principios generales del Derecho resulta inadecuada para el caso concreto.

- En la solución del caso, cuya norma se ha considerado inadecuada por razones de equidad, con el mismo principio general que nos hizo rechazarla o con otro diferente.

- Y que el juicio de equidad ha de apoyarse en los principios que inspiran el ordenamiento jurídico, estando vedada su aplicación arbitraria o meramente subjetiva y debiéndose actuar con “mucho tino y prudencia” (STS de 28 de febrero de 1989).

D) Referencia a la equidad en el Derecho argentino.

El Código Civil argentino no contiene un precepto semejante al del Código Civil español en materia de equidad, alude a ella expresamente en tres artículos ya citados: 515, 907 (alimentos entre cónyuges) y 1.306 (simulación inequívoca) y en trece de las notas de VÉLEZ: a los artículos 571, 3.446, 2.551, 2.043, 641, 512, 784, 3.670, 859, 3.115, 3.882, 530, 2.431, también en la nota al título II (1.217 y siguientes). De otro lado, como ya vimos, existen una serie de parámetros o estándares jurídicos que responden a actuaciones inspiradas en la equidad.

La jurisprudencia argentina ha dado a la equidad un tratamiento interesante y profundo, de la que podemos entresacar algunos fallos:

- En sentencia de 15 de febrero de 1996 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, nos dice: “Debe evitarse que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a prescindir de la preocupación para arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto”, y añade esta sentencia algo que aparece repetido en otras: “El juez no puede, en principio, juzgar la equidad de la ley, pero debe juzgar con equidad los casos particulares sometidos a su decisión”, porque “de lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica refinada con la naturaleza misma del Derecho” (Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 20 de mayo de 1982).

— La sentencia de 3 de octubre de 1997 de la Cámara Civil y Comercial de 5.^a Nominación de Córdoba, tras definir la equidad como la justicia del caso concreto, añade: “La equidad no es necesariamente un instrumento por el cual la severidad y gravedad de la ley se aligera o suaviza, sino que podrán darse situaciones en donde, al producirse la operación intelectual de la subsunción del caso a la norma en cuestión, la aplicación aparezca desmedidamente benigna y por lo que, la equidad, como justicia sentencial que es, imponga que deba ser endurecida y tornarse en consecuencia más gravosa la aplicación de tal norma, porque ello es lo justo propiamente”. Sentencia muy interesante que destaca cómo la equidad puede llevarnos a imponer unas exigencias mayores que las previstas por la norma.

— En una sentencia de 7 de agosto de 1980 de la Cámara 1.^a de lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, tras destacar el papel principal de la equidad en la interpretación de la norma, añade: “Lo expuesto en materia de interpretación de la ley es aplicable a los preceptos que interpretan los contratos, pues el contrato ha de considerarse como un todo coherente; no se trata de una suma de cláusulas, sino de un conjunto orgánico”.

Esta última sentencia introduce el juego de la equidad en el campo contractual, materia que preocupa a los autores y juristas argentinos. Jorge MOSSET (p. 78) en la obra antes citada nos dice: “Se parte de considerar al contrato en función social, tal como ocurre con la propiedad. Esa función deviene de su papel como instrumento jurídico apto para satisfacer las necesidades del hombre: necesidades primarias, secundarias y de lujo... Esa contratación —fundamentalmente para el orden y la paz sociales— no puede quedar librada a la inspiración de los particulares, los contratantes o, las más de las veces, al afán de lucro y especulación de uno sólo de ellos... Por medio del contrato el Estado coadyuva al logro de un orden público económico y social: un orden público de dirección, orientando la economía, y un orden público de protección, atendiendo a la situación de los débiles y pequeños”.

Luis D. CROVI, en su trabajo sobre “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad”, sostiene cómo los “contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe, pero sin perder de vista también la equidad y la justicia” (p. 859), “la equidad —añade— resulta elemental como pauta interpretativa de las obligaciones asumidas por las partes” (p. 861), incluso este autor, en las Jornadas Bonaerenses de Junín recomendó que, ante las reformas del Código Civil y el de Comercio, se incorporase una norma que formule especial referencia a la “equidad” como límite a la autonomía de la voluntad.

Ante estas realidades el notariado argentino no podía estar en una actitud pasiva y se implica en la protección de los consumidores, tal y como

expuso en este curso el escribano D'ALESSIO, y en las legislaciones notariales de tres de sus provincias, concretamente [provincia de Buenos Aires, Ley Orgánica del Notariado número 9020, artículo 35, 5.º; Salta, Ley 5.576, art. 22, n); y Río Negro, Ley 1.340, art. 35 e)] se dispone: “son deberes del notario: ... obrar con imparcialidad de modo que su asistencia a los requirientes permita que el acuerdo se complete en un plano de equidad”.

E) Referencia a la equidad en el Derecho uruguayo.

En el Código Civil de Uruguay, como hemos visto en el de Argentina, ninguna norma con carácter general regula la equidad. Contiene, no obstante, tres preceptos que expresamente emplean la palabra equidad: el artículo 736, respecto de la accesión de cosas muebles, el artículo 1.291, que establece: “Todos (los contratos) deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso y a la ley” y el artículo 1.300, que en sede de interpretación de los contratos dispone: “Si ambos sentidos de la interpretación de un contrato dieren igualmente validez al acto, debe tomarse en aquel que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad”. A estos tres artículos hay que añadir aquellos ya referidos en los que si no se emplea la palabra equidad, sí el concepto que la define.

Por su parte, el Código general del proceso dispone (art. 25): “El juez sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten”. Extremo que confirma el artículo 199.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha tenido ocasión de aplicar la equidad y en la sentencia de 27 de abril de 1994, ante un supuesto de interpretación de un testamento, hace pronunciamientos tan importantes como los siguientes: “El juez en todo caso debe interpretar la ley precisamente del modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción. Al hacerlo de este modo, el juez, lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden jurídico positivo, da a este deber su más perfecto cumplimiento... Por ello, si no se le diera a la cláusula la inteligencia que se cree tiene –y quiso la testadora–, se llegaría a una solución inicua... la equidad no es un procedimiento para corregir las leyes imperfectas, sino que, en todo caso, es la manera correcta de interpretarlas”.

La doctrina uruguaya estudia el juego de la equidad en el campo contractual. En las III Jornadas Uruguayas de Derecho Privado, celebradas en 1998, Raúl ANIDO trata de la autonomía privada y su relación con la equidad en el campo contractual, llegando a la siguiente conclusión: “El

contrato seguirá siendo acuerdo, y en él han de confluir la libertad –esencial para que exista el acuerdo– y la equidad –que nos permitirá concretizar las normas o el Derecho al caso concreto– para así obtener «la norma del caso» como conclusión del justo equilibrio contractual querido; y la libertad como tal ha de tener los límites marcados por «el derecho necesario». Los principios que se dicen rigen la moderna contratación no difieren esencialmente del Derecho «de siempre» en cuanto se tiende a la atención de la buena fe, lo que hace que nos adentremos en la equidad, siendo ésta la base de la analogía –esencial en los contratos atípicos–, y de ambas «la naturaleza de las cosas»”.

Estas conclusiones significan dar entrada a la equidad en el campo contractual, es decir, procurar que la equidad esté presente no sólo en el momento de la ejecución del contrato, sino también en el de su formación. Los acuerdos a los que las partes lleguen han de ser equitativos desde un principio y en ello el notario ha de jugar un papel fundamental, mediante su labor asesora, redactora y de control de la legalidad, protegiendo en muchos casos a la parte más débil, lo que en materia de los contratos de adhesión tiene una especial importancia.

F) Reflexiones sobre supuestos concretos de nuestro quehacer notarial.

Anteriormente me había referido a algunos supuestos, como el de la sentencia de 1914, los de la propiedad horizontal y los de las urbanizaciones privadas. Ahora someto a vuestra reflexión supuestos de estos últimos tiempos, vividos en mi despacho, comentados con compañeros o resueltos por la DGRN. Lo hago con el deseo de vivenciar cómo la equidad es algo que está presente en nuestro quehacer diario.

a) *Aplicación notarial de la equidad en el campo civil o mercantil.*

1. Comienzo con una Resolución reciente de la DGRN, de 25 de abril de 2001, por estar presentes dos de sus protagonistas, la directora y el notario Juan Francisco Delgado de Miguel. El supuesto es el siguiente: escritura de liquidación de sociedad conyugal, aceptación y partición de herencia. Los bienes existentes son: una finca valorada en unas 700.000 pesetas, una imposición a plazo fijo de 600.000 y una cuenta de ahorro con 370.000 pesetas. Interesados en la herencia: los cinco hijos de los causantes, uno de los cuales está incapacitado judicialmente y representado en las operaciones anteriores por su hermano y coheredero, en concepto de tutor. Al incapacitado los padres le instituyen heredero como a los otros cuatro hermanos y además le legan los tercios de mejora y libre disposición. La herencia es aceptada pura y simplemente, en la partición se le adjudica al incapa-

citado la finca, en base a su carácter indivisible, además de metálico, con el cual se abona a los restantes hermanos. La partición así realizada es aprobada judicialmente. Presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad, se deniega por el registrador la inscripción, entre otras causas, por considerarse necesario el nombramiento de defensor judicial, al existir intereses contrapuestos entre el tutor y el incapaz (arts. 221-2.º y 229-1.º CC) y por necesitar el tutor autorización judicial previa para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, por exigencia del artículo 271-4.º del CC.

La DGRN considera inscribible la escritura, pero resuelve el caso atendiendo al supuesto concreto que se le presenta, es decir, no intentando resolver con carácter general. Respecto a la aceptación de la herencia sin la previa aprobación judicial, nos dice: “En el presente caso y atendidas las concretas circunstancias concurrentes, así como la intervención judicial posterior, aprobando la actuación del tutor en orden a la forma en que se ha aceptado la herencia, conduce a considerar válida la aceptación realizada” y en relación a no necesitarse el nombramiento de defensor judicial vuelve a decir: “Atendidas la composición del caudal, las actuaciones procesales realizadas y las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto debatido, debe tenerse en cuenta la misma argumentación entonces esgrimida, para concluir en la innecesariedad del nombramiento de defensor judicial, lo que resulta coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados”.

La solución equitativa está presente en la actuación del notario y en la argumentación de la DGRN, hay que atender a las circunstancias del caso (escaso caudal, el gran beneficiado en la partición es el incapaz, control judicial posterior con intervención del ministerio fiscal), siempre que se respete el principio: defensa del incapacitado.

En contraste, la argumentación del registrador se mueve en parámetros de rigor interpretativo. En cuanto a la necesidad del defensor judicial considera: “Que se trata de una prohibición legal tajante y radical: se prohíbe al tutor representar al tutelado cuando haya conflicto de intereses entre éste y aquél o incluso entre el tutelado y un tercero a quien representa también el tutor. La prohibición es absoluta, por lo que el acto o negocio que la vulnere será nulo de pleno derecho por aplicación del artículo 6,3.º del Código Civil. Que el mejor y más prudente camino para saber si ha lugar al nombramiento de defensor judicial es solicitarlo al juez e incluso exponerle la duda sobre la necesidad con la que se da pie a que resuelva si procede nombrarlo o no. Si decide que no, el registrador no puede entrar a calificar tal decisión. Que en una partición lo que

se adjudica a uno es a costa de no adjudicarlo a otro, luego en principio los intereses siempre se contraponen...”.

Sin embargo, hay que reconocer que la DGRN no siempre va a realizar la interpretación de la norma conforme a la equidad en campos como el contemplado de derecho de sucesiones y representación legal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto; prefiriendo escudarse en un formalismo o dogmatismo. Ello acabo de padecerlo en un recurso que interpuso contra una calificación registral y que se resolvió por la Dirección en R. de 17 de mayo de 2002. Se trataba de una herencia de cuantía importante, en la que estaban interesados la viuda y sus dos hijos menores de edad, llamados en virtud de testamento en el que el causante, esposo y padre, legaba a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio, instituía herederos por partes iguales a los dos hijos y designaba contador partidor a una persona de su confianza. La escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, aceptación y partición de herencia, la otorgaron el cónyuge y el contador partidor y se inscribieron en los respectivos Registros de la Propiedad sin ningún problema, adjudicándose en la herencia del causante a la viuda el usufructo universal y a los hijos la nuda propiedad por partes iguales.

Por una omisión involuntaria, no se incluyó en la herencia la tercera parte indivisa de un piso del que la viuda era cotitular, con carácter ganancial, con sus dos hermanas, valorada en 2.664.000 pesetas y una cantidad en metálico de 936.000 pesetas; ambos bienes tenían un valor mínimo en relación al resto de la herencia. Se pensó que lo más eficaz era evitar un condominio aún mayor entre los menores, su madre y sus tías, respecto del piso, por lo que se capitalizó el usufructo de la madre, se le adjudicó a ésta en propiedad, en pago de sus gananciales y del usufructo capitalizado, la tercera parte del piso referido y a los hijos en pleno dominio el metálico que para mayor seguridad se invirtió en una Letra del Tesoro, que se testimoniaba en la propia escritura. Se consideraba además que el usufructo de dinero de la madre era más perjudicial para los hijos, pues al tratarse de cosa consumible, conforme al artículo 482 del Código Civil, la madre, persona joven de 41 años, adquiriría la propiedad del dinero, convirtiéndose en deudora de su valor que no debería satisfacerlo hasta extinguirse el usufructo.

La DGRN, en la R. citada de 17 de mayo de 2002, partiendo de que se ha transformado el legado de usufructo vitalicio en otro en propiedad, lo que no era exacto, pues en la escritura de partición primera, de la que esta segunda era una mera adición de escasa importancia, se había respetado el usufructo universal de la esposa y lo único que en ésta se hacía era resolver una omisión que involuntariamente se había producido, considera que: “Puesto que la atribución testamentaria al cónyuge viudo tiene

el carácter de legado, el contador debe limitarse a entregarlo tal como ha sido configurado (cfr. arts. 506, 507 y 510 del Código Civil) si procede (cfr. arts. 885, 902, 1.025 y 1.027 del Código Civil), sin poder alterar su contenido, pues tal alteración trasciende al contenido particional que se le confiere, en cuanto supone una manifestación de la personalísima facultad de testar (cfr. arts. 667, 668, 670 y 671 del Código Civil); en consecuencia, esa alteración sólo puede ser ya el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea (arts. 902 y 1.259 del Código Civil)”. Por tanto, se prefiere una situación absurda y más perjudicial para los menores, privarles de la propiedad de dinero a cambio de la nuda propiedad de una doceava parte sobre un piso de escaso valor, considerando como conmutación y alteración de legado, lo que no es sino adaptar a un bien concreto (no a toda la herencia) la voluntad del testador, sin atender a las circunstancias del caso y con argumentos del más puro dogmatismo.

2. En materia de capacidad estamos muchas veces con un margen en que el notario tendrá que emitir su juicio, conforme a las circunstancias de la persona y del caso concreto. No es lo mismo la capacidad para vender que para otorgar un poder para pleitos. El propio Código Civil, interpretado a *sensu contrario*, admite en el artículo 626 que las personas que no puedan contratar, puedan aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas.

Me planteó un compañero recientemente el siguiente caso. Una señora lega una tercera parte de su herencia a un nieto que estaba en zona límite de capacidad natural, pero sin estar incapacitado e instituye herederas por partes iguales a sus dos hijas, una de ellas madre del legatario y ambas conformes en el legado hecho por su madre. Los padres estaban dedicados en cuerpo y alma a este hijo disminuido y no querían incapacitarlo *judicialmente por recomendación de los psicólogos*, ya que sabía leer y escribir, tenía un correcto nivel de adaptación e integración social y realizaba trabajos remunerados, ajustados a su situación. Pretendían hacer la partición de la herencia sin incapacitarle. El compañero resolvió el tema en la forma siguiente: habida cuenta que con la madre tenía un interés opuesto, si hubiese estado incapacitado, intervino el legatario en su propio nombre y dio entrada en la escritura al padre, para reconocer que determinadas cantidades con que la madre compensaba a su hermana eran privativas suyas. Ello no era sino una excusa, porque lo perseguido era la asistencia del padre en la propia escritura a la partición formalizada por su hijo.

El notario, bien o regular, se movía por equidad. Le parecía que exigir la incapacitación iba a perjudicar humanamente al hijo, tal y como sus

psicólogos lo entendían y que no añadía nada a su protección para ese acto, pues la patria potestad se prorrogaría y le representaría el padre sin necesidad de la aprobación posterior de la partición. El tema quizá merece que lo comentemos en el coloquio.

3. En el campo societario la equidad debe jugar un importante papel. Muchas de sus normas son de Derecho dispositivo, por lo que fuerza creadora de la autonomía de la voluntad, moderada por la equidad notarial, tienen un campo abonado. Sin embargo, debemos reconocer que muchos registradores mercantiles han impuesto un formalismo excesivo, sin que los notarios hayamos hecho frente a ello en la medida deseada.

Vamos a poner dos ejemplos al respecto. En materia de transformación de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada o en otra forma social, recordamos que el artículo 224,2 de la LSA exige que: "El acuerdo se publicará tres veces en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en los periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio". Ello supone un encarecimiento importante de la transformación, máxime si se hubiese mantenido la interpretación, que no prosperó, de tratarse de nueve publicaciones (tres por cada uno de los tres periódicos). La Ley no distinguía si se trataban de acuerdos adoptados en Juntas universales o en Juntas que no tuviesen ese carácter. La DGRN, en RR de 2 de marzo de 1993 y 5 de mayo de 1994, consideró que cuando el acuerdo de transformación se adoptase en Junta universal no era necesaria ninguna publicación. Se apoyan ambas RR, siendo entonces director general PAU PEDRÓN, en criterios de pura equidad, aunque no se empleaba esta palabra. La norma es la misma y no distingue, como decíamos, entre Juntas universales y las que no lo son. Sin embargo, para la DGRN la solución no puede ser igual, y tras afirmar que en las transformaciones de sociedades, el requisito de la publicación no tiende a proteger a los acreedores o a los terceros, sino solamente a los socios, considera innecesarias, como decíamos, las publicaciones, si el acuerdo se adopta por la Junta universal y por unanimidad, entre otras razones porque deben tenerse en cuenta "las peculiaridades de las sociedades con un reducido número de socios" (R. de 2 de marzo de 1993) o que la transformación en una sociedad colectiva aumenta los patrimonios responsables (R. de 5 de mayo de 1994).

Sin embargo, actualmente al pretenderse la adaptación al euro, muchos registradores están cayendo en los temidos formalismos. Sabemos que si se aplica estrictamente la norma del redondeo al valor del capital y de la acción o participación, quedan unas cifras que al menos podríamos calificar de incómodas. Por ello, se acude por algunas sociedades al redondeo en cifras que pudiéramos considerar más elegantes o cómodas,

por vía de reducción o aumento. Cuando se hace por vía de reducción, algunos registradores están exigiendo todos los requisitos que la Ley impone para la reducción de capital, incluyendo las publicaciones cuando de sociedades anónimas se trata. Ello encarece y retrasa la operación, olvidando que si se ha adoptado el acuerdo por una Junta universal y por unanimidad, con cargo a beneficios o reservas libres, el importe del valor nominal de la reducción debe destinarse por exigencia del artículo 167-3 de la LSA a una reserva “de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos que los exigidos para la reducción de capital social”. Por ello, no existe perjuicio para acreedores, como lo prueba que el artículo 167 antes citado les niega el derecho a oponerse a la reducción. De aquí que los anuncios no van dirigidos a la protección de los acreedores sino de los socios, por lo que podría prescindirse perfectamente de los mismos, con el consiguiente ahorro de dinero, tiempo y molestias.

b) *Aplicación notarial de la equidad en el campo negocial.*

En el campo negocial la equidad puede tener un campo más amplio que en la aplicación de la norma legal. En primer lugar en la conformación del negocio, como hemos ya apuntado y todos sabemos, la labor del notario en su configuración tiene una importancia trascendente y en su actuación no puede prescindir de la equidad. Pero en la aplicación de la norma nacida del negocio, al no tener un origen legal, sino voluntario, basada en la autonomía de la voluntad, pensamos que la posibilidad de aplicar la equidad por el notario es aún mayor, ya que estaremos en gran parte ante normas de Derecho dispositivo. Recordemos, además, cómo criterios propios de la equidad habrán de tenerse en cuenta por imperativo legal en el cumplimiento de los contratos:

— La buena fe: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1.258) y “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” (art. 7-1).

— El abuso del derecho: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo” (art. 7-1).

En relación al abuso del derecho, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de diciembre de 2000, citando además las de 14 de febrero de 1994 y 25 de septiembre de 1996, nos dice: “El abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcan-

zan una protección jurídica”, y en otro lugar: “El fraude de Ley y el abuso del derecho son dos instituciones que si bien doctrinalmente y desde el punto de vista de la teoría general del derecho son distintas, en la práctica no siempre resulta clara su separación, dado que en general su finalidad es idéntica, impedir que los textos de la Ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la justicia”. Es interesante destacar que esta sentencia se está refiriendo al abuso del derecho en el campo contractual, concretamente apertura de créditos en cuenta corriente entre un particular y una entidad bancaria.

Buena fe, abuso de derecho y equidad en el cumplimiento de los contratos están interrelacionadas. Cuando accedes a una base de datos de jurisprudencia para buscar la palabra equidad es difícil encontrar ésta sola, normalmente vendrá relacionada con las otras dos que comento: abuso de derecho y buena fe.

Partiendo de estas consideraciones voy a referirme a dos supuestos recientes del campo contractual relacionados con la equidad y su aplicación notarial.

4. Ante un compañero se formaliza la venta de un inmueble por una sociedad, representada por su administrador único, cuyo cargo estaba pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. Los compradores pretenden pagar íntegramente el precio, pero ante el temor de que el registrador de la propiedad no inscriba la venta hasta que el cargo de administrador se inscriba en el Mercantil (cosa que hoy iría en contra de la doctrina de la DGRN), se deposita parte del precio en el notario autorizante, pactándose que lo entregará al representante de la sociedad vendedora cuando acredite la inscripción en el Registro Mercantil de su cargo de administrador. La inscripción en este Registro no puede hacerse de momento por estar cerrados los libros por falta de presentación de las cuentas. Revolviendo papeles la sociedad encuentra un poder general, debidamente inscrito en el Registro Mercantil, a favor de otra persona que con tal carácter confirma y ratifica la representación invocada por el administrador en la escritura de compra. Con este poder el registrador de la propiedad inscribe la venta y el notario, sin contar con los depositantes, entrega la cantidad depositada a la sociedad vendedora, considerando que aunque no se cumplía estrictamente la condición del depósito (inscripción del cargo en el RM) su ratio era la misma y negar la entrega implicaría una mala fe y una actuación abusiva por parte del comprador-depositante.

5. Cancelación condición resolutoria.

Un tema que con frecuencia se nos presenta es el de la cancelación de

una condición resolutoria que garantiza el precio aplazado en una compraventa para cuya eficacia se emitieron determinadas letras de cambio. Tema en el que la DGRN se pronuncia con rigor, exigiendo como “requisito ineludible la justificación de la realidad de dicho pago y de su correspondencia con el crédito cuya realidad se trata de cancelar” (RR de 21 de julio y 3 de diciembre de 1986, 16 de septiembre de 1987, 30 de mayo de 1996, 5 de diciembre de 2000), por lo que si no se identificaron en la escritura de compraventa las letras de cambio con la serie y el número, aunque coincidan librador (vendedor), librado (comprador), importes de las cambiales y vencimiento, no se permite que pueda llevarse a cabo la cancelación por la mera exhibición al notario. Si se pactó en la escritura de compraventa su cancelación mediante exhibición de las cambiales o por cualquier otro procedimiento (por ejemplo, caducidad por transcurso del plazo. Recordar fórmulas de Roberto BLANQUER sobre rogación de asiento futuro) ningún problema se plantea (puede en este sentido verse la RDGRN de 13 de marzo de 1999). Si no se pactó, ese rigor hace que en el caso de que la entidad vendedora hubiera desaparecido (por ejemplo, inmobiliaria que se constituye para una determinada obra y una vez concluida la obra se extingue), para lograr la cancelación de la condición resolutoria haya que acudir al procedimiento judicial de liberación de cargas y gravámenes. Ello comporta una serie de gastos, molestias, retrasos, etc. Por ello, la DGRN, en R. de 2 de septiembre de 1992, reduce las exigencias atendiendo a las circunstancias del caso, es decir, resolviendo en equidad, aunque no emplee esta palabra y admitiendo la solución equitativa dada por el notario, en un caso en que se daban las siguientes circunstancias:

“1) Encontrarse en poder del deudor las 108 letras de cambio por importe de 600 pesetas, libradas por la entidad vendedora y aceptadas por el comprador, que corresponden a cada una de las fechas de vencimiento correlativo señaladas en la escritura de compraventa, faltando solamente para completar su identificación, la clase y serie de las mismas. 2) Certificación bancaria de haberse pagado los nueve restantes de 616,44 pesetas. 3) Disolución de la sociedad vendedora el 15 de junio de 1965, sin que de su balance aparezca crédito alguno contra terceras personas, todo ello según certificación del Registro Mercantil. 4) Comparecencia de quien afirma ser la última tenedora de la totalidad del accionariado de la sociedad vendedora, manifestando no existir cantidad alguna pendiente por percibir en este caso”.

A la vista de los hechos anteriores concluye la DGRN afirmando que concurren en este caso “Una serie de circunstancias, que si aisladas una por una no son suficientes, examinadas en su conjunto aconsejan proceder a la cancelación”.

Creemos que responde la actuación del notario y la postura de la DGRN a la más pura técnica de la equidad. La solución legalista era realmente gravosa y excesiva para una cancelación de esa cantidad. El notario no actúa de manera arbitraria, sino que procura buscar de manera ingeniosa todo tipo de elementos que le sirvan para justificar la solución adoptada y considerar que las cantidades aplazadas han sido satisfechas.

Partiendo de esa Resolución nosotros hemos aplicado esa técnica en algunas ocasiones, incluso cuando estando relacionadas la serie y número de la letra se había extraviado alguna de ellas, arriesgándonos algo más y considerando acreditado el pago por notoriedad, con la comparecencia de testigos.

Como sabemos, esta materia se ha simplificado con la reforma del artículo 82 de la LH, llevada a cabo por la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos de 2002, según la cual: “A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantizaba debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca”.

c) Aplicación de la equidad en el campo del Derecho notarial.

6. Copias de poderes.

El artículo 227 del Reglamento Notarial dispone que: “El mandatario sólo podrá obtener copias del poder si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello”. Esta norma se considera “en plena armonía con el sistema de renovación tácita prevista en el artículo 1.713 del Código Civil y trata de impedir que el efecto revocatorio de la retirada de la copia del poder, quede burlada por medio de la obtención de una segunda copia no prevista ni querida por el poderdante” (RRDGRN de 15 de octubre de 1995, 12 de enero de 1990, 31 de enero de 1995, etc.).

No obstante lo anterior, la misma DGRN, ante los requerimientos de la práctica, ha admitido la posibilidad de expedir esta segunda copia, a instancia del apoderado, siempre que se haga “a los solos efectos de posibilitar la inscripción en los registros de la propiedad correspondientes, de aquellos negocios jurídicos que habiéndose formalizado en escritura públi-

ca con anterioridad a la fecha de la revocación, no obstante haber sido autorizado por el respectivo notario sobre la base de exhibición del poder, éste no hubiera sido testimoniado en aquéllas por alguno de los procedimientos previstos en el artículo 166 del Reglamento Notarial” (RRDGRN de 31 de enero de 1995, entre otras). Actualmente, conforme al artículo 98 de la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos de 2002 no es necesario testimoniar conforme al Reglamento Notarial, pero sí la afirmación por el notario de que se le exhibió el poder y que a su juicio es suficiente para el otorgamiento de que se trata.

La DGRN, en la Resolución transcrita y en otras, tiene que encontrar cauces para salvaguardar los derechos de quien los adquiere en escritura pública en la que el notario afirma que el poder está vigente porque se le exhibe. Es curioso que la Dirección nos diga que “es a los solos efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad”, cuando creemos que podría ser para otros fines, siempre que se revista de las garantías suficientes la expedición de la copia para impedir su utilización por el apoderado en supuesto diferente de aquel que pretende completarse con la copia expedida.

Al no tenerse que transcribir actualmente las facultades de los apoderados y ser suficiente el juicio del notario, la necesidad de la expedición de estas copias es más difícil que se produzca.

7. Unidad de acto y diligencia de adhesión.

El artículo 176 del Reglamento Notarial, en su párrafo segundo, dispone que: “... en general, la adhesión a todo negocio jurídico, cuando en las escrituras matrices no aparezca la nota que las revoque o desvirtúe y la Ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad de acto, podrá formalizarse mediante diligencia de adhesión”. Sin embargo, a veces, estando la escritura preparada para redactarse en un solo acto, al final y de sorpresa para el notario, resulta que uno de los que debían comparecer no lo ha hecho, lo que obliga a redactar sobre la marcha en el texto de la escritura una aclaración a este hecho, distorsionándose el texto completo preparado para su otorgamiento en un sólo acto.

Es lo ocurrido en el caso contemplado por la RDGRN de 18 de marzo de 1986. Al final del texto de la escritura y antes de la firma de los otorgantes, el notario hizo constar: “Redactada esta escritura para otorgarse en un solo acto, no comparece D. Fulano, que se adherirá a la presente mediante diligencia posterior, conforme a lo previsto en el artículo 176 del RN, a lo que prestan su consentimiento los comparecientes en este acto”. La DGRN en esta Resolución considera que “Este instrumento no fue preparado desde un principio para tales otorgamientos sucesivos, y ello ori-

gina distorsiones en su redacción que hubieran debido evitarse, pero que no son suficientes para rechazar la inscripción”.

Aprovecha la DGRN en la misma Resolución para estimular la unidad de acto y reconocer en algunas ocasiones su dificultad y cómo el notario deberá valorarlas, es “conveniente –nos dice– que el notario procure por todos los medios a su alcance la comparecencia simultánea de los otorgantes a pesar de las incomodidades que ello pueda ocasionarles, pero todas aquellas razones no tienen alcance suficiente para que la legislación notarial haya tratado de imponer esa unidad de acto formal o documental en todos aquellos casos en que no viene exigida la unidad de acto sustantiva”.

La unidad de acto sustantiva, aun en supuestos en que la Ley no lo exija, deberá ponderar el notario, es decir, deberá actuar con equidad, si debe o no exigirla. No es igual en una compraventa en que se pretende la comparecencia de ambos cónyuges compradores, casados en régimen de gananciales, que comparezca por diligencia de adhesión uno de ellos, a que actúe de este modo el cónyuge del vendedor respecto de una finca ganancial, máxime si en el primer otorgamiento se pretende el pago íntegro del precio. Vemos cómo la equidad no significa siempre atemperar la norma, la equidad notarial puede significar exigir un rigor mayor.

8. Algunos aspectos de las actas notariales.

Como destaca RODRÍGUEZ ADRADOS (27), la escritura pública está esencialmente destinada a expresar los pensamientos de los otorgantes, especialmente sus declaraciones de voluntad. Las actas notariales, por el contrario, están en principio destinadas a narrar las actuaciones propias del notario; el notario, se dice, es el protagonista en las actas, mientras que en las escrituras los otorgantes son los *domini negotii*. Al ser así vemos cómo la equidad tendrá también que inspirar la actuación del notario en el documento en que él es “protagonista”.

a) *Fe de conocimiento.*

La primera es la relativa a la fe de conocimiento del rogante. A diferencia de las escrituras, en las actas el artículo 197-2 del RN dice que: “No exigen tampoco la dación de fe de conocimiento, con igual excepción, y salvo el caso de que la identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido”. Podría plantearse si el precepto ha sido derogado por el nuevo artículo 17 bis de la LON, que exige en

(27) “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, t. IV de *Estudios Jurídicos*, p. 193. Ed. por el Consejo General del Notariado Español.

todo documento público notarial la dación de fe por el notario de la identidad de los otorgantes. Creemos que esta derogación no se ha producido, el precepto habla de otorgantes, no de comparecientes y como sabemos en las actas no hay otorgamiento, sino requerimiento sin más.

Volviendo a la no exigencia de la dación de fe en las actas, el tema es delicado. El peligro es la creación de una apariencia y en la medida que el acta exceda de la constatación de un mero hecho, podemos estar creando una apariencia de legitimidad en el requirente. Pensemos en las actas de requerimiento y en las de manifestaciones. Por ello, el atender al caso concreto es fundamental. Opina GONZÁLEZ PALOMINO (28) “Que el mero hecho de que el notario diga que ante él comparece don Fulano de Tal y Cual es una afirmación de identidad, capaz de surtir las más graves consecuencias como no se desvirtúa la afirmación de una manera terminante y clara, haciendo constar que el notario no conoce al que dice que ante él ha comparecido”. RODRÍGUEZ ADRADOS (29), por su parte, considera que “Si el notario no hace salvedad alguna, implica que ha identificado a la persona que designa; pero solamente que ha formado un juicio positivo acerca de su identidad, conforme a la verdadera naturaleza que el juicio de identificación tiene, y con el mero valor de presunción *iuris tantum*, sin haber elevado, por tanto, ese juicio a la categoría de hecho, con su mayor eficacia y mayor responsabilidad notarial, que es lo que la Ley quiere decir cuando habla de fe de conocimiento”.

Pensamos nosotros que debemos distinguir, según se trate de la identificación del requirente o de la identificación de la persona con la que el notario se encuentra al cumplimentar el acta. Respecto del requirente, creemos que si bien el artículo 197-2 contiene una dispensa de identificar por los medios de identificación previstos en la legislación notarial, sí que el notario debe tener un mínimo de elementos para considerar que el requirente es la persona que dice ser. Por ejemplo, el notario apoya su juicio en documentos que no son exactamente los previstos en el artículo 23 de la LON, o en testigos a los que no conoce, pero que los identifica por sus documentos de identidad. Admitir sin más el requerimiento de alguien que no aporta ningún elemento para su identificación puede ser peligroso. Como señala RODRÍGUEZ ADRADOS (30), el rogante insta la actuación notarial, y el notario puede ponerle la “carga” de que se identifique. Añadiríamos nosotros: si no de un modo perfecto, sí al menos con algunos elementos que avalen el juicio del notario. Pero consideramos que en estos

(28) *Negocio jurídico y documento*, p. 20.

(29) Obra citada en nota anterior, p. 64.

(30) *Op. cit.*, p. 64.

casos el notario deberá dejar muy claro en el acta lo incompleto de su identificación notarial.

Cosa distinta es la relativa a la identificación de la persona con la que se entiende la actuación notarial, que conforme indica el artículo 191 del RN no será necesario que el notario dé fe de conocimiento de ella. Más aún, el notario carece de autoridad para exigir su identificación y pedirle sus documentos de identidad, incluso conforme resulta del artículo 202 del RN, la persona con quien se practica la diligencia puede negarse a dar su nombre. Lo que nos parece importante en todos estos supuestos es dejar muy claro en la redacción de la diligencia que la misma se ha practicado no con don Fulano de Tal, sino con quien dijo ser don Fulano de Tal.

Actualmente se están planteando problemas en las identificaciones con los extranjeros refugiados o apátridas, que carecen de documentos oficiales de identificación y requieren la actuación notarial, la mayoría de las veces porque lo exigen las disposiciones legales o el Ministerio del Interior, como un requisito más para dotarles de documentos de identificación. Una postura rigurosa del notario en relación a la identificación nos llevará a un círculo vicioso, no le autoriza el acta exigida para dotarles de documentación porque carece de documentación. De aquí que el notariado, inspirado por la equidad de la que venimos hablando, está procurando solucionar estas identificaciones, rebajando las exigencias y haciendo las oportunas advertencias, con fórmulas parecidas a esta:

“Comparece quien dice ser D. Fulano de Tal.

No me acredita su identificación, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la LON y en el Reglamento Notarial.

No obstante, admito su comparecencia por considerar que la presente acta le es necesaria (o conveniente) para conseguir ser documentado por la Administración Española. A este fin, y bajo su responsabilidad, apoya la afirmación de su identidad en:

— Dos testigos a los que no conozco, pero que les identifico por sus documentos de identidad.

— En los que dice ser su pasaporte o documento de identidad de su nacionalidad caducado, del que libro fotocopia con valor de testimonio para unir a esta matriz.

— Asimismo, me entrega una fotografía suya tamaño carné que uno a esta matriz y estampará al final del presente documento, al lado de su firma, la huella dactilar del dedo índice de su mano derecha.”

Esta identificación tendría su base en el Reglamento de Extranjería de 20 de julio de 2001, que al tratar de los extranjeros indocumentados en

su artículo 56, nos dice que: “En las dependencias policiales en que se efectúe su presentación, el interesado exhibirá los documentos de cualquier clase, aunque estuvieren caducados, que pudieran constituir indicios o pruebas de identidad”.

En la clausura del Simposio Notariado 2000, celebrado en Sevilla, una de las ponencias estuvo dedicada a “La integración jurídica de los inmigrantes” (31) y entre las conclusiones se aprobaron las siguientes: “Primera... El auxilio a un inmigrante en situación irregular (que ha cometido la falta administrativa de entrar en un país sin papeles) en estado de necesidad básica de alimentación o cobijo, no sólo no es delito, sino que es una obligación moral... Quinta. Los derechos básicos de los extranjeros, aun de los indocumentados, son tutelables en España por todos los medios jurídicos existentes, incluso flexibilizando la facultad de otorgar poderes para pleitos a favor de letrados y procuradores”.

b) *Imparcialidad y asesoramiento del notario.*

Es un tema delicado en materia de actas la imparcialidad y el asesoramiento por el notario. Desde un punto de vista dogmático es fácil convertir al notario en un sujeto meramente pasivo, que no debe asesorar nada en la rogación ni en el requerimiento, pues al estar enfrentados los intereses de las partes cualquier asesoramiento a una de ellas supondría quebrantar la imparcialidad notarial. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, el notario deberá actuar con equidad, sobre todo impidiendo que la parte menos informada pueda ser víctima de abusos o maquinaciones de la otra parte. La parte que RODRÍGUEZ ADRADOS (32) dedica a esta materia y que a continuación exponemos nos parece que recoge perfectamente lo que aquí decimos:

“El asesoramiento propio del notario es, en efecto, un asesoramiento imparcial, que funciona de manera típica en la escritura pública con dualidad o pluralidad de partes; el notario, un solo notario, ha de atender al mismo tiempo a los contrapuestos intereses de todas ellas a fin de aclarar sus respectivas posiciones y ayudarlas a conseguir un punto de equilibrio, estable y lo más justo posible. En cuanto los intereses no están al mismo tiempo y en igualdad de plano ante el notario, el esquema típico se disloca; pero el consejo a prestar por el notario tendrá que seguir siendo, en la medida posible, un consejo notarial, y por tanto imparcial, sin

(31) Las referencias que hacemos a este Simposio están en el *Boletín Notarial* número 13, de junio de 2000, editado por el Consejo General del Notariado Español.

(32) *Op. cit.* en notas anteriores, pp. 196-197.

equipararse nunca al consejo que pudiera dar un abogado, que no es ni tiene por qué ser un asesoramiento imparcial.

No hay otra salida que limitar el asesoramiento: el notario tiene que seguir indagando la voluntad del rogante, a fin de determinar la adecuación del acta elegida a la finalidad pretendida; tiene que proporcionarle informaciones legales; tiene que comprobar, en su caso, la concurrencia de los requisitos exigidos; y puede redactarle el acta misma, sobre todo si es legal o socialmente típica; pero no puede darle consejos para que prevalezca su interés en un clima prelitigioso. También tiene el notario que asesorar limitadamente al destinatario, proporcionarle informaciones legales, indicarle el alcance de la contestación que pretende, pero claro es, no ayudarle a que el requerimiento fracase...

Recordemos, finalmente, que hay un nivel en la actuación asesora del notario del que éste no puede prescindir, y que ha de aplicar igualmente a todos los que se acercan a él, lo mismo al rogante de su actuación que al requerido o notificado; el nivel de asistencia, exigido por el artículo 147-3 del Reglamento: y prestará asistencia especial al otorgante (o al requirente o al requerido) necesitado de ella; el notario no puede prestarse a ser utilizado como una trampa tendida a la buena fe de las partes, como ya decía la antigua jurisprudencia francesa, sino que tiene que asistir al ignorante, al inexperto, al precipitado, al compareciente débil, para seguir la expresión consagrada, porque la imparcialidad del notario ha de ser también en las actas una imparcialidad sustancial.”

c) *Práctica de la notificación o del requerimiento.*

Nos dice NÚÑEZ LAGOS (33) que el lugar en donde ha de practicarse la notificación o el requerimiento es trascendental porque “es el local, más que el consignatario, el que vincula al destinatario”. Ello es del todo cierto, el notario ha de hacer el requerimiento en el lugar señalado por el requirente y deberá informar al rogante de la importancia de señalar adecuadamente el lugar donde el requerimiento o la notificación deba practicarse. El notario cumplirá con notificar o requerir en dicho lugar. Sin embargo, no obstante el cumplimiento formal de su obligación, la equidad puede llevar al notario a hacer algo más, a procurar que la notificación o el requerimiento llegue a poder del requerido para evitar que quede en una actitud de indefensión. Pensemos que el lugar señalado para el requerimiento es el designado en un contrato o en una obligación, el notario acude allí, pero se le informa que el requerido cambió de domicilio y tiene uno nuevo en el que puede practicarse la notificación. Ciertamen-

(33) “Efectos sustantivos de las actas notariales”, en *RDN*, abril-junio 1965, pp. 53-54.

te el notario habrá cumplido con la notificación hecha en el domicilio para el que fue requerido, pero no creemos que se extralimite en su función, ni se le pueda acusar de parcialidad, si procura la mayor eficacia del requerimiento acudiendo también al que le dijeron que era su nuevo domicilio.

No debe olvidarse en estas materias de notificación, aunque sea en sede procesal, la importancia que el TC da a la comunicación, así por ejemplo en la Sentencia de 17 de enero de 2000 nos dice: “Desde antiguo (STC 9/81) hasta la reciente STC 109/99, el TC ha destacado la importancia de asegurar la defensa de los ciudadanos mediante la debida contradicción y audiencia, que impone a los órganos judiciales el deber de la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación, cuya omisión o defectuosa realización vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva si se impide a las partes procesales llegar al conocimiento real que necesitan para defender sus derechos... El Juzgado no agotó las posibilidades de que disponía para lograr la comunicación efectiva del demandado, ni reaccionó para lograr la efectiva citación cuando se le aportó en el acto del juicio una prueba documental que revelaba un domicilio distinto del facilitado por los demandantes, acudiendo directamente al sistema edictal”.

d) *Actas relacionadas con las Administraciones Públicas y con las embajadas o consulados extranjeros en España.*

Cuando se pretende hacer un requerimiento en el que de alguna forma está por medio la Administración Pública, el notario se encuentra en el dilema, por una parte, de no interferir en la esfera de la Administración y por otra de proteger al particular que tuviese un derecho digno de protección jurídica. En contra de la actuación del notario en esta esfera existe una vetusta y famosa OM de 24 de junio de 1880 que vetaba a los notarios cualquier posibilidad en esta materia, argumentando que las disposiciones administrativas “marcan los trámites que deben seguir todos sus expedientes..., y a esos trámites y no a otros han de sujetarse dichos expedientes”. En esta misma línea, una R. de la DGRN de 16 de marzo de 1963 advierte al notario “que en lo sucesivo se abstenga de aceptar requerimientos que excediendo de la competencia notarial se interfieran en las esferas judicial y administrativa”. Observar lo equivocado de equiparar ambas esferas.

Sin embargo, el notariado, que vivía el día a día, observaba que una negativa rotunda a aceptar dichos requerimientos podría ir en contra de intereses fundamentales de las personas y que incluso podría amparar en algún caso una determinada actuación arbitraria de la Administración o de algunos de sus funcionarios. Recuerdo en una población española que

se había hecho una revisión de las bases aplicables al Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos; se recurrieron estas bases en vía contencioso-administrativa y el Tribunal competente ordenó la suspensión de las mismas y, por tanto, la vigencia de las anteriores, hasta que recayese la sentencia correspondiente. No obstante, en el Ayuntamiento respectivo se negaban a aceptar “en la ventanilla” las liquidaciones practicadas con las antiguas bases. Muchos particulares requerían la actuación notarial para que en el acta correspondiente se hiciese constar esta negativa.

Ante la existencia de este tipo de supuestos, el Simposio Notarial 83, celebrado en Barcelona, decía en la ponencia IV cómo el notario ha de conjugar “el interés del requirente con el escrupuloso respeto a los estrechos cauces legales que el Derecho administrativo le impone, siendo su prudencia y buen sentido quien en cada caso le dictará su forma de proceder” y en las conclusiones definitivas de este tema IV-2, tras declarar que el notario debe ajustarse al ordenamiento administrativo aplicable, añade: “Deberá propiciarse, no obstante, la intervención notarial cuando lo exija así la salvaguarda de derechos de los particulares en evitación de perjuicios irreparables”.

Con la humanidad y maestría que le caracteriza, RODRÍGUEZ ADRADOS (34) destaca la importancia que en las actas puede tener la defensa de los derechos humanos en los tiempos de quiebra de las instituciones normales del Estado de Derecho. Añade a continuación el mismo autor que si bien es cierto que el notario debe proceder conforme a las leyes y por tanto respetando las competencias y los procedimientos establecidos en las leyes administrativas, esta doctrina puede verse afectada en supuestos concretos de indefensión del ciudadano, que producirían una ampliación del ámbito de aplicación de las actas notariales; cierto es que la defensa de los derechos de los ciudadanos están encomendados especialmente a los Tribunales de Justicia y al Defensor del Pueblo, pero el Notariado, al que compete la fe pública general, siempre ha acudido en su ayuda; sin su intervención, en el momento oportuno, tantas veces fugaz —concluye RODRÍGUEZ ADRADOS—, el daño podría haberse producido de manera irreparable.

Las ideas anteriores han sido recogidas de alguna forma en la R. de la DGRN de 2 de mayo de 1984. Se requieren los servicios de los tres notarios de una población para que en compañía del requirente se personen en el Ayuntamiento de la misma y “en su presencia, solicitar se le exhibieran ciertos documentos que en aquellos momentos deberían estar expuestos al público, dando fe de su solicitud y de si dichos documentos le eran o no puestos de manifiesto”. Los notarios no admiten el requerimien-

(34) “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, estudio citado en notas anteriores, pp. 200-201.

to, con apoyo fundamentalmente en la R. de 16 de marzo de 1963 y la Orden de 24 de junio de 1880; la DGRN, al igual que la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, considera justificada la negativa de los notarios a aceptar el requerimiento, porque lo pretendido era más que nada un requerimiento directo a la Administración, pero en cierto sentido alaba la postura de los notarios que intentan superar el rigor de la OM y de la R. de 1963, a las que califica de obsoletas, ofreciendo la intervención notarial para la presentación por los requirentes de escritos, reclamaciones, comunicaciones o documentos, a lo que se negaron los requirentes. Es el juego de la equidad notarial; ante un tema delicado, los notarios consideran la norma inadecuada y obsoleta, ofrecen cauces prudentes de solución para superarla, pero no quieren actuar sin límite, como si de legisladores se tratase. Transcribimos lo fundamental de esta Resolución.

La DGRN, en la citada Resolución considera: “Que en el momento actual *no puede mantenerse el rigor con que aquellas disposiciones deslindaban la esfera administrativa y la privada a los efectos de la intervención notarial sin que, por otra parte, tampoco pueda admitirse hoy una equiparación total entre ambas*”; “que al autorizar a los notarios el artículo 1.º de su Ley Orgánica para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, al mismo tiempo que les veda el acceso a la esfera judicial, implícitamente les permite actuar en la esfera administrativa, como extrajudicial que es, si bien con la importante limitación de que tal actuación, según el artículo 1.º de la Ley del Notariado, ha de ser conforme a las leyes”; “que el notario puede levantar actas de percepción de documentos expuestos al público y actas de entrega de documentos en la forma examinada; pero no proceden las notificaciones y requerimientos a personas determinadas de la Administración...”; “que, asimismo, ha de extremar la prudencia en aceptar la intervención notarial en los casos en que el requirente invoque su situación de indefensión ante la Administración, pues aunque tal alegación sea hoy particularmente atendible conforme a los principios constitucionales, la facilidad con que aquélla puede utilizarse y, de hecho, se utiliza, hace aconsejable, en evitación de abusos, que, como mínimo, el requirente declare en el acta bajo su responsabilidad hallarse en situación de indefensión, con la indicación de en qué consiste ésta y la actuación, órgano o funcionarios específicos que la originan”.

Relacionado con lo anterior y volviendo al tema de la ayuda al inmigrante, los notarios nos hemos encontrado requeridos para actas cuyo objeto era acreditar de alguna forma que la representación diplomática del país del requirente no le otorgaba pasaporte y ello con objeto de que el Ministerio del Interior pudiera dotar de documentación a un extranjero indocumentado. A la dificultad de interferir en la esfera de la Adminis-

tración se añade el de relacionarse con una Administración extranjera. La DGRN, en una Resolución algo tímida, pero en la que hace algunas afirmaciones de interés, aborda la materia en los términos siguientes:

“1.º Que... las embajadas y consulados extranjeros en España son territorio español, porque la antigua idea de extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público, que vincula a España por la idea de inviolabilidad de los respectivos edificios y por la inmunidad del *status* de los funcionarios diplomáticos o consulares acreditados en otro país.

2.º Que, si no hay cuestión, para que el notario español sea competente para actuar en el interior de las embajadas o consulados extranjeros, las actas que allí se autoricen han de estar sujetas a dos limitaciones para respetar escrupulosamente el peculiar *status* de las representaciones extranjeras:

- a) Un primer límite se encuentra en la necesidad de evitar toda injerencia en las relaciones entre el Estado extranjero y sus nacionales, lo cual lleva consigo que las actas notariales han de ceñirse exclusivamente a recoger como actas de referencia y con exclusión de cualquier intimación o requerimiento, las manifestaciones que voluntariamente quieran hacer los funcionarios diplomáticos o consulares respecto del hecho concreto –por ejemplo, la denegación de pasaporte– afirmado por el requirente del acta.
- b) Un segundo límite se encuentra en lo previsto por el artículo 31-2 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, cuando establece que «Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía».

3.º Que es, por tanto, muy posible que por el juego de las dos aludidas limitaciones el extranjero que haya requerido al notario no podrá acreditar por esta vía notarial la realidad de su falta de documentación, pero ello no ha de ser un obstáculo para que en unión de otras pruebas, el acta, aun fracasada, pueda constituir un indicio de valor a los efectos de que pueda ser apreciada por las autoridades españolas competentes para proveer de documentación a los extranjeros indocumentados.”

La doctrina sentada por esta Resolución ha quedado superada por el artículo 58-4 del Real-Decreto de 20 de julio de 2001, por el que se aprue-

ba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Efectivamente este artículo establece que el extranjero indocumentado “acreditará que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, si concurre esta circunstancia, mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado y no atendido”. Por tanto, nos encontramos ante un acta típica, en el sentido de estar prevista en la legislación, con lo que no cabe ya plantearse la hipótesis de si el notario puede o no hacerla; el notario está obligado a hacerla, cuando se le requiera para ese fin.

De otro lado, el precepto habla de requerimiento a la Misión Diplomática o Consular. Se aparta de la doctrina aceptada y recogida en las dos RR de la DGRN relativas a que el notario no puede requerir a la Administración Pública y, por ende, a las Misiones Diplomáticas o Consulares, que las actas deben limitarse a ser de presencia (entrega de documentos o de los expuestos al público), al hablar de requerimiento. Podría objetarse en contra de lo que decimos que este artículo 58-4 al hablar de requerimiento lo hace como rogación y no en sentido técnico, pero no parece que ello sea así. El precepto habla de un requerimiento efectuado y no atendido, es decir, que se solicitó algo y no se atendió.

**NOTAS SOBRE LA LEY DE PRESUPUESTOS
GENERALES DEL ESTADO
(Ley 2/2004, de 27 de diciembre)
Y LA LEY DE MEDIDAS TRIBUTARIAS,
ADMINISTRATIVAS Y DE FUNCIÓN
PÚBLICA DE LAS ILLES BALEARS
(Ley 8/2004, de 23 de octubre) (*)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario Honorario

I. LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

La pobrecilla ha nacido sola, triste y abandonada. La llamada “Ley de amañamiento”, oficialmente Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, deja de acompañarla como venía haciendo desde 1983. Todos hemos ganado, desde el ciudadano más modesto hasta el más insigne jurista, y por ello debemos felicitarnos.

La Exposición de Motivos de esta Ley 2/2004 es más que clara y explica el porqué de la desaparición de la Ley de Acompañamiento. De una

(*) Circular número 13, de 2 de febrero de 2005, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

parte, el respeto a la delimitación constitucional del contenido de la Ley de Presupuestos Generales (contenido necesario, constituido por la determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos que pueden realizar el Estado y entes a él vinculados o de él dependientes; y contenido eventual, estrictamente limitado a las materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gastos o los criterios de política económica general, que sean complemento necesario para la más fácil interpretación y más eficaz ejecución de los Presupuestos Generales y de la política económica del Gobierno), y de otra, desde el punto de vista de la técnica legislativa, la toma en consideración de la crítica del Consejo de Estado, ya puesta de manifiesto en su Memoria de 1999 (graves distorsiones como consecuencia de la periódica incorporación al ordenamiento jurídico –asistemática y por aluvión– de innovaciones heterogéneas y dispares en cuanto a su relevancia e, incluso, en cuanto al fundamento; aumento de la dispersión normativa; dispersión que dificulta el conocimiento de la aplicación de unas normas jurídicas...).

Por todo ello, y continuamos sintetizando la Exposición de Motivos, el Gobierno ha optado este año (lo de este año nos asusta, nos hubiera gustado más una opción sin delimitación temporal) por remitir a las Cortes únicamente la Ley de Presupuestos, reservando a otros proyectos legislativos, con coherencia sistemática interna y tramitados por los procedimientos legislativos habituales, las reformas que sean precisas.

Tras expresar nuestra más cordial enhorabuena por esta decisión pasamos a examinar las normas tributarias y otras disposiciones que consideramos interesantes desde la óptica notarial.

A) Normas tributarias (tít. VI, arts. 57 a 67)

1. Impuestos directos.

a) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

— *Artículo 57. Coeficientes de actualización del valor de adquisición.*
A efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 23 del texto refundido de la Ley del IRPF (RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo) y con el fin de corregir la depreciación monetaria, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2005, los coeficientes de actualización del valor de adquisición serán los siguientes:

Año de adquisición	Coficiente
1994 y anteriores	1,1690
1995	1,2350
1996	1,1928
1997	1,1690
1998	1,1463
1999	1,1257
2000	1,1040
2001	1,0824
2002	1,0612
2003	1,0404
2004	1,0200
2005	1,0000

Cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,2350.

Tratándose de bienes inmuebles afectos a actividades económicas, los coeficientes aplicables para la actualización del valor de adquisición serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 60 de esta Ley, que veremos más adelante.

— *Artículo 58. Escala general del Impuesto.* Con vigencia exclusiva para el ejercicio 2005, el artículo 64 de la Ley del IRPF queda modificado, a saber:

1. *Tipos de gravamen.*

Base liquidable	Cuota íntegra	Resto base liquidable	Tipo variable
—	—	—	—
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0	0	4.080	9,56
4.080	369,65	9.996	15,84
14.076	1.932,02	12.240	18,68
45.900	9.078,66	19.584	24,71
		En adelante	29,16

2. Se entenderá por tipo medio de gravamen estatal el derivado de multiplicar por 100 el cociente resultante de dividir la cuota obtenida por la aplicación de la escala del número precedente por la base liquidable general. Este tipo medio se expresará con dos decimales.

— *Artículo 59. Escala autonómica o complementaria del Impuesto.* Se da nueva redacción al artículo 75 LIRPF, de modo que la base liquidable general será gravada a los tipos de la escala autonómica que hayan sido aprobadas por cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado la escala, será aplicable la siguiente:

Base liquidable	Cuota íntegra	Resto base liquidable	Tipo aplicable
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0	0	4.080	5,94
4.080	242,35	9.996	8,16
14.076	1.058,02	12.240	9,32
26.316	2.198,79	19.584	12,29
45.900	4.605,66	En adelante	15,84

La forma de determinar el tipo de gravamen autonómico o complementario es la misma expuesta en el artículo anterior, si bien aplicado sobre la cuota obtenida de acuerdo con la escala precedente. También se expresará con dos decimales.

b) Impuesto sobre Sociedades.

— *Artículo 60. Coeficiente de corrección monetaria.* Los coeficientes previstos en el artículo 15.10.a) del texto refundido de la Ley de este impuesto (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán los siguientes:

	Coeficiente
Con anterioridad a 1 de enero de 1984	2,0420
En el ejercicio 1984	1,8541
1985	1,7124
1986	1,6120
1987	1,5357
1988	1,4672
1989	1,4031
1990	1,3481
1991	1,3022
1992	1,2732
1993	1,2567
1994	1,2339

	<u>Coefficiente</u>
En el ejercicio 1995	1,1846
1996	1,1282
1997	1,1029
1998	1,0887
1999	1,0811
2000	1,0757
2001	1,0536
2002	1,0408
2003	1,0232
2004	1,0134
2005	1,0000

— *Artículo 61. Pago fraccionado.* La cuantía del pago fraccionado se obtiene aplicando a las bases previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 45 del texto refundido el porcentaje que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Así se pronuncia el apartado 4 del indicado artículo 45. Y la nueva Ley de Presupuestos que examinamos, en el artículo 61 que encabeza, cumple con esta misión del modo siguiente:

a) El 18 por 100 para los sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviere vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

b) Para los sujetos pasivos que hubiesen optado, durante el mes de febrero del año natural, en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural, el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

Estarán obligados a aplicar esta modalidad los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones –calculado conforme al art. 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre)– haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2005.

c) No obstante, las entidades que, por exigencia de normas contables españolas de obligado cumplimiento, deban utilizar en la formulación de sus cuentas anuales individuales del año 2005 criterios contables adaptados a las normas internacionales de información financiera aprobadas por los Reglamentos de la Unión Europea, podrán aplicar, exclusivamente en el pago fraccionado correspondiente al mes de abril de 2005, la modalidad del 18 por 100 [que es la prevista en el apart. 2 del art. 45 del texto refundido y a la que nos hemos referido en la letra a) precedente].

— *Artículo 62. Modificación de los artículos 108, 109 y 111 del texto refundido.* A saber:

a) *Artículo 108. Ámbito de aplicación.* Cifra de negocios. Los incentivos fiscales aplicables a las empresas de reducida dimensión lo serán siempre que el importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo anterior sea inferior a ocho millones de euros (antes la cifra era la de seis millones).

En lo demás el artículo permanece inalterado (entidades de nueva creación y grupos de sociedades del art. 42 CCom o de personas físicas que se encuentren con relación a otras entidades de las que sean socios en alguno de los casos a que se refiere dicho art. 42 CCom).

b) *Artículo 109. Libertad de amortización.* La única modificación afecta al párrafo 2.º del número 1 de este precepto, que aumenta la cuantía de la inversión que podrá beneficiarse del régimen de libertad de amortización. Antes era la que resultaba de multiplicar la cifra de 90.151,82 euros por el incremento de la plantilla medida total de la empresa respecto de la plantilla media de los doce meses anteriores. A partir del 1 de enero de 2005, la indicada cifra se eleva a 120.000 euros.

c) *Artículo 111. Amortización del inmovilizado material nuevo y del inmovilizado inmaterial.* Se modifica solamente el número 1, aumentándose la cuantía de la amortización, que antes era en función del coeficiente que resulte de multiplicar por 1,5 el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización oficialmente aprobadas, y que, a partir del 1 de enero del año en curso, es el que se obtenga multiplicando por dos dicho coeficiente de amortización lineal máximo.

— *Disposición adicional quincuagésima séptima. Modificación del artículo 114 del texto refundido.* Las entidades calificadas como empresas de reducida dimensión (*vid.* art. 108 recién examinado) tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta Ley, deban tributar a un tipo diferente del general (que es el 35 por 100):

a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, al tipo 30 por 100 (en la redacción originaria era la base comprendida entre 0 y 90.151,81 euros).

b) Por la parte de base imponible restante se mantiene el tipo del 35 por 100.

La indicada cifra de 120.202,41 euros también se tomará en cuenta para calcular la parte de base imponible que tributará al tipo del 30 por 100

cuando el período impositivo tenga una duración inferior al año (aplicando a dicha cantidad la proporción en la que se hallen el número de días del período impositivo entre 365 días, o la base imponible del período impositivo cuando ésta fuera inferior).

c) Impuestos sobre Bienes Inmuebles.

Según el artículo 63, con efectos de 1 de enero de 2005, se actualizarán todos los valores catastrales mediante la aplicación del coeficiente 1,02, que recaerá:

— Sobre el valor asignado para 2004, respecto de los inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro,

— y sobre los valores catastrales notificados en el ejercicio 2004, obtenidos de la aplicación de ponencias de valores parciales aprobados en el mencionado ejercicio.

2. Impuestos indirectos.

a) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En el artículo 64 se actualizan, como todos los años, las tarifas por transmisiones y rehabilitación de franquizas y títulos nobiliarios, modificándose el artículo 43 del texto refundido de la Ley (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), y que, con efectos desde 1 de enero de 2005, serán las siguientes:

Escala	Transmisiones directas	Transmisiones transversales	Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros
	Euros	Euros	Euros
1.º Por cada título con grandeza	2.349	5.888	14.118
2.º Por cada gran- deza sin título	1.679	4.210	10.078
3.º Por cada título sin grandeza	670	1.679	4.040

b) Impuestos especiales.

Se actualizan al 2 por 100 los tipos impositivos específicos de los Impuestos sobre el Alcohol y las Bebidas Alcohólicas y del Impuesto sobre las Labores del Tabaco (art. 65).

3. Otros tributos.

Asimismo se actualizan al 2 por 100 los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal, excepto las que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2004. Se mantienen, no obstante, para el ejercicio 2005, los tipos y cuantías fijas establecidas para las tasas que graven los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2004 (art. 66).

La tasa por reserva de dominio público radioeléctrico se actualiza de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002 (art. 67).

B) Otras disposiciones

Uno. Interés legal del dinero (disp. adic. quinta). Queda establecido en el 4 por 100 hasta el 31 de diciembre de 2005 (art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio) y el de demora, durante el mismo período, en el 5 por 100 (*vid.* art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Dos. Actividades prioritarias de mecenazgo (disp. adic. décima). A los efectos de lo establecido en el artículo 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, la disposición adicional décima hace su enumeración y a ella nos remitimos. Los porcentajes y los límites de las deducciones establecidas en los artículos 19, 20 y 21 de la citada Ley se elevarán en cinco puntos porcentuales en relación con las actividades incluidas en la relación a la que nos hemos remitido.

Tres. Apoyo financiero a las pequeñas y medianas empresas (disp. adic. vigésima quinta). Con objeto de mejorar su competitividad y contribuir a la generación de empleo, se crea una línea de financiación destinada a favorecer la financiación de los proyectos empresariales promovidos por las Pequeñas y Medianas Empresas. Para este fin se utilizará como instrumento financiero el préstamo participativo regulado por el artículo 20 del RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, modificado por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre.

Cuatro. Modificaciones del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (disp. adic. trigésima segunda). Se modifican:

— La disposición transitoria duodécima, conforme a la cual, y hasta el 31 de diciembre de 2006, la determinación de la base liquidable del IBI se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el Ayuntamiento comunique a dicho centro directivo que la competencia será ejercida por él, conforme a lo prevenido en el artículo 77 del propio texto refundido. Comunicación que deberá realizarse antes de que finalice el mes de febrero del año en que asuma el ejercicio de la mencionada competencia.

— Se añade una nueva disposición transitoria decimotercera, estableciéndose que a los inmuebles rústicos valorados conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (RD Legislativo 1/200, de 5 de marzo) les será de aplicación, hasta la realización de un procedimiento de valoración colectivo de carácter general, la reducción a que se refiere el artículo 67 y, en su caso, la bonificación que hubiera acordado el Ayuntamiento conforme al artículo 74.2, y

— Se amplía hasta el 31 de diciembre de 2006 el plazo para la aplicación de la reducción en la base imponible del IBI a que se refiere la disposición transitoria octava de esta Ley, relativa a la tributación de los bienes inmuebles de características especiales.

Cinco. Modificación del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RD Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (disp. adic. trigésima cuarta). Las modificaciones introducidas exceden de la finalidad perseguida en estas notas. Bástenos con indicar que afectan al artículo 6, apartado 2 (concepto y clases de bienes inmuebles); artículo 9 (titulares catastrales y representación); artículo 13, apartados 2 y 3 (procedimiento de incorporación mediante declaraciones); artículo 14, párrafo d) (procedimiento de incorporación mediante comunicaciones); artículo 15 (procedimiento de incorporación mediante solicitud); artículo 16, párrafos e) y f) del apartado 2 (reglas comunes a las declaraciones y comunicaciones), disposición transitoria primera, apartados 1 y 2 (clasificación de bienes inmuebles y contenido de las descripciones catastrales) y nueva disposición transitoria séptima (incorporación de cotitularidades al Catastro).

Seis. Subvenciones al transporte aéreo y marítimo para los residentes en las Islas Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disp. adic. cuadragésima tercera). Se autoriza al Gobierno de la Nación para que durante el año 2005

modifique la cuantía de las subvenciones actualmente vigentes o, en su caso, reemplace dicho régimen por otro sistema de compensación.

Siete. Compensación fiscal a los arrendatarios de vivienda habitual en 2004 (disp. trans. primera). La cuantía de esta deducción será el 10 por 100 de las cantidades satisfechas en 2004 por el alquiler de la vivienda habitual, con el límite de 601,01 euros anuales.

El importe de la deducción se restará de la cuota líquida total del Impuesto, después de las deducciones por doble imposición a que se refieren los artículos 81 y 82 del texto refundido de la LIRPF (deducción por doble imposición de dividendos y deducción por doble imposición internacional, respectivamente).

Tienen derecho a esta deducción los contribuyentes con deducción por alquiler de vivienda habitual en el IRPF en el año 1998, cuyos contratos de alquiler fueran anteriores al 24 de abril de 1998 y se mantengan en el ejercicio 2004, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que las sumas de las partes general y especial de la renta del período impositivo minorado en las reducciones reguladas en el artículo 51 y en el apartado 3 del artículo 58 del texto refundido de la LIRPF (por rendimientos del trabajo y por discapacidad de trabajadores activos, respectivamente) no sea superior a 21.035,42 euros en tributación individual o 30.050,61 euros en tributación conjunta.

b) Que las cantidades satisfechas en 2004 en concepto de alquiler excedan del 10 por 100 de los rendimientos netos del contribuyente.

Ocho. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2004 (disp. trans. segunda). Los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad al 4 de mayo de 1998 y puedan aplicar en 2004 la deducción prevista en el artículo 69.1 del texto refundido (deducción por inversión en vivienda habitual) tendrán derecho a esta deducción, cuya cuantía será la diferencia positiva entre el importe del incentivo teórico que hubiera correspondido, de mantenerse la normativa vigente a 31 de diciembre de 1998 y la deducción por inversión en vivienda que proceda para 2004.

El incentivo teórico de referencia se obtendrá mediante la suma de las siguientes cantidades:

a) El resultado de aplicar el tipo medio de gravamen (que es el obtenido de sumar los tipos medios, estatal y autonómico, a los que se refieren los arts. 64.2 y 75.2 del texto refundido) a la magnitud resultante de sumar los importes satisfechos en 2004 por intereses de capitales aje-

nos invertidos en la adquisición de la vivienda habitual, con el límite de 4.808,01 euros en tributación individual o 6.010,12 euros en tributación conjunta, y por la cuota y los recargos, salvo el apremio, devengados por el IBI, menos la cuantía del rendimiento imputado que hubiera resultado de aplicar el artículo 34.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF (rendimientos de inmuebles no arrendados o subarrendados, que serán, excluidos el suelo no edificado, la cantidad que resulte de aplicar al valor catastral el porcentaje del 2 por 100 con carácter general y tratándose de inmuebles cuyos valores catastrales hubieran sido revisados de acuerdo con los arts. 70 y 71 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de las Haciendas Locales y hayan entrado en vigor el 1 de enero de 1994, el 1,10 por 100).

b) El resultado de aplicar el 15 por 100 a las cantidades invertidas durante 2004 en la adquisición de la vivienda habitual que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69.º-2.º del texto refundido de la LIRPF, en derecho a deducción por inversión en vivienda habitual, excluidos los intereses derivados de la financiación ajena. Las cantidades invertidas tendrán como límite el 30 por 100 del resultado de adicionar a las bases liquidables, general y especial, el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 41 (suma del mínimo personal de 3.400 euros anuales y el mínimo por descendientes) y las reducciones reguladas en los artículos 54 (por cuidado de hijos), 55 (por edad) y apartados 1 y 2 del artículo 58 (por discapacidad del contribuyente y por discapacidad de ascendientes o descendientes, respectivamente) del texto refundido de la LIRPF.

La cuantía de la deducción se restará de la cuota líquida total, después de las deducciones por doble imposición de los referenciados artículos 81 y 82 del repetido texto refundido.

* * *

II. LEY DE MEDIDAS TRIBUTARIAS, ADMINISTRATIVAS Y DE FUNCIÓN PÚBLICA DE LAS ILLES BALEARS

No comparte el Parlamento de nuestras islas la decisión adoptada por el Gobierno Central y aprueba, no sólo la Ley de Presupuestos (Ley 7/2004, de 23 de diciembre), sino también esta Ley (8/2004) que enmarca –lo expresa su Exposición de Motivos– en las conocidas como “leyes de acompañamiento de los presupuestos generales”, cuya finalidad es complementar a ésta y constituir, con ella, una unidad de acción racional para cumplir los objetivos de política económica. Para gustos, no hay nada escrito.

Por su interés destacamos:

A) Normas tributarias

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

— *Artículo 2. Deducción autonómica por gastos de adquisición de libros de texto* (segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y ciclos formativos de formación profesional). Deducción de la cuota íntegra autonómica del impuesto: el 100 por 100 de los importes destinados a estos gastos por cada hijo que curse estos estudios, con los límites siguientes:

a) En declaraciones conjuntas, rentas:

- De hasta 9.000,00 euros: 100,00 euros por hijo.
- Entre 9.000,01 y 18.000,00 euros: 50,00 euros por hijo.
- Entre 18.000,01 y 24.000,00 euros: 25,00 euros por hijo.

b) En declaraciones individuales, rentas:

- De hasta 4.500,00 euros: 50,00 euros por hijo.
- Entre 4.500,01 y 9.000,00 euros: 25,00 euros por hijo.
- Entre 9.000,01 y 12.000,00 euros: 18,00 euros por hijo.

Solamente se tendrán en cuenta aquellos hijos que den derecho a la reducción prevista en concepto de mínimo familiar en el artículo 43 de la LIRPF (RD Legislativo 3/2004). Se refiere a hijos solteros menores de veinticinco años o discapacitados cualquiera que sea su edad, siempre que convivan con el contribuyente y no tengan rentas anuales superiores a 8.000 euros.

Cuando la parte general de la renta del período supere la cuantía de 24.000,00 euros en tributación conjunta y 12.000,00 euros en la individual, no será de aplicación esta deducción. Los gastos deberán justificarse documentalmente en los términos que se establezcan reglamentariamente.

— *Artículo 3. Deducción con respecto a los contribuyentes residentes en estas islas de edad igual o superior a sesenta y cinco años.* La deducción en la cuota íntegra autonómica será de 36,00 euros, siempre que la parte general de la renta del período no supere la cuantía de 12.000,00 euros o de 24.000,00 euros, respectivamente, según se trate de tributación individual o conjunta.

— *Artículo 4. Deducción por adquisición o rehabilitación de vivienda habitual en el territorio de estas islas realizada por jóvenes con residencia en las mismas.* Los jóvenes que no hayan cumplido treinta y seis años el día que finalice el período impositivo, cuya parte general de la renta no exceda de los 18.000,00 euros en tributación individual o de los 30.000,00 en tributación conjunta, podrán deducir de la cuota íntegra autonómica el 6,5 por 100 de las cantidades satisfechas por la adquisición o la rehabilitación de la que constituya o tenga que constituir su residencia habitual.

La base máxima de esta deducción estará constituida por el importe resultante de minorar la cantidad de 9.000,00 euros en aquella cantidad que constituya para el contribuyente la base de la deducción por inversión en vivienda habitual en la normativa estatal del impuesto. Se incluirán en esta base las cantidades satisfechas, incluidos los gastos de adquisición que hayan ido a cargo del contribuyente y, en caso de financiación ajena, la amortización, los intereses y los otros gastos derivados de ésta.

Vivienda habitual es la definida como tal en el artículo 69.3 del texto refundido de la LIRPF (RD Legislativo 3/2004). La remisión debió hacerse al artículo 69.1.3.º, donde se establece que vivienda habitual es aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años o aquella donde, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca su fallecimiento o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda (separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otros análogos).

— *Artículo 5. Deducción por el arrendamiento de vivienda habitual en el territorio de estas islas realizado por jóvenes con residencia en las mismas.* Los menores de treinta y seis años podrán deducir de la cuota íntegra autonómica el 10 por 100 de las cantidades satisfechas, con un máximo de 200,00 euros anuales, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se trate del arrendamiento de la vivienda habitual, ocupada efectivamente por el contribuyente, que la fecha del contrato sea superior al 23 de abril de 1998 y que su duración sea igual o superior a un año.

b) Que se haya constituido, a favor del IBAVI, la fianza prevenida en la LAU (art. 36, Ley 29/1994, de 24 de noviembre).

c) Que, durante al menos la mitad del período impositivo, ni el contribuyente ni ninguno de los miembros de su comunidad familiar sean titulares, del pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute, de otra vivienda sita a menos de 70 kilómetros de la vivienda arrendada, salvo que esté ubicada en otra isla.

d) Que el contribuyente no tenga derecho a ninguna deducción por inversión en vivienda habitual, salvo la correspondiente a las cantidades depositadas en cuentas vivienda.

e) Y que la parte general de la renta no supere la cuantía de 18.000,00 euros o de 30.000,00, respectivamente, en el caso de tributación individual o conjunta.

Vivienda habitual, se repite, la definida en el artículo 69.3 del texto refundido de la LIRPF.

— *Artículo 6. Deducción para los declarantes con minusvalía física o psíquica o con descendientes con esta condición.* Para cada contribuyente y, en su caso, por cada miembro de la unidad familiar que tenga la consideración legal de persona con minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, se establece una deducción en la cuota íntegra de 60,00 euros, siempre que su parte general de la renta no supere los topes de 12.000,00 euros o de 24.000,00, según se trate de tributación individual o conjunta.

En el caso de que los cónyuges hayan optado por la tributación individual y tengan derecho a la reducción prevista en concepto de mínimo por descendientes establecido en el citado artículo 43 de la LIRPF, cada uno tendrá derecho a aplicarse íntegramente la deducción.

— *Artículo 7. Deducción para los declarantes que sean titulares de fincas o terrenos incluidos en áreas de suelo rústico protegido.* Los titulares de dichas fincas o terrenos (*vid.* art. 19.1, aparts. a, b y c, de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de directivas de ordenación territorial) y de fincas incluidas dentro de parques naturales, reservas naturales, monumentos naturales declarados protegidos (*vid.* Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres), siempre que al menos el 33 por 100 de su extensión quede incluida en el área protegida, podrán deducir de la cuota íntegra autonómica el 50 por 100 de los gastos de conservación y mejora realizados, siempre que estos gastos no se hayan considerado como deducibles de los ingresos brutos a los efectos de determinar la base imponible.

La deducción no podrá superar la mayor de estas dos cantidades:

a) La satisfecha en concepto de IBI, excepto las fincas ubicadas dentro de los parques, reservas y monumentos naturales, para los cuales será el triple de la satisfecha por dicho impuesto.

b) La cantidad de 25,00 euros por hectárea en los casos de parques, reservas y monumentos naturales y la de 12,00 euros, también por hectárea, para el resto de los supuestos.

El importe de esta deducción, junto con las restantes aplicables al contribuyente, puede llegar hasta el 100 por 100 de la cuota íntegra autonó-

mica del ejercicio en que se hayan producido los gastos de conservación y mejora.

2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

— *Artículo 8. Mejora de la reducción estatal de la base imponible en la adquisición por causa de muerte de la vivienda habitual.* Tendrán una reducción del 100 por 100 sobre el valor de la vivienda habitual del causante, con el límite de 123.000,00 euros por cada sujeto pasivo, siempre que los causahabientes sean el cónyuge, los ascendientes o los descendientes, o parientes colaterales mayores de sesenta y cinco años que hayan convivido con el causante durante los dos años anteriores a la defunción.

Para la aplicación de esta reducción, la adquisición se debe mantener durante los diez años siguientes a la defunción del causante, a no ser que el adquirente muera dentro de este plazo.

Si la adquisición no se mantuviere durante este plazo tendrá que satisfacerse la parte que haya dejado de ingresarse como consecuencia de la reducción y los intereses de demora correspondientes.

Comparaciones: artículo 20.2 c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. *Vid.* asimismo la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible de este impuesto de vivienda habitual y empresa familiar.

— *Artículo 9. Mejora de la reducción estatal de la base imponible en las adquisiciones por causa de muerte de bienes afectos a actividades económicas o de participaciones sociales.* El plazo de mantenimiento de la adquisición de diez años, establecido en el invocado artículo 20.2 c) de la Ley 29/1987, se reduce a cinco.

— *Artículo 10. Mejora de la reducción estatal de la base imponible en las adquisiciones entre vivos de bienes afectos a actividades económicas o de participaciones sociales.* En los casos de transmisión de participaciones *inter vivos*, a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta –según la redacción que le dio la

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social-), el donante deberá tener sesenta o más años y la adquisición deberá mantenerse durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, a menos que muera dentro de este plazo.

La mejora consiste en la reducción de la edad del donante (en el régimen general se exigen sesenta y cinco o más) y en la reducción del plazo de mantenimiento de la adquisición (que pasa de diez a cinco años).

— *Artículo 11. Mejora de la reducción en las adquisiciones por causa de muerte para personas con minusvalía superior al 65 por 100.* Se eleva hasta los 300.000,00 euros la reducción prevista en el citado artículo 20 de la Ley 29/1987 (que es de 150.253,03 euros), para los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir que tengan la consideración legal de minusválidos con un grado de discapacidad superior al 65 por 100.

Esta reducción se declara compatible con cualquier otra que pueda corresponderle de acuerdo con el repetido artículo 20.

— *Artículo 12. Bonificación autonómica a los sujetos pasivos del Grupo I, en adquisiciones por causa de muerte.* En las adquisiciones por descendientes y adoptados menores de veintiún años se les aplicará una bonificación autonómica del 99 por 100 sobre la cuota tributaria del impuesto.

— *Artículo 13. Mejora de la reducción estatal de la base imponible en las adquisiciones por causa de muerte para los Grupos I y II.* La reducción prevista para los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir, cuando se trate de descendientes y adoptados menores de veintiún años (Grupo I) o de descendientes y adoptados de veintiuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes (Grupo II), se eleva hasta los 25.000,00 euros.

— *Artículo 14. Reducción autonómica de determinados bienes y participaciones en las adquisiciones por causa de muerte.* El 95 por 100 del valor de los terrenos situados en el área de suelo rústico protegido a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 19.1 de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directivas de ordenación territorial de las Islas Baleares [áreas naturales de especial interés de alto nivel de protección (AANP), definidas por la Ley 1/1991, de 30 de enero, así como también los espacios naturales protegidos, declarados según la Ley 4/1989, de 27 de marzo; las áreas naturales de especial interés (ANEI), definidas por dicha Ley 1/1991, que no se incluyen en la categoría anterior, y las áreas rurales de interés paisajístico (ARIP), asimismo definidas en la repetida Ley 1/1991] o un área de interés agrario (AIA) a las que se refiere la disposición transito-

ria octava de la Ley 6/1999 (hasta que se aprueben los planes territoriales correspondientes y que se enumeran en la misma por islas).

Esta reducción se aplicará a la base imponible, será independiente de las ya existentes en la legislación estatal o autonómica y tendrá efectos cuando se trate de adquisiciones *mortis causa* a favor de cónyuges, ascendientes o descendientes del causante y sólo respecto a las fincas en las que, como mínimo, un 33 por 100 de la extensión quede incluida dentro de las áreas expresadas. Reducción que será incompatible con cualquier otra, estatal o autonómica, que recaiga sobre dichos bienes.

Del mismo porcentaje de reducción (el 95 por 100) disfrutarán las adquisiciones por causa de muerte de participaciones en entidades y sociedades mercantiles cuyo activo esté constituido por terrenos donde como mínimo un 33 por 100 de la extensión esté situado en las áreas de anterior referencia y que se ajusten a los límites siguientes:

a) Sólo se aplicará al mayor valor, a efectos del impuesto sobre el patrimonio, de la parte de superficie de los terrenos en que al menos dicho 33 por 100 se encuentre situado en alguna de las áreas de suelo rústico protegido.

b) Sólo alcanzará el valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre el valor de los terrenos, una vez minorado en el importe de las deudas que existan sobre éstos y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Si lo captas a la primera..., ¡buen captador serás!

— *Artículo 15. Bonificación autonómica en las donaciones de padres a hijos y otros descendientes para la adquisición de la primera vivienda habitual.* Dos tipos de bonificaciones, ambas del 85 por 100, a los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir, a saber:

1.º En la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones y donaciones que se devengan como consecuencia de las donaciones de dinero de padres a hijos o a otros descendientes (¡vaya terminología! Si no son hijos, no serán donantes los padres. ¿Por qué no hablar de ascendientes?) para la adquisición de la primera vivienda que tenga que constituir la residencia habitual de los donatarios, siempre que:

a) Se formalice en escritura pública y se haga constar, de manera expresa, la voluntad de que el dinero donado se destina a la adquisición de la primera vivienda, etc., etc.

- b) La edad del donatario sea menor de treinta y seis años.
- c) La vivienda se adquiriera dentro del plazo máximo de seis meses desde la formalización de la donación.
- d) El donatario tenga un patrimonio inferior a 400.000,00 euros.
- e) Y el importe máximo de la donación sea de 30.000,00 euros, salvo el supuesto de contribuyentes minusválidos con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, en que el máximo se eleve a 42.000,00 euros.

2.º En la parte de la cuota tributaria que corresponda al 50 por 100 de la base imponible que se devengue como consecuencia de las donaciones de padres a hijos o a otros descendientes de un bien inmueble que deba constituir la primera vivienda habitual de los donatarios, siempre que:

- a) Se formalice en escritura pública (de Perogrullo: art. 633 CC).
- b) Ser el donatario menor de treinta y seis años.
- c) Tener el donatario un patrimonio inferior a 400.000,00 euros.
- d) La vivienda debe ser la primera vivienda habitual en territorio español.
- e) El donatario no tiene que ser titular de ninguna otra vivienda ni de ningún otro derecho real sobre otro inmueble destinado a vivienda (peor que impreciso; debería referirse a un derecho real de uso y/o disfrute. ¿Qué pasa si lo es de una hipoteca?).
- f) El importe del indicado 50 por 100 de la base imponible no puede superar los 30.000 euros o los 42.000,00 caso de contribuyentes minusválidos con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 (en dinero, minusvalía del 33 por 100 y en inmuebles del 65 por 100; no lo entiendo).

Estos límites (debe referirse a los 30 ó 42 mil euros) tienen que aplicarse tanto en el caso de una única donación como en el de donaciones sucesivas, provengan del mismo ascendiente o de diferentes ascendientes (¡vaya!, aquí sí que hablamos de ascendientes).

— *Artículo 16. Bonificación autonómica en las donaciones de padres a hijos y otros descendientes para la constitución de una empresa individual o negocio profesional o para la adquisición de participaciones en entidades.* También a los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir, del 85 por 100 en la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones y donaciones que se devenguen como consecuencia de las donaciones de dinero entre las personas indicadas y para los fines expresados en el encabezamiento, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Formalizarse en escritura pública y hacerse constar de manera expresa el repetido destino, cuando sea la primera empresa, negocio profesional o primeras participaciones sociales.

b) Edad del donatario: inferior a treinta y seis años.

c) La constitución o adquisición de la empresa, negocio o participaciones, tiene que llevarse a cabo en el plazo máximo de seis meses.

d) El patrimonio del donatario tiene que ser inferior a 400.000,00 euros.

e) El importe máximo de la donación sea de 30.000,00 euros o 42.000,00 en el supuesto de contribuyentes con minusvalía igual o superior al 33 por 100.

f) Si lo que se adquiere es una empresa individual, el importe neto de la cifra de negocio del último ejercicio cerrado no puede superar los tres millones de euros y, si se tratara de un negocio profesional, un millón de euros.

g) Tratándose de adquisición de participaciones de una entidad, además de cumplirse los requisitos de la letra precedente, será necesario que las participaciones adquiridas por el donatario tienen que representar, como mínimo, el 50 por 100 del capital social y que el propio donatario ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad.

h) En ninguno de los tres supuestos (empresa, negocio o participaciones) no tiene que existir ninguna vinculación entre “aquéllas” y el donatario (¿a quién se refiere el legislador con el sustantivo “aquéllas”) en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) –que considera personas o entidades vinculadas a una sociedad y sus socios; una sociedad y sus consejeros o administrador; una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores; dos sociedades de acuerdo con lo prevenido en el artículo 42 CCom, etc., hasta nueve supuestos más a los que nos remitimos, mejor dicho, remitimos a nuestros lectores, que algo tienen que hacer, ¿o no?

— *Artículo 30. Obligaciones formales del sujeto pasivo en el impuesto sobre sucesiones y donaciones.* Obligación de presentar, junto con la declaración tributaria comprensiva de los hechos imponible o la autoliquidación (art. 3.º, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto de que se trata), un certificado emitido por la entidad financiera correspondiente por cada cuenta bancaria del cual fuera titular el causante, en el que deberán constar los movimientos efectuados en el período del año natural anterior a su fallecimiento.

Importante norma que no debe ser olvidada en ningún asesoramiento notarial y/o fiscal.

3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

a) *Transmisiones Patrimoniales.*

— *Artículo 17. Bonificación autonómica en la adquisición de la vivienda habitual por parte de determinados colectivos.* Bonificación del 57 por 100 de la cuota, que debe solicitarse y tiene que autoliquidarse e ingresarse el tipo general que corresponda a la adquisición de que se trate, previa solicitud de la aplicación de la bonificación a la Administración tributaria en el plazo y en la forma que reglamentariamente se determine, la cual podrá hacerse efectiva mediante una o diversas liquidaciones provisionales, una vez hechas las comprobaciones pertinentes, en el plazo máximo de cuatro años, a través del procedimiento que se determine reglamentariamente, aplicable a:

1. Transmisión de inmuebles que vayan a constituir la vivienda habitual del contribuyente menor de treinta y seis años o discapacitado con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 y se cumplan las siguientes condiciones:

a) La parte general de la renta del período en el ejercicio anterior al de la adquisición no exceda de los 18.000,00 euros o 27.000,00 euros, según se trate de tributación individual o conjunta y sin que en ningún caso dicha parte general de cualquiera de los miembros de la sociedad familiar, computada por separado, pueda superar los 18.000,00 euros.

La parte general de la renta se determinará conforme a lo prevenido en el artículo 39 del texto refundido de la LIRPF (RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo) –la totalidad de la renta, excluidas las ganancias y pérdidas patrimoniales previstas en el art. 40, y será el resultado de sumar los saldos a los que se refieren las letras a) y b) del propio art. 39.

b) La vivienda tiene que ser la primera habitual en territorio español, sin haberse podido disfrutar antes de ninguna otra (¿qué debemos entender por disfrutar? ¿Habrà “disfrutado” un arrendatario?).

c) El valor de la vivienda a efectos del impuesto sobre el patrimonio no podrá superar los 180.000,00 euros.

d) La superficie construida máxima no puede exceder de 120 metros cuadrados.

e) El contribuyente tiene que residir efectivamente en la vivienda un mínimo de tres años desde la fecha de adquisición.

2. Transmisión de inmuebles que vayan a constituir la vivienda habitual de una familia numerosa y se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la adquisición se lleve a cabo dentro del plazo de los dos años siguientes a la fecha en que la familia del sujeto pasivo haya alcanzado la consideración legal de numerosa o, si ya lo era con anterioridad, en el plazo de los dos años siguientes al nacimiento o adopción de cada hijo.

b) Que en los plazos indicados en la letra anterior se lleve a cabo la transmisión onerosa de la anterior vivienda habitual.

c) Que el valor de la vivienda a efectos del impuesto sobre el patrimonio no supere la cuantía de 240.000,00 euros.

d) Que la superficie construida sea superior en más de un 10 por 100 a la superficie construida de la vivienda anterior.

e) Que la suma de la parte general de la renta del período a efectos del IRPF no exceda de los límites expresados en la letra a) del número 1 precedente.

f) Que el adquirente o adquirentes tienen que ser uno o los dos cónyuges con quien convivan los hijos sometidos a la patria potestad.

g) Que el contribuyente tiene que residir efectivamente en la vivienda con todos los miembros de la unidad familiar un mínimo de tres años, a menos que aumente la familia por nacimiento o adopción y se produzca la adquisición de una nueva vivienda.

Todo lo prevenido en este artículo 17 está pendiente de su desarrollo reglamentario, en el que esperamos se nos aclare si la autoliquidación ha de ser al “tipo general” o al “tipo bonificado”.

— *Artículo 18. Tipos de gravamen en operaciones inmobiliarias.* Los del artículo 11.1 a) del texto refundido (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) quedan modificados, a saber:

a) El 7 por 100 como regla general.

b) El 1 por 100 en la transmisión particular de VPO.

c) El 0,5 por 100 en caso de inmuebles situados en el ámbito territorial del Parque Balear de Innovación Tecnológica.

d) El 3 por 100 cuando concurren los requisitos siguientes:

— Que sea aplicable a la operación alguna de las exenciones de los apartados 20, 21 y 22 del artículo 20.1 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), o sea, las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables y los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público; las entregas

de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación inicial a las Juntas de Compensación y las adjudicaciones de terrenos que se efectúan a los propietarios por las propias Juntas en proporción a sus aportaciones; y las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.

— Que el adquirente sea sujeto pasivo del IVA, actúe en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional y tenga derecho a la deducción del IVA soportado por estas adquisiciones conforme al artículo 20.2 de dicha Ley del IVA (posibilidad de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma determinada en el art. 8 del Reglamento del IVA –RD 1624/1992, de 29 de diciembre– y tenga derecho a la deducción total del impuesto soportado, que lo tendrá cuando el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en el que se haya de soportar el impuesto permita su deducción íntegra).

— Y que, con carácter previo o simultáneo a la entrega, se haga constar expresamente por el transmitente que, a pesar de poder acogerse a la renuncia a dicha exención, opte por no renunciar.

— *Artículo 31. Obligaciones formales de las empresas de subastas y demás entidades que organicen subastas de bienes en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.* Obligación de remitir a la Dirección General competente en materia de tributos, la primera quincena de cada trimestre, una lista de las transmisiones de bienes en las que hayan intervenido, efectuadas durante el trimestre anterior. Lista que deberá comprender los datos de identificación del transmitente y del adquirente, la fecha de la transmisión, una descripción del bien subastado y el precio final de adquisición.

No se libran tampoco del deber general de colaboración establecido en la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

b) Actos Jurídicos Documentados.

— *Artículo 19. Tipos de gravamen.* Las primeras copias de escrituras y actos notariales (debe decir “actas”) cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable y contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial (¿dónde ha ido a parar el Registro de Bienes Muebles? *Vid.* art. 31.2 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD) no sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones o a los de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias (núms. 1.º y 2.º del apart. 1 del art. 1 de la citada Ley), tienen que tributar, además de por la cuota fija prevista en

el artículo 31.1 de dicha norma (papel timbrado de 0,30 euros por pliego o 0,15 por folio), a los tipos de gravamen siguientes:

- a) El 1 por 100 como regla general.
- b) El 0,5 por 100 en las copias de escrituras y actas notariales (no actos) que documenten la adquisición de viviendas que vayan a constituir la habitual de jóvenes menores de treinta y seis años, discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 y familias numerosas siempre que cumplan los mismos requisitos que establece el ya examinado artículo 17 de esta Ley para la solicitud de la bonificación en la transmisión onerosa.
- c) El 0,1 por 100 en el caso de que formalicen la constitución y la cancelación de derechos reales de garantía a favor de una sociedad de garantía recíproca con domicilio social en estas islas.
- d) El 1,5 por 100 en el caso de documentos en los que se haya renunciado a la exención, también examinada, a que se refiere el artículo 20.2 de la Ley del IVA con referencia a los números 20, 21 y 22 del artículo 20.1 de la propia Ley.
- e) El 0,5 por 100 en los siguientes actos o contratos con viviendas calificadas por la Administración como protegidas que no disfruten de exención:

— Transmisión de solares y cesión del derecho de superficie para su construcción.

— Declaraciones de obra nueva y construcción de edificios en régimen de propiedad horizontal, y

— Primera transmisión entre vivos del dominio de viviendas.

En el primer supuesto (transmisión de solares...) bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad de construir viviendas protegidas. El beneficio se entenderá concedido con carácter provisional y condicionado al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para este tipo de viviendas. Y quedará sin efecto si han transcurrido tres años a partir del reconocimiento y no se ha obtenido su calificación provisional.

4. Normas de gestión tributaria.

Además de las consignadas en los expuestos artículos 30 y 31, se establece:

— *Artículo 28. Modificación del plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y*

AJD. El plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones, junto con el documento o declaración escrita sustitutiva del documento, será de un mes, a contar desde el momento en que se cause el acto o contrato. Este plazo será de un mes y diez días naturales si la presentación y liquidación de las declaraciones-liquidaciones se efectúa por vía telemática. En cualquier caso, dichos plazos podrán ser modificados reglamentariamente (?).

Lo previsto en este artículo se basa en lo prevenido en el artículo 41.2 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la cual se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía.

IMPORTANTE: Aunque se me pueda tachar de pedante o prepotente considero que debemos resaltar que no es lo mismo treinta días que un mes (cfr. art. 5.1 CC). Los treinta días del artículo 102 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD (RD 828/1995, de 29 de mayo) eran hábiles y su cómputo empezaba en el día siguiente; en el caso ahora vigente (plazo de un mes), el cómputo es de fecha a fecha, salvo cuando en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al inicial, en cuyo caso el plazo expirará el último del mes (citado art. 5.1 CC). Así que a darse más prisa para expedir las copias y para presentar los documentos a liquidación. Aviso para notarios y gestores.

— *Artículo 29. Pago y presentación telemática preceptiva de determinados tributos.* Por orden del Consejero competente en materia de Hacienda puede exigirse el pago y la presentación de la documentación necesaria para la liquidación del tributo por Internet de determinados tributos propios y cedidos, gestionados por esta Comunidad Autónoma, en lo que concierne a los contribuyentes o presentadores que superen la cifra de negocios, el número de presentaciones o el importe de tributos satisfechos que, a tal efecto, fijen dichas órdenes.

5. Normas en materia de patrimonio público local del suelo y en materia de enajenación de bienes patrimoniales.

Dedica la Ley su artículo 37 a establecer normas sobre el patrimonio público local del suelo y de enajenación de bienes patrimoniales.

Extractamos y destacamos:

— Que es obligación de los Consejos insulares y de los Ayuntamientos la constitución de su respectivo patrimonio público local del suelo.

— Que este patrimonio constituirá un patrimonio separado del resto de bienes de los entes locales.

— Que integrarán este patrimonio los bienes patrimoniales que resulten clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable y que los entes locales destinen a esta finalidad y, en cualquier caso, los obtenidos como consecuencia de cesiones derivadas de la Administración en las plusvalías generadas.

— Que deben incorporarse a este patrimonio los terrenos clasificados como suelo urbanizable no programado o suelo rústico que se adquieran con dicha finalidad.

— Que los bienes de este patrimonio, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, tienen que ser destinados a actuaciones dirigidas a regular el mercado del suelo o a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés general.

— Que los terrenos pertenecientes a este patrimonio con calificación anterior adecuada para intervenir en el mercado, obtener reservas de suelo o facilitar la ejecución del planeamiento territorial o urbanístico, sólo pueden ser enajenados mediante el sistema de concurso. Si el concurso fuere declarado desierto, el ente local correspondiente podrá enajenarlo libremente en el plazo máximo de un año, con arreglo al pliego de condiciones y con una variación máxima del 10 por 100 referida a las condiciones económicas establecidas en dicho pliego de condiciones, y

— Que la enajenación de los bienes inmuebles de carácter patrimonial que no formen parte del patrimonio público local del suelo debe hacerse mediante subasta o, en los casos en que el precio no sea el único criterio determinante de la enajenación, mediante concurso.

6. Obras y usos en parcelas o solares que, como consecuencia de una obra pública o declarada de utilidad pública para cuya ejecución se haya seguido el sistema de expropiación, no cumplan con el requisito de parcela y/o de fachada mínimas.

De acuerdo con lo prevenido en la disposición adicional undécima, cabe su autorización, previa solicitud de licencia urbanística, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Que la obra o uso autorizado cumpla con todos los requisitos establecidos por la normativa vigente, salvo los mentados de parcela y/o fachada mínima.

b) Que el propietario solicite la autorización dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha del acta de ocupación del suelo expropiado.

Lo que se acaba de exponer también será de aplicación a aquellos supuestos en los que la obra pública o declarada de utilidad pública no haya sido recepcionada el 1 de enero de 2005. En estos casos, el cómputo del plazo de tres años para solicitar la autorización ha de iniciarse a partir de dicha fecha.

* * *

Una vez más iniciamos el año alegrándoos la vida (¡jua, jua!) con estas notas informativas –no olvidarlo, simples notas informativas– relativas, especialmente, a las medidas fiscales adoptadas en la Ley de Presupuestos y sus adláteres. Medidas siempre amenas y que producen regustín al leerlas (?). Como desagravio, permitidme que os desee a todos un muy feliz año notarial y extranotarial.

SEGUNDA CONVOCATORIA EN SL

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. LEGISLACIÓN. 2. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. 3. UTILIDAD DE LA SEGUNDA CONVOCATORIA. 4. MAYORÍAS REFORZADAS. 5. DERECHOS DE LOS SOCIOS. 6. INTERPRETAR EL RRM. 7. CONCLUSIONES.

1. Legislación

La Ley de Sociedades Limitadas dice:

Artículo 46. *Forma y contenido de la convocatoria.*

1. *La Junta general será convocada mediante anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social.*

2. *Los estatutos podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domi-*

cilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.

3. *Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días. En los casos de convocatoria individual a cada socio, el plazo se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos.*

4. *En todo caso, la convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así como el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar.*

En el anuncio de convocatoria por medio de comunicación individual y escrita figurará asimismo el nombre de la persona o personas que realicen la comunicación.

Artículo 53. Principio mayoritario.

1. *Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco. (...)*

Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil dice:

Artículo 186. Funcionamiento de la Junta general.

1. *Los estatutos podrán establecer que la convocatoria de la Junta general se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en el que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios.*

2. *Los estatutos no podrán distinguir entre primera y segunda convocatoria de la Junta general. (...)*

2. Dirección General de los Registros y del Notariado

La Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2002, en el expediente 2/02 sobre depósito de cuentas (1), declara: “*Por lo que se refiere a la celebración de la Junta en segunda convocatoria, debe decirse que el artículo 186,2 del Reglamento del Registro Mercantil señala que los estatutos de esta clase de sociedades no pueden distinguir entre primera y segunda convocatoria (...)*”.

(1) Se puede consultar en *La Notaría*, 2002, noviembre-diciembre, p. 515.

La Resolución de la DGRN de 11 de enero de 2002 señala (2) que la regulación legal de las sociedades limitadas, al regular los requisitos de la convocatoria en el artículo 46 LSL, *“ha establecido un sistema para la adopción de los acuerdos sobre la base de un determinado porcentaje de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (cfr. art. 53), que hace poco operativo distinguir entre convocatorias”*.

La postura de la DG, al enfrentarse al problema de la validez o nulidad de las segundas convocatorias para una Junta general en sociedad limitada, se puede resumir en los siguientes puntos:

1. En primer lugar, reconoce que la Ley de SL es respetuosa con la libertad de pacto de los socios. Esta libertad se exterioriza, en el ámbito mercantil, en los pactos estatutarios inscritos en el Registro Mercantil. De este respeto se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley.

2. En lo concerniente a la convocatoria de las Juntas generales de las sociedades limitadas, la Ley no prohíbe la segunda convocatoria. En este punto se debe reseñar una clara extralimitación reglamentaria sobre la referencia a la segunda convocatoria, salvo que se interprete, no como prohibición de la misma, sino como constancia de su no diferenciación respecto a la primera convocatoria.

3. La Ley no prohíbe la segunda convocatoria, y el Reglamento se limita a recordar que los estatutos no pueden diferenciar entre primera y segunda, sin prohibir expresamente la segunda convocatoria. Todavía no se ha planteado la cuestión y la DG no ha entrado a resolver sobre la validez o no de una cláusula estatutaria que previera la segunda convocatoria, pero sí se refiere a esta posibilidad para dejarla en espera.

4. En todo caso, en lo referente a la convocatoria de la Junta general, hay que cumplir escrupulosamente el procedimiento establecido en los estatutos sociales, de manera que, si los estatutos no han llegado a prever la segunda convocatoria, no llega a surgir el debate por no estar previsto en los estatutos sociales.

De todo esto resulta el siguiente planteamiento de la cuestión: ¿es válida la cláusula estatutaria que prevea convocar la Junta general de la SL en segunda convocatoria sin ninguna diferencia con la primera convocatoria?, ¿es útil esta posibilidad o resulta inoperante?

(2) *La Notaría*, 2002, marzo, p. 249.

3. Utilidad de la segunda convocatoria

Quizá sea mejor empezar por la última cuestión. La nueva regulación de la SL estableció un sistema de adopción de acuerdos novedoso. El sistema conocido de las sociedades mercantiles se basa en una mayoría para la constitución de la Junta y otra posterior y distinta para la adopción de los acuerdos sociales. Se pensó que este sistema era más propio de las sociedades de capital donde las mayorías son aritméticas, con independencia de la cualidad personal de los socios.

De esta manera, en una sociedad anónima, la Junta general ordinaria que aprueba las cuentas anuales quedará válidamente constituida en segunda convocatoria cualquiera que sea el capital concurrente y suponiendo que en la primera convocatoria no hubiera concurrido al menos el 25 por 100 del capital. Una vez constituida la Junta, los acuerdos se adoptarán por mayoría de los concurrentes. De tal forma, que nos podríamos encontrar con que las cuentas anuales se aprobarán en segunda convocatoria por una mayoría que representa el 10 por 100 del capital social.

En la sociedad limitada no se funciona de esta manera. La ley abolió los quórum de constitución de la Junta general. Sólo existe (se constituye) la Junta cuando se puede adoptar el acuerdo social. Es tanto como decir que las Juntas generales no se constituyen, sino que simplemente toman acuerdos. Pero, además, el legislador añadió un mínimo de votos para adoptar acuerdos, que debe ser de un tercio de los votos totales de la sociedad.

CÁMARA (3) entiende que, a su juicio, no existe inconveniente en que existan segundas convocatorias siempre que los estatutos lo permitan, señalándose el plazo que debería mediar entre una y otra convocatoria. Pero señala que el RRM se extralimita en sus atribuciones e impide las segundas convocatorias.

4. Mayorías reforzadas

Sin embargo, no siempre se ha pensado en las sucesivas convocatorias con la finalidad de rebajar la exigencia de asistencia de los socios a la Junta general. En otras ocasiones, se tiene en cuenta la segunda convocatoria para poder exigir una mayoría superior a la legal o mayoría reforzada en la primera convocatoria.

(3) DE LA CÁMARA, Manuel: *Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1998, p. 182.

Para CABANAS TREJO (4), siempre que en la segunda convocatoria se respetaran los mínimos legales imperativos, no habría inconveniente en admitir una primera convocatoria en la que se deba decidir por unas mayorías reforzadas sobre el mínimo legal.

Pensemos, por ejemplo, en el acuerdo de trasladar el domicilio social. Conforme a lo dispuesto en la Ley, para que una SL pueda trasladar su domicilio social a otra localidad, como se trata de una modificación de los estatutos sociales, se requiere el voto favorable de más de la mitad de los votos. Los socios podrían acordar en los estatutos sociales que, para el caso de trasladar el domicilio social a otra localidad, se exigiera en primera convocatoria el voto favorable de dos tercios de los votos y en segunda convocatoria el voto favorable de más de la mitad de los votos.

Aunque quizá no podamos comprender la utilidad de una segunda convocatoria, lo cierto es que si no se prohíbe por la LSL, ni tampoco se prohíbe por el RRM, no debería existir mayor problema en admitir que puede convocarse una Junta general de una sociedad limitada en primera y segunda convocatoria, la primera con una mayoría de acuerdos reforzada. En tal supuesto, el RRM quedaría extralimitado respecto a la LSL y al respeto de los acuerdos de los socios, que es una de las líneas directrices de la reforma mercantil.

5. Derechos de los socios

Parece que el mayor enemigo que se aduce a las convocatorias sucesivas es el posible fraude de los derechos individuales de los socios. En este sentido se expresa la antes mencionada RDGR de 11 de enero de 2002 ante la pretensión de querer convalidar una segunda convocatoria no prevista en los estatutos: *“lo cierto es que legalmente no puede admitirse la validez de una segunda convocatoria por cuanto ello supondría atribuir a los administradores unas facultades discrecionales a la hora de señalar segundas, terceras o posteriores convocatorias, sin distinción de quórum requeridos para cada una de ellas y en fechas a determinar libremente, con la consiguiente inseguridad jurídica y menoscabo del derecho de asistencia del socio que, presente al tiempo en que habría de celebrarse en primera, puede racionalmente presumir que legalmente ya no podrá celebrarse sin ser convocada de nuevo”*.

(4) CABANAS TREJO, Ricardo: “Comentario del artículo 53 de la Ley”, en la obra colectiva *La sociedad de responsabilidad limitada*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, tomo I, p. 310.

Se trata de no sorprender a los socios en la adopción de acuerdos sociales y concederles la oportunidad de asistir a la Junta, recabar información concreta sobre los asuntos y poder decidir con fundamento de juicio sobre los temas a tratar.

Pero nada de lo anterior se entorpece por el hecho de poder hacerlo en una o dos convocatorias. De hecho, así se viene haciendo *desde siempre* en las sociedades anónimas y nadie ha resultado perjudicado. La cuestión no es la segunda convocatoria, es la convocatoria misma. Si existe, no hay problema; si no existe convocatoria, aunque sea la única, no existe Junta, salvo los casos de Junta universal.

Es más, si la convocatoria en una SL no puede hacer referencia a los quórum de constitución, como así es, tendremos la certeza que siempre se adoptarán los acuerdos con el mínimo legal requerido para adoptar el acuerdo en cuestión. Nunca quedará el socio menos protegido de lo que ya lo está con la ley.

La diferencia entre primera o segunda convocatoria ya no puede tener su fundamento en la asistencia de socios a la Junta (en el quórum de asistencia) porque en cualquier caso será el necesario para adoptar el acuerdo. Pero si se entiende que siempre las segundas convocatorias rebajan los requisitos de adopción de acuerdos respecto de las primeras y que existen unas mayorías legales para la adopción de acuerdos en la LSL, llegaremos a la conclusión que la utilidad de la segunda convocatoria es reforzar el porcentaje de voto para la adopción de acuerdos en primera convocatoria.

Esto no puede ser de ninguna manera perjudicial para los socios. Que se exija un mayor porcentaje de los votos para adoptar acuerdos en primera convocatoria, que se quiera refrenar los excesos de una mayoría minoritaria dentro de la sociedad, que se quiera reunir un mayor acuerdo en las adopciones de acuerdos sociales reforzando las mayorías legales, nada de esto es perjudicial ni para los socios ni, en su conjunto, para la propia sociedad.

Tanto la primera como la segunda convocatoria deberán reunir los requisitos de publicidad, expresión, orden del día, etc. No puede caber el engaño o fraude a los socios.

6. Interpretar el RRM

Entonces, ¿cómo entender la expresión reglamentaria que dice que entre la primera y la segunda convocatoria no habrá distinciones?

1. En primer lugar conviene recordar que la LSL no prohíbe la segunda convocatoria y que el RRM tampoco, aunque algunos lo interpretan en otro sentido, pero de la literalidad de sus palabras sólo se debe entender que no existan diferencias, no que no existan segundas convocatorias.

2. Amparados por la Ley y por la literalidad del Reglamento y convencidos que no es perjudicial ni para los socios, ni para la propia sociedad la existencia de segundas convocatorias, por el principio del *favor societatis* podemos entender que la segunda convocatoria es posible siempre que su convocatoria no sea distinta de la primera convocatoria.

3. Y esta igualdad de convocatorias deberá referirse a los requisitos formales para convocar a la Junta general, que son los establecidos en los estatutos sociales o en la ley, por defecto. En este sentido, la convocatoria de la Junta general se rige por los preceptos estatutarios y por la LSL, tanto la primera como la segunda. En todo caso, no será posible realizar una segunda convocatoria si los estatutos no lo permiten, porque la ley no se refiere a ella.

4. Por tanto, la segunda convocatoria deberá ser en cualquier caso una convocatoria estatutaria.

7. Conclusiones

1. La doctrina de la DGRN no se ha pronunciado expresamente sobre la validez de las segundas convocatorias en SL.
2. La LSL no prohíbe las segundas convocatorias.
3. El RRM tampoco las prohíbe, sino que se limita a establecer que no podrán existir diferencias.
4. La segunda convocatoria puede ser útil para el mejor funcionamiento de la sociedad y la armonía entre los socios.
5. En todo caso, deberá estar prevista la segunda convocatoria en los estatutos sociales.

Dirección General de los Registros y del Notariado

SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN EN EL CASO “FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS”. UN PASO FIRME EN LA BUENA DIRECCIÓN

RICARDO CABANAS TREJO

Notario

RESOLUCIÓN de 14 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos gubernativos interpuestos por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., y por el Notario don V. P. M. P., contra la negativa del Registrador Mercantil XI de Barcelona, don H. S. R., a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de nombramiento de administradores de la citada sociedad.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en los recursos interpuestos por el Letrado don J. M. V. R., en nombre de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., y por el Notario don V. P. M. P., contra la negativa del Registrador Mercantil XI de Barcelona, don H. S. R., a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de nombramiento de administradores de la citada sociedad.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don V. P. M. P. el 22 de julio de 2004, se elevaron a público los acuerdos sociales de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., adoptados en Junta universal celebrada en la sede social el 23 de junio de 2004, por los que, según se expresa en el cuerpo de dicha escritura, quedan reelegidos o nombrados, según el caso, como miembros del Consejo de Administración, por el plazo de cinco años: don J.-F. D., don O. (don J.) O., don R. M. S., don F. F. F. C., don D. C., don F.-B. G. P., don H. P., don J.-M. M. y la sociedad EAC Inversiones Corporativas, S.L. Y en la certificación de tales acuerdos que queda unida a dicha matriz se detalla lo siguiente: 1.º A fin de cubrir las vacantes producidas por vencimiento del mandato del Consejero don O. (don J.) O. –que había sido nombrado por el procedimiento de cooptación–, así como de los mandatos de los hasta entonces Consejeros don H. P., don R. M. S., EAC Inversiones Corporativas, S.L., don J.-F. D. y don J.-M. M., la Junta General ha acordado reelegir o nombrar, según los casos, como miembros del Consejo de Administración, por un período de cinco años a don O. (don J.) O., don H. P., don R. M. S., don J.-F. D., EAC Inversiones Corporativas, S.L., y don J.-M. M. Se añade que el acuerdo anterior fue aprobado por mayoría del 99,18% de las acciones que concurrieron a la junta y tenían derecho a voto, con la abstención de 164.927 acciones (entre las que se encuentran las 72.375 acciones de ACCIONA, S.A. no agrupadas, y las 4.280 de TIBEST, S.L.), con el voto en contra de 453.830 acciones y el voto a favor de 74.898.113 de las 75.516.870 que, de las 95.101.995 presentes, tenían derecho a voto (deducidas las 19.585.125 acciones que fueron objeto de agrupaciones por ACCIONA, S.A.); y 2.º A fin de cubrir las vacantes producidas por vencimiento del mandato del Consejero don F. F. F. C. –que había sido nombrado por el procedimiento de cooptación–, así como de los mandatos de los hasta entonces Consejeros don D. C. y don F.-B. G. P., la Junta General ha acordado reelegir o nombrar, según los casos, como miembros del Consejo de Administración, por un período de cinco años a don F. F. F. C., don D. C., don F.-B. G. P. Además, se especifica que el acuerdo anterior fue aprobado por mayoría del 78,76% de las 95.101.995 acciones que concurrieron a la Junta y tenían derecho a voto, con la abstención de 19.750.052 acciones (entre las que se cuentan las 19.657.500 acciones de ACCIONA, S.A., y las 4.280 de TIBEST, S.L.), con el voto en contra de 453.830 acciones y el voto a favor de 74.898.113.

II

Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de julio de 2004, el Registrador Mercantil titular del Registro XI, don H. S. R., con fecha 9 de agosto de 2004 decidió lo siguiente:

“Inscribir el nombramiento como consejeros, a propuesta del consejo de administración y por acuerdo mayoritario, de don O. (don J.) O., don H. P., don R. M. S., don J.-F. D., EAC Inversiones Corporativas, S.L., y don J.-M. M...

Suspender la inscripción de la designación como consejeros de don C. A. P., don J. C. B. y don A. F. A. G. A. en ejercicio del derecho de agrupación de las acciones de que es titular la compañía ACCIONA, por apreciarse los siguientes defectos: a) No se acredita que se haya hecho constar la agrupación de las acciones en el registro contable de anotaciones en cuenta (arts. 9 y 10 del RD 821/1991, de 17 de mayo); y b) de la documentación presentada no resulta la aceptación de los consejeros nombrados (arts. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 141 del Reglamento del Registro Mercantil). Ambos defectos tienen carácter subsanable.

Suspender la inscripción del cese de don C. A. P., don J. C. B. y don A. F. A. G. A., por no haberse llegado a inscribir su nombramiento (art. 11 del Reglamento del Registro Mercantil). El defecto tiene carácter subsanable.

Denegar la inscripción del nombramiento como consejeros de don F. F. F. C., don D. C. y don F.-B. G. P., por haberse realizado su nombramiento fuera del ámbito competencial de la Junta general de accionistas (art. 93.1 en relación con el art. 137 de la Ley de Sociedades Anónimas). El defecto tiene carácter insubsanable.

De conformidad con lo previsto en el artículo 18.7 del Código de Comercio, contra la calificación anterior podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o instar la aplicación del cuadro de sustituciones aprobado por el Centro Directivo.”

Como antecedentes de hecho de tal decisión alega: 1.º Que el 23 de julio de 2004 fue presentado por ACCIONA, S.A., en el Registro Mercantil de Barcelona testimonio notarial del acta notarial de la junta de accionistas de la compañía Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., celebrada el 23 de julio de 2004. Que dicha acta fue autorizada por el Notario de Barcelona don E. N. T. Que aquél testimonio notarial causó el asiento de presentación 2699 del Diario 915; que el 28 de julio de 2004 el indicado documento fue retirado a petición del presentante y presentada en su lugar copia auténtica de la referida acta notarial de la junta, que causó el asiento 698 del Diario 916; 2.º Que el 26 de julio de 2004 fue presentada copia auténtica de la escritura autorizada por el Notario de Madrid don V. P. M. P. el 22 de julio de 2004, de elevación a público de determinados acuerdos sociales adoptados en la citada junta, relativos al nombramiento, cese y reelección de consejeros; 3.º Como consecuencia de la celebración de la junta se produce el vencimiento del plazo por el que fueron nombrados determinados consejeros que se especifican, así como la caducidad en el cargo de don O. (don J.) O. y don F. F. F. C., designados por el Consejo de Administración por el procedimiento de cooptación en su reunión de 18 de diciembre de 2003. Y conforme al artículo 145.3 del Reglamento del Registro Mercantil, la caducidad se ha hecho constar mediante sendas notas extendidas al margen de las correspondientes inscripciones; 4.º Que de los documentos anteriores resulta que se adoptaron los siguientes acuerdos: a) Nombramiento como consejeros de don C. A. P., don J. C. B. y don A. F. A. G. A., designación realizada por el accionista ACCIONA, S.A., en ejercicio del expediente de la agrupación de las acciones previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) Nombramiento como consejeros, a propuesta del Consejo de Administración y por acuerdo ma-

yoritario, de don O. (don J.) O., don H. P., don R. M. S., don J.-F. D., EAC Inversiones Corporativas, S.L., y don J.-M. M.; c) Cese de don C. A. P., don J. C. B. y don A. F. A. G. A., a petición de un accionista y por acuerdo mayoritario de la junta al amparo del artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; y d) Nombramiento como consejeros, en sustitución de los tres anteriores, a propuesta del Consejo de Administración y por acuerdo mayoritario de don F. F. F. C., don D. C. y don F.-B. G. P.

Y como fundamentos de derecho expresa los siguientes:

“Primero.— Los documentos anteriormente reseñados han sido objeto de calificación unitaria, de acuerdo con el reiterado criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Centro Directivo ha afirmado en numerosas ocasiones que, con el fin de lograr un mayor acierto en la calificación, el Registrador debe tomar en consideración todos los documentos presentados relativos al mismo asunto (entre otras, RR de 22 de octubre de 1945, 31 de marzo de 1950 y 28 de diciembre de 1992), incluso cuando hayan sido aportados por distintos presentantes (entre otras, RR de 17 de marzo de 1986, 25 de junio de 1990, 11 de diciembre de 1991, 2 de enero de 1992 y 5 de abril de 1999).

Segundo.— En consonancia con el carácter formal y documental del procedimiento registral, el Registrador sólo puede tomar en consideración en su calificación los documentos presentados y los asientos anteriormente practicados (art. 18.2, último inciso del Código de Comercio). No hay términos, por tanto, para entrar a examinar en esta sede cuestiones de hecho, como la efectiva concurrencia de la causa alegada como fundamento de la destitución o la eventual incompatibilidad que pudiera concurrir en el accionista ACCIONA, S.A. Las cuestiones que al respecto puedan suscitarse deberán resolverse, en su caso, en el correspondiente procedimiento de impugnación de acuerdos sociales (arts. 115 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas).

En cambio, sí cae dentro del ámbito de la calificación del Registrador el examen de la competencia de la junta general de accionistas para adoptar los acuerdos cuya inscripción se solicita, pues la Ley sólo reconoce eficacia a las decisiones adoptadas en “los asuntos propios de la competencia de la junta” (art. 18.2 del Código de Comercio). Se han de dilucidar, por tanto, dos cuestiones. En primer lugar, si en el sistema de nuestra Ley de Sociedades Anónimas la junta general de accionistas puede cesar, en virtud de un acuerdo mayoritario, a los consejeros designados por un accionista mediante el procedimiento de agrupación de acciones. En segundo término, si, en su caso, puede proceder a continuación la junta a cubrir las vacantes que se hubieran producido.

Tercero.— En cuanto al primer problema, la respuesta ha de ser afirmativa: la posición jurídica de los consejeros designados por el procedimiento de agrupación de acciones es idéntica a la de los demás integrantes del órgano de administración, de modo que también están sometidos al mecanismo de destitución previsto en el artículo 132.2 de la Ley. Así lo ha entendido en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, al residenciar en la Junta general de accionistas la competencia para apreciar la situación de conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad (SSTS de 28 de junio de 1982 y 9 de septiembre de 1998). La

Dirección General de los Registros y del Notariado, en un supuesto en el que se planteaba la posible incompatibilidad de la mayoría de los miembros de un consejo de administración, también ha destacado el principio general de competencia de este órgano para la separación de los administradores” (R. de 26 de julio de 1996).

Cuarto.— En cambio, una vez ejercitado en tiempo y forma el derecho de agrupación (art. 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los arts. 1 a 4 del RD 821/1991, de 27 de mayo), ha de estimarse que quedan reservadas las correspondientes vacantes a la minoría agrupada, incluso en el supuesto de que quienes hubieran sido designados para cubrir aquellas en primer lugar pudieran estar incurso en la incompatibilidad prevista en el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Nuestro Derecho atribuye de forma clara e indiscutible a la minoría la facultad de designar un número de vocales en el Consejo proporcional a su participación en el capital social, y la solución contraria equivaldría a la *simple inaplicación del artículo 137 de la Ley*. El supuesto de hecho que faculta a la Junta general de accionistas para acordar el cese de los consejeros al amparo del artículo 132.2 —la concurrencia de alguna de las prohibiciones previstas en el art. 124— se refiere a las personas de los consejeros designados y no al accionista o accionistas que acuden al expediente de la agrupación de acciones.

No es posible tomar en consideración en el limitado ámbito del procedimiento registral el alegado carácter competidor de un accionista, a los efectos de impedirle acudir a los mecanismos que la Ley ha puesto a su disposición para la tutela de sus intereses como minoritario, o de colocarle en una situación de imposibilidad absoluta para designar consejeros que reúnan condiciones de independencia adecuadas. Y ello por el mismo argumento apuntado anteriormente: tanto los nombrados pro acuerdo mayoritario de los socios como los consejeros designados mediante el sistema proporcional están sujetos —salvo en lo que se refiere a su nombramiento o cese— al mismo estatuto legal. La única circunstancia que puede tomar en consideración el Registrador es el dato objetivo de que el hecho de haber sido designados a través del expediente contemplado en el artículo 137 de la Ley no dispensa en lo más mínimo a los nombrados del cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y secreto —con la sociedad y no con el accionista o accionistas que han agrupado sus acciones—, ni excluye la aplicación del régimen de responsabilidad a que están sometidos todos los integrantes del órgano de administración (arts. 127 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, en general; arts. 114, 115 y 116 de la Ley del Mercado de Valores, para las sociedades cotizadas en particular).

Finalmente, también presupone la reserva de las vacantes a la minoría agrupada el RD 821/1991, que exige una manifestación de los accionistas agrupados sobre el «mantenimiento» de la agrupación (art. 5.1), alude a la «subsistencia» de la agrupación «durante el plazo para el que el miembro de dicho órgano hubiera sido nombrado» (art. 7), y contempla un mecanismo —el nombramiento de suplentes (art. 6)— para hacer frente a las situaciones en las que «por cualquier causa» el nombrado dejara de pertenecer al Consejo de Administración.

Quinto.— Además de las consideraciones anteriores ha de tenerse en cuenta, en relación a la designación de consejeros por el sistema proporcional, que de la

documentación presentada no resulta que se haya hecho constar la agrupación de las acciones en el registro contable de anotaciones en cuenta (arts. 9 y 10 del RD 821/1991, de 17 de mayo), único mecanismo de identificar las acciones agrupadas dada su forma de representación. Tampoco se acredita la aceptación de los consejeros nombrados (arts. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 141 del Reglamento del Registro Mercantil).”

En la referida acta notarial de la Junta se expresa lo siguiente: 1.º Que “el Sr. Presidente manifiesta que con fecha 17 de junio de 2004, ha recibido el requerimiento de «Acciona, S.A.», solicitando el derecho de representación proporcional a que se refiere el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. Ha señalado que, después de una reflexión profunda y responsable sobre esta petición, ha llegado al convencimiento de que siendo «Acciona.» Un competidor directo y efectivo de FCC no puede utilizar el procedimiento elegido, ya que las personas que designe, sin prejuzgar su honorabilidad y capacidad profesional, se convertirían en consejeros dominicales, por el solo hecho de su directa designación por «Acciona», es decir mandatarios de un competidor de la compañía en cuyo Consejo de Administración quieren integrarse. No obstante..., a fin de evitar ser acusados de interferir en el ejercicio de los derechos de un accionista, se ha decidido dar curso a la petición formulada...”; 2.º Que por “Acciona, S.A.”, en ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, se nombran tres Consejeros, quienes por no estar presentes aceptarán a la mayor brevedad posible; 3.º Que, propuesta de determinado socio, la Junta acuerda, por mayoría –y con la oposición de “Acciona, S.A.”, “Declarar incompatibles para el ejercicio de sus cargos como consejeros titulares de FCC, a las personas designadas en tal condición por «Acciona», y en consecuencia, tener por no hechos como contrarios al interés social, los nombramientos de consejeros que «Acciona» ha realizado por el sistema de representación proporcional con invocación del artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, y en lo necesario, cesar a los referidos consejeros, todo ello al amparo de los artículos 132, apartado 2.º y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, por «Acciona, S.A.» una sociedad competidora y tener las referidas personas intereses opuestos a los de la sociedad”; 4.º Que, habiendo quedado cesados los consejeros designados por “Acciona, S.A.”, se propone cubrir en el mismo acto las vacantes; y, “dado que la petición de «Acciona» no ha llegado a buen fin, se ha de mantener íntegramente la propuesta inicialmente acordada de nombramiento de consejeros”, y en consecuencia, se propone como consejeros a los tres señores indicados (don F. F. C., don D. C. y don F. B. G. P.), quienes son nombrados por acuerdo mayoritario y aceptaron el cargo.

III

Don J. M. V. R., en nombre de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., interpuso recurso, mediante escrito de 15 de septiembre de 2004 (presentado el mismo día en el Registro Mercantil), contra la anterior calificación, en el que

alegó: 1.º Que ni el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas ni el Real Decreto 821/1991, de 27 de mayo, crean una reserva de vacantes a favor de la minoría agrupada, de modo que, habiendo sido separados los consejeros nombrados por Acciona y no habiendo nombrado ésta suplentes, ya sólo existe la posibilidad de que los Tribunales resuelvan sobre la validez del acuerdo de separación. Que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina reiterada de esta Dirección General han declarado que la Junta general, facultada para separar a uno o más administradores, aunque no estuviera previsto en el orden del día, lo está también para su sustitución mediante el nombramiento de administradores que lo sustituyan. Que, aun en el caso de que se admitiera que los tres puestos de consejero deben quedar vacantes –tesis, a su juicio, sin apoyo legal–, Acciona debería haber propuesto otros tres nuevos nombres en la misma Junta (art. 5.1 del Real Decreto 821/1991). Que, constatada la caducidad de la agrupación al no haber hecho constar Acciona la existencia de la agrupación y los nombramientos por ella efectuados en el correspondiente registro contable de anotaciones en cuenta, antes de que venciera el certificado de legitimación que aportó para requerir su derecho de agrupación, tal agrupación debe declararse como inexistente, con efectos *ex tunc*, con las consecuencias que de ello se derivan. Que el Registrador no debe entrar a juzgar si, como expresa en el fundamento de derecho cuarto de su calificación, “nuestro Derecho atribuye de forma clara e indiscutible a la minoría la facultad de designar un número de vocales en el Consejo...” y que “el supuesto de hecho que faculta a la Junta general de accionistas para acordar el cese de los consejeros al amparo del artículo 132.2 –la concurrencia de alguna de las prohibiciones previstas en el art. 124– se refiere a las personas de los consejeros designados y no al accionista o accionistas que acuden al expediente de la agrupación de acciones”, y ello por dos razones: a) La minoría tendrá derecho a nombrar sus consejeros allí donde no llegue el derecho de la Junta general a cesarlos; b) El artículo 132.1 de la Ley de Sociedades Anónimas remite a las prohibiciones para ser consejeros del artículo 124, pero el artículo 132.2 añade un nuevo supuesto, el de conflicto de intereses del consejero de la minoría con el interés social, definido de forma amplia, “las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad”, cuya aplicación confía a la Junta general; y así lo reconoce el Registrador, no sin aportar argumentos que tienden a desvirtuar la existencia de conflicto de intereses; 2.º Que la jurisprudencia ha sido muy clara en la línea de evitar reducir el poder mayoritario de la Junta como consecuencia del derecho de representación proporcional. Que en esta línea, el Tribunal Supremo ha entendido válidas las modificaciones estatutarias que suprimen el Consejo de Administración y lo sustituyen por el Administrador Único, y las reducciones del número de administradores a pesar de que con ello quedarán sin representación en el Consejo minoritarios que hasta entonces la ostentaban (cfr. Sentencias de 29 de noviembre de 1969, 2 de marzo de 1977, 10 de octubre de 1980 y 18 de marzo de 1981). Que, al margen de lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han mantenido siempre la posibilidad de que la Junta general cese a los administradores nombrados por la minoría, cuando menos siempre que exista justa causa. Que en caso de vacante por cese de los administradores designados por el sistema de representación proporcional,

el único remedio que ha previsto el Real Decreto 821/1991 es posibilitar la elección de tres suplentes del administrador designado (art. 6). Que a la hora de interpretar dicha norma, la contradicción entre el probable espíritu de ella de mantener la representación proporcional hasta el término del plazo por el que fue nombrado el consejero de la minoría —manifestado asimismo en la declaración legal de que la agrupación subsistirá durante dicho plazo, según el art. 7 de dicho Real Decreto— y su letra, poco previsor o aparentemente limitativa de tal derecho o facultad, es tan evidente que obliga a una elección interpretativa arriesgada. Que el Registrador ha preferido la solución más arriesgada, yendo mucho más allá al afirmar que la Ley y el Real Decreto establecen una vacante a favor de la minoría agrupada, y ello además en un caso en que el minoritario no es un grupo indefenso que se ve oprimido por la mayoría sino una sociedad cotizada en Bolsa, de gran importancia económica, competidora y que conscientemente ha buscado hacer una enorme inversión a sabiendas de todo lo anterior y que procedió a su nombramiento sin designar suplentes. 3.º Que teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya enunciada y las opiniones de determinados autores, debe interpretarse que el Gobierno legislador quiso que la agrupación durara sólo lo que durase efectivamente el mandato de los consejeros nombrados, por lo que para prevenir ceses, dimisiones o cualesquiera otras circunstancias imprevisibles, el Real Decreto, aun sin preverlo el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, permitió que la agrupación designara hasta tres suplentes por cada consejero titular. Que la doctrina ha entendido en supuestos como el presente, en el que un competidor trata de designar por el procedimiento de representación proporcional un consejero, la Junta podría negarse a dar curso a tal petición, puesto que el interés social está por encima de los derechos de la minoría. Que el Tribunal Supremo ha ratificado esa interpretación sobre la no limitación de las facultades de la Junta por el derecho de representación proporcional (cfr., aparte las Sentencias ya citadas, las de 30 de junio de 1981, 19 de septiembre de 1986 y 29 de julio de 1994); 4.º Que, en trance de cubrirse las vacantes producidas por el cese de los tres consejeros designados por Acciona, ésta no procedió conforme prescribe el apartado 1 del artículo 5 del Real Decreto 821/1991. Que se plantean tres cuestiones: a) Si a la luz de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando llega a ser accionista significativo de una sociedad anónima una compañía competidora, puede ésta o no ser titular del llamado “derecho de representación proporcional” para designar miembros del Consejo de Administración de aquélla, cuestión ésta que, como admite el Registrador, excede del ámbito de su potestad calificadora; b) Si existe una reserva legal de vacante por el cese de cualquier consejero representante de la minoría, cuestión que ha sido resuelta negativamente con base en los argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales anteriormente expuestos; y c) Si esa pretendida reserva de vacantes a favor de la minoría podría llevarse hasta el extremo de conceder a dicha minoría el derecho a mantener sin cubrir las vacantes a ella pretendidamente reservadas, cuestión respecto de la que nadie ha sostenido una respuesta afirmativa, y no lo habría sostenido el Registrador si hubiera captado que esa cuestión también subyacía a los que él decidió. Que debe concluirse admitiendo la competencia de la Junta general de FCC para cubrir esas

vacantes y proceder a la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos acordados por la Junta, de suerte que Acciona puede acudir, como ha hecho, a los Tribunales y solicitar en sede judicial las medidas cautelares que crea procedentes; 5.º Que el Registrador ha inaplicado la reiterada jurisprudencia sobre los acuerdos conexos o implícitos, recaída en relación con el ejercicio de la facultad de separación del artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero igualmente aplicables al supuesto del artículo 132.2 de dicha Ley (cfr. las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de marzo de 1974 y 16 de febrero de 1995 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971 y 30 de septiembre de 1985); y 6.º Que solicita se practique la inscripción de los tres consejeros designados por la Junta general de FCC en sustitución de los tres consejeros nombrados por Acciona, previamente separados por la Junta.

IV

El Notario autorizante de la escritura calificada, don V. P. M. P., interpuso recurso contra la referida calificación el 17 de septiembre de 2004 (mediante escrito enviado por correo certificado con acuse de recibo), en el que alegó: 1.º Que el 7 de septiembre de 2004 remitió por burofax, certificado con acuse de recibo y certificación de contenido, al Registrador petición de que le informara, conforme al artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil e Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999, si la nota de calificación es compartida o suscrita por todos los cotitulares del sector de calificación o, caso de no existir, del Registro Mercantil de Barcelona. Que hasta la fecha no ha recibido contestación alguna; 2.º Que no pueden tomarse en consideración como medio para la calificación ni el testimonio notarial del acta notarial de la Junta –porque no goza del carácter de título inscribible y, por ende, no debió causar asiento de presentación alguno–, ni la copia autorizada de dicha acta notarial –por impedirlo el principio de prioridad consagrado en el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil–, por lo que la primacía temporal corresponde al asiento de presentación causado por la aportación de copia autorizada de la escritura de 22 de julio de 2004, y el Registrador debió limitarse a inscribir los nueve consejeros finalmente nombrados por la Junta general, sin intercalar determinación alguna acerca de los administradores designados por el sistema proporcional y seguidamente destituidos por la asamblea, porque no son hechos cuya inscripción se demande. Que no es adecuado resolver sobre la elección de consejeros por el sistema de representación proporcional y la subsiguiente destitución de los nombrados, pues resultan irrelevantes en orden a su constancia registral por carecer de trascendencia frente a terceros, máxime teniendo en cuenta que no llegaron a aceptar los cargos; 3.º Que del juego del principio de prioridad –art. 10 del Reglamento del Registro Mercantil– unido a la acotación de medios para la calificación –arts. 18.2 del Código de Comercio y 6 del referido Reglamento– resulta que el Registrador no debería haber tomado en consideración el contenido del acta notarial de la Junta para decidir sobre la inscripción de los acuerdos sociales formalizados en la escritura calificada, pues este documento ingresó en el Registro

con fecha anterior. Que, según la doctrina de esta Dirección General que detalla (Resoluciones de 2 de enero y 28 de diciembre de 1992, 6 de junio de 1994, 5 de abril de 1999 y 28 de abril de 2000) la consideración de documentos presentados con posterioridad tendrá el límite institucional impositivo de entrar a dirimir conflictos entre partes, lo que supondría desnaturalizar la función registral, y tan sólo estará excepcionalmente justificada si de aquellos documentos resulta una incompatibilidad total con los acuerdos formalizados en el primero, o si revelan la nulidad de los que constaban en éste. Que teniendo en cuenta dicho límite institucional, la atribución de trascendencia impositiva de la inscripción a una eventual causa de nulidad no podrá fundarse en la mera probabilidad de que la decisión social cuya inscripción se pretende pudiera resultar finalmente declarada nula por un Tribunal, sino que la ineficacia deberá aparecer de una manera palmaria por evidente contradicción con un precepto imperativo, pues en otro caso, se produciría una extralimitación registral, invadiendo competencias de la actividad jurisdiccional, pero sin las garantías y mecanismos de defensa de intereses que concurren en el proceso judicial. Que, por ello, bastaría con que sea mínimamente sostenible una interpretación favorable al acuerdo cuestionado para proceder a su inscripción, dejando al disidente la posibilidad de impugnarlo ante los Tribunales. Que la neutralidad defendida guarda coherencia con el esquema legal plasmado en la Ley de Sociedades Anónimas (que dota fuerza ejecutiva al acta que refleja los acuerdos de la junta general –cfr. art. 113.2– y atribuye al socio disidente la iniciativa en el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales –art. 117–) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (régimen de suspensión del acuerdo impugnado –cfr. arts. 721, 727.10.ª, 733 y 739–). Que la calificación denegatoria de la inscripción de acuerdos sociales, en cuanto impide la publicidad de tales acuerdos y limita su eficacia, produce un resultado semejante a la medida cautelar de suspensión, pero con la diferencia de que la decisión la toma un funcionario que no goza de poderes jurisdiccionales, los trámites para su adopción no proporcionan a los interesados las garantías del procedimiento judicial, y no tiene la vigencia provisional vinculada a la resolución definitiva de un proceso que decida sobre el fondo de la cuestión. Que la imparcialidad requerida del Registrador en el ejercicio de su función calificadora debe exigirse en casos como el presente; 4.º Que en este supuesto se pone de manifiesto un problema de compatibilidad entre el derecho de representación proporcional concedido a las minorías cualificadas por el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas y la potestad que, para la defensa del interés social, confiere a la junta general de accionistas el artículo 132.2 de la misma Ley, permitiéndole la destitución por acuerdo mayoritario de aquellos administradores que “bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad... a petición de cualquier socio”. Que en cuanto a la posibilidad de que los administradores nombrados por la minoría fueran destituidos *ad nutum* por la mayoría, y respecto de la cuestión de si la junta tiene competencia para reducir el número de miembros del órgano de administración, la jurisprudencia se ha pronunciado claramente a favor de la soberanía de la junta frente a las pretensiones de la minoría (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1969, 2 de marzo de 1977, 10 de octubre de 1980, 18 de marzo y 30 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1986). Que en el

caso examinado, el cese de los administradores se produce por aplicación del artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que dota a la sociedad de un medio de defensa del interés social cuando los administradores incurran en las denominadas incompatibilidades por razón de interés privado (caracterizadas por la Ley mediante una fórmula abierta –intereses contrapuestos a los de la sociedad “bajo cualquier forma”–), confiando la apreciación de las circunstancias determinantes, y la correspondiente decisión, al arbitrio de la junta general, sin perjuicio de la eventual impugnación posterior por los socios disidentes. Que la concreta causa de incompatibilidad apreciada por la junta de 23 de junio de 2004 no viene determinada por las circunstancias personales de los consejeros designados, sino en las atinentes al socio minoritario que los designa, compañía notoriamente competidora de la afectada en todos los sectores fundamentales de su actividad. Que para hacer prevalecer el interés social sobre el particular no puede entenderse –como hace el Registrador– que, cesados los consejeros por la Junta, el socio minoritario con intereses contrapuestos tiene la facultad de nombrar *otros administradores en ejercicio del derecho de representación proporcional*. Que en el esquema legal la única instancia competente para valorar la situación de oposición al interés social es la junta general, sin perjuicio de que el titular de las acciones agrupadas impugne ante los Tribunales el acuerdo social correspondiente; 5.º Que el funcionario calificador no cuestiona el ejercicio de la facultad concedida a la junta por el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero rechaza el acceso al Registro de la consecuencia jurídica que de ella se deriva. Que el Registrador admite que en el procedimiento registral no cabe examinar cuestiones de hecho como la efectiva concurrencia de la causa alegada como fundamento de la destitución o la eventual incompatibilidad que pudiera concurrir en el referido accionista minoritario, pero se niega a aceptar la consecuencia necesaria derivada de tal premisa, que es la aceptación del principio general de competencia de la junta en esta materia. Que con la suspensión de la inscripción de los administradores nombrados por el socio minoritario, el Registrador comete una doble irregularidad, porque no es un acuerdo cuya inscripción se haya solicitado en el título que goza de prioridad, y porque de nada sirve suspender la inscripción de un acto que, si llega a ser inscrito, deberá ser inmediatamente desvirtuado por el cese acordado acto seguido, cuya validez el funcionario calificador no cuestiona; 6.º Que con el pronunciamiento recurrido el Registrador interfiere en un conflicto entre partes, invirtiendo las posiciones que a cada una de ellas asigna el diseño legal (la parte interesada en obtener una declaración judicial de validez del acuerdo final adoptado en la junta, es decir la propia sociedad, carece de acción para demandarla, mientras que el socio legitimado para instar su ineficacia ex artículo 117 de la Ley de Sociedades Anónimas, al ver satisfechas sus pretensiones, al menos parcialmente, verá disminuido o perdido el interés en ejercitar tal actuación. Al impedir la inscripción en el Registro de unos administradores legítimamente nombrados y que se encuentran en posesión de sus cargos (arts. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas) se les veda –indefinidamente, a diferencia de lo que ocurre con las medidas judiciales cautelares– el acceso a funciones que requieran designación posterior para el desempeño de funciones que a su vez precisen de la inscripción en el Registro Mercantil, como

sucede con el ejercicio de facultades delegadas (art. 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). En cambio, si se hubiera inscrito el nombramiento debatido, devendría inatacable por el transcurso de un año desde la publicación de la inscripción en el *BORME* (art. 116 de la Ley de Sociedades Anónimas); mientras que con la calificación negativa se obstaculiza de modo insalvable el logro de seguridad jurídica que supone la prescripción, pues impide el advenimiento del *dies a quo*.

V

El Notario que levantó acta de la Junta, don E. N. T., a quien se dio traslado del recurso interpuesto, manifestó el 23 de septiembre de 2004 que no efectúa alegación alguna por haber sido puramente testimonial su intervención en dicha Junta.

VI

Por haberse dado traslado de los referidos recursos por el Registrador Mercantil a la sociedad ACCIONA, S.A., esta entidad, en escrito enviado el 8 de octubre al Registro por correo certificado con aviso de recibo, presentó las siguientes alegaciones: 1.º Que para calificar si el nombramiento debatido era o no contrario a Derecho resultaba esencial que el Registrador tuviera conocimiento de lo acontecido en la Junta general de 23 de junio de 2004, y no existía la seguridad de que en la escritura de elevación a público de ese acuerdo de nombramiento se reflejara que se produjo dicho nombramiento para cubrir tres puestos del Consejo que en esa misma Junta había cubierto la minoría por el sistema proporcional, y por ello se presentó, con esa única finalidad, primero testimonio notarial y después copia autorizada del acta notarial de la Junta. Que la presentación de la referida acta notarial se realizó al amparo de una consolidada doctrina de esta Dirección General a la que se refiere el fundamento primero de la calificación del Registrador. Que la calificación registral se extiende por imperativo legal a la validez del contenido de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción (arts. 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), y el Registrador, sin extralimitación alguna, ha controlado la validez del contenido de la escritura pública teniendo en cuenta también lo que relata el acta notarial de la junta general. Que el principio de prioridad a que se refiere el Notario recurrente no sólo se diluye y confunde en el Derecho registral mercantil, según los casos, bien con el principio de tracto sucesivo, bien con el de legitimación, sino que ha de interpretarse en conexión con la global significación y finalidad del Registro (Resolución de 5 de abril de 1999), por lo que debe ceder en beneficio de otros principios, como en este caso el de legalidad, sin que se oponga a ello la limitación de los medios para la calificación a la que alude dicho recurrente; 2.º Que los recurrentes carecen de interés legítimo para recurrir porque, después de la interposición de los recursos, los administradores de

cuya inscripción se trata hayan dimitido para ser inmediata y posteriormente nombrados dos de ellos por cooptación; 3.º Que el recurso interpuesto el 17 de septiembre de 2004 por el Notario autorizante de la escritura se ha presentado fuera de plazo, pues recibió la nota de calificación el 9 de agosto de 2004 mediante fax, conforme al artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Que aunque faltaran la firma el fedatario no duda de la autoría de dicha nota, y la falta de expresión del plazo para interponer el recurso no puede privar de efectos a la notificación recibida, porque dicho plazo puede deducirse de la expresa indicación del recurso que corresponde, máxime cuando el destinatario es un profesional del Derecho; 4.º Que el derecho de la minoría a nombrar miembros del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional se trata de un derecho potestativo *ex lege*, de suerte que si la minoría agrupa acciones en la proporción correspondiente se produce una esencial vinculación o sujeción de la Junta general de accionistas. Que en el sistema legal, la representación proporcional tutela no sólo el interés de la minoría sino también el interés social como interés común a todos los socios. Que entre las recomendaciones para el buen gobierno de las sociedades cotizadas (Informe Olivencia de 26 de febrero de 1998 e Informe Aldama de 8 de enero de 2003) figura la necesidad de conseguir el necesario equilibrio dentro del Consejo de Administración y que éste represente el mayor porcentaje de capital posible, y, entre otros instrumentos técnicos para conseguir tales objetivos es fundamental el reconocimiento y efectividad de dicho derecho de la minoría; 5.º Que la competencia de la Junta para el nombramiento de administradores no es absoluta, de modo que si la minoría agrupa las acciones para la cobertura de una determinada vacante, la competencia de la Junta desaparece y corresponde a la propia minoría agrupada. Que el respeto al derecho de la minoría no significa que los nombrados a través de este sistema especial no puedan ser cesados por la Junta, sino que, a pesar del cese, la minoría continúa teniendo el derecho a la cobertura de las vacantes, pues en otro caso el derecho de la minoría quedaría sin contenido. Que de seguir la tesis de los recurrentes, la posibilidad de recurrir ante los Tribunales cualquier acuerdo que contrarie ese derecho reconocido por la Ley, el tiempo del proceso corre en contra del derecho de la minoría, dado el plazo legal máximo de duración del cargo de administrador; 6.º Que respecto de la pretensión de que se considere constata-da la caducidad de la agrupación por el hecho no haber hecho constar Acciona, S.A. la existencia de la agrupación y los nombramientos por ella efectuados en el correspondiente registro contable de anotaciones en cuenta, antes de que venciera el certificado de legitimación que aportó para requerir su derecho de agrupación, debe oponerse: a) Que no obra en el expediente documento alguno acreditativo de que no se haya hecho constar en ese registro la existencia de la agrupación y los nombramientos efectuados; b) Que los denominados certificaciones de legitimación no son constitutivos de dicha legitimación, por lo que la caducidad de los mismos afecta al ejercicio futuro de los derechos, pero en modo alguno afecta a los derechos ya ejercitados; y c) Que la agrupación no exige como requisito constitutivo el estampillado de los títulos o la consignación de la misma en dicho registro; 7.º Que la agrupación no se extingue por virtud del cese de los nombrados por la minoría acordado por la Junta general, sino que la lógica del sistema

exige que, decaído por cualquier causa el administrador nombrado por la minoría, continúa correspondiendo a ésta, en tanto se mantenga la agrupación, el derecho de cobertura de la vacante, y esa facultad se perpetúa durante el período legal o estatutario de duración del cargo de administrador, aunque no obliga a una cobertura automática e inmediata de la vacante cuando esa minoría considere que el cese del vocal por ella nombrado vulnera normas imperativas y pretenda impugnar el acuerdo de cese; 8.º Que la agrupación tampoco se extingue por el hecho de que no existieran suplentes para la cobertura automática de las vacantes producidas por ese acuerdo mayoritario, pues la posibilidad de nombrar suplentes se trata de un derecho complementario que la minoría puede ejercitar o no.

VII

El Registrador emitió su informe mediante escrito que tiene fecha de 18 de octubre de 2004, en el que: 1.º Detalla lo siguiente: a) Las fechas en que fueron presentados en el Registro diversos documentos relativos a los acuerdos adoptados por la Junta general de accionistas de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., celebrada el 23 de junio de 2004; b) Las fechas y forma en que se notificó la calificación a los interesados; c) Las fechas de interposición de los dos recursos así como del traslado de éstos a los interesados (uno de ellos a los Notarios don E. N. T. y don V. P. M. P., así como a ACCIONA, S.A.; y el otro, el interpuesto por este último Notario, a las dos sociedades indicadas); además consta que la interposición del recurso por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., fue comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y d) La fecha en que se recibieron las alegaciones de ACCIONA, S.A.; 2.º Hace constar que los tres consejeros nombrados por la Junta cuya inscripción se denegó han presentado su dimisión y, al haberse producido vacantes adicionales, fueron designados para cubrirlas por el Consejo de Administración con sujeción a lo previsto en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas; 3.º Alega como fundamentos de derecho, además de remitirse a los expresados en su calificación: a) Que la nota de calificación ya apuntaba la necesidad de cumplir los requisitos necesarios para la efectividad de la agrupación a los que se refiere uno de los recurrentes; b) Que se trata de delimitar el ámbito competencial de la Junta general de accionistas y el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, de obligada aplicación, introduce una significativa restricción en la facultad de designar a los administradores que ordinariamente corresponde a la Junta; c) Que la tesis que se sigue en la nota de calificación, según la cual la Ley reserva las vacantes producidas por el cese de los administradores nombrados por el sistema de representación proporcional a favor de la minoría agrupada es trasunto de la opinión de determinado tratadista; d) Que no procede tomar en consideración la jurisprudencia sobre “acuerdos conexos” a la que se refiere uno de los recurrentes; e) Que las notificaciones de la calificación a los fedatarios públicos que habían intervenido en la documentación presentada se dirigieron a las respectivas direcciones de fax o correo electrónico, y según la documentación obran-

te en el Registro la documentación fue recibida por el recurrente señor P. M. P. a las 10:04 horas del 12 de agosto de 2004. Que en cuanto a los otros escritos a los que se alude por este recurrente, fueron debidamente contestados mediante oficios de 9 y 27 de septiembre; f) Que, respecto de las consideraciones del recurrente sobre los medios de calificación empleados por el Registrador, aquél no ha tenido en cuenta el contenido del artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil, y cuestiona una doctrina reiterada y consolidada de esta Dirección General a la que se ha ajustado la nota de calificación. Que nada impide a este Centro Directivo apartarse de sus pronunciamientos anteriores, pero “parece razonable pensar que deberían concurrir para ello razones de fondo suficientemente poderosas. Especialmente si, como sucedería en este caso, la alteración se produce al margen de todo cambio normativo y es imputable a la pura discrecionalidad del órgano decisorio”. Que si desde el punto de vista de la estricta legalidad ningún crédito puede reconocerse a la pretensión del recurrente, tampoco parece que, por razones de oportunidad –atendida la trascendencia del caso– sea éste el lugar más adecuado para cuestionar precedentes bien establecidos. Que en la posición del recurrente subyace la pretensión de que sólo se debe reconocer el carácter de título inscribible a un documento de contenido incompleto. Que “en esta tesitura parece temerario que, tanto el Registrador en su calificación como el Centro Directivo al resolver en esta fase del procedimiento, pudieran asumir una línea de actuación distinta a la que resulta de la nota, por las evidentes responsabilidades –de toda índole– que tal «-sic-» arbitrariedad se derivarían”; g) Que tampoco es acertada la invocación al principio de prioridad, que ha de ser modalizado por la calificación conjunta de diversos documentos. Que el desacuerdo del recurrente deriva de una defectuosa comprensión del funcionamiento del Registro Mercantil. Que la prioridad es una técnica para resolver conflictos entre diversas situaciones jurídicas sobre un mismo bien, pues los derechos reales difícilmente pueden coexistir en plano de igualdad. Que nada de esto sucede en un registro de personas, pues falta el presupuesto básico de aplicación del principio: la existencia de “títulos incompatibles”. Que, por ello, en los quince años transcurridos desde la reforma reglamentaria de 1989, este Centro Directivo no ha tomado en consideración la prioridad como criterio de resolución de conflictos, y el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil carece de soporte normativo en el Código de Comercio o en cualquier otra norma de rango legal; y h) Que, en consecuencia, acuerda mantener la calificación en todos sus extremos. Y se añade que, conforme a las disposiciones vigentes se notifica esta decisión a los recurrentes y a los demás interesados.

El expediente de los recursos fue elevado por el Registrador a esta Dirección General con fecha de recepción en este Centro el 2 de noviembre de 2004.

VIII

El 3 de noviembre de 2004 tuvo entrada en esta Dirección General escrito, de la misma fecha, formulado por el Notario recurrente, don V. P. M. P., en el que alega: 1.º Que el 7 de septiembre de 2004 requirió del Registrador, mediante bu-

rofax (entregado en el Registro el día 8), que le comunicara si la nota de calificación es compartida por todos los Registradores Mercantiles del sector o de la plaza de Barcelona, conforme al artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil desarrollado por la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999. Que en su petición se identificaba la escritura calificada por su fecha y número de protocolo, y, por su fecha, la nota de calificación emitida por el Registrador, según se acredita con fotocopia del escrito de dicha petición. Que a primera hora del 17 de septiembre de 2004 (y antes de recibir el escrito del día 9 a que se hará referencia aduciendo falta de datos) entregó a la mensajería su recurso contra la calificación, para su imposición por correo certificado con acuse de recibo. Que el 17 de septiembre de 2004, a mediodía, recibió por correo certificado con acuse de recibo escrito del Registrador (fechado el 9 de septiembre) manifestando que, por falta de datos, no era posible identificar el documento al que se refería su burofax de 7 de septiembre, y que a tales efectos se precisa el nombre de la entidad o empresario y el número de asiento y diario que acusó la presentación del documento. Que mediante burofax del día 20 de septiembre remitió al Registrador los datos por éste solicitados. Que el 5 de octubre de 2004 recibió por correo certificado con acuse de recibo escrito del Registrador por el que se comunica que no procede contestar a su petición “por incidir en un tema de estricta organización interna del Registro Mercantil de Barcelona”; 2.º Que tales hechos resultan, de una parte, una falta de cooperación por parte del Registrador en la contestación a la primera comunicación (art. 222, pár. 8, de la Ley Hipotecaria); y de otra, un evidente cambio de criterio entre las dos comunicaciones. Que la petición se deniega sin dar justificación ni razón alguna de por qué la cuestión se considera de organización interna del Registro. Que pretende sólo que se diga si ha cumplido o no la previsión del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil y, en el primer caso, cuál ha sido la opinión de los titulares del Registro Mercantil de Barcelona. Que basa su petición en los siguientes fundamentos de derecho: a) Del propio artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil resulta que no se trata de una mera cuestión interna del Registro pluripersonal y que afecta a todos los interesados en la inscripción, al permitir que el Registrador que estime procedente la inscripción la practique bajo su responsabilidad. El artículo 15 no es un mero desarrollo del artículo 60, y así lo evidencia la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999. Se trata de un procedimiento más, junto con la calificación sustitutiva prevista en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria desarrollada por Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, para facilitar la inscripción del título. No se puede mantener su derogación porque, aparte que no se ha expresado, se diferencian ambos procedimientos en la reglamentación más sencilla del que se solicita en este recurso —en principio debe aplicarlo de oficio el Registrador— así como en los Registradores a que afecta; b) Que opta por el procedimiento del artículo 329 de la Ley Hipotecaria, aun reconociendo que la actuación del Registrador no está recogida literalmente en ese artículo, si bien la denegación de la calificación debe incluir los supuestos en que ésta no cumple todos los requisitos; c) Que mantiene su interés en la resolución de este recurso incluso después de haber interpuesto el precedente contra la calificación del Registrador pues cualquier modificación en esa

calificación podría moverle a desistir o rectificar parcialmente el que tiene presentado; y d) Que por todo ello, solicita que se ordene al Registrador don H. S. R. que manifieste si sometió la inscripción de los acuerdos sociales debatidos a la calificación de sus cotitulares del Registro Mercantil de Barcelona; que comunique, en su caso, cuál fue esa calificación o, de no haber cumplido la norma del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil en su momento, ponga en conocimiento de sus cotitulares la calificación que le ha sido notificada a efectos de subsanar ese incumplimiento; y que, en su caso, se notifique esa nueva calificación a todos los interesados en la inscripción de tales acuerdos sociales.

IX

Como trámite para mejor proveer, esta Dirección General, mediante escrito fechado el 18 de noviembre de 2004 requirió al Registrador señor S. R. para que informara si se cumplió el trámite de poner en conocimiento de sus cotitulares la calificación efectuada, así como, en su caso las razones de no haberlo hecho; y para que remitiera el convenio de distribución de materias actualmente en vigor en el Registro Mercantil de Barcelona.

En escrito fechado el 26 de noviembre de 2004 –que tuvo entrada en este Centro el 7 de diciembre de 2004–, el Registrador informó: 1.º Que no existe en la regulación vigente el trámite de comunicación al que se alude en la providencia. Que no hay referencia al mismo en el artículo 18 del Código de Comercio y, por el contrario, de dicha norma legal se desprende que la calificación se ejerce de forma individual, como resulta también del artículo 4 de la Orden de 26 de noviembre de 1986, en relación con el Real Decreto 671/1986, de 21 de marzo, de la Resolución de esta Dirección General de 21 de junio de 1990 y de la Instrucción de este mismo Centro de 12 de febrero de 1999. Que cuestión distinta es que deba procurarse –“en lo posible”– la unidad de criterios de calificación (art. 60 del Reglamento del Registro Mercantil). Que la calificación del Registrador se desenvuelve con sujeción a los principios de independencia y exclusividad, si bien se contemplan determinados mecanismos correctores, como es el recurso y la aplicación del cuadro de sustituciones ex artículo 18.8 del Código de Comercio. Que en los Registros Mercantiles pluripersonales los cotitulares están excluidos del cuadro de sustituciones (cfr. arts. 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria y disposición adicional primera del Real Decreto 1039/2003) y la eventual participación de los cotitulares carece de todo soporte normativo. Que la pretendida existencia de una suerte de “calificación solidaria” no sólo es contraria a disposiciones legales aplicables sino de imposible cumplimiento, atendido el volumen de la documentación a cuyo despacho debe atender el Registro Mercantil de Barcelona. Que el artículo 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil sólo puede contener una previsión especial aplicable únicamente al supuesto de que el convenio suscrito por los cotitulares contemple una distribución en razón de “materias” o “sectores”, lo que no es el caso de la organización interna del Registro Mercantil de Barcelona; y entendido de cualquier otra forma el precepto reglamentario citado sería nulo por entrar en conflicto con el régimen legal del

artículo 18 del Código de Comercio y disposiciones concordantes; 2.º Que aun cuando en el Registro Mercantil de Barcelona se hubiera adoptado una organización por sectores o materias, tampoco se darían en este caso los presupuestos de aplicación del artículo 15 del mencionado Reglamento. Que las comunicaciones del Notario señor P. M. se circunscriben a un aspecto del funcionamiento interno del Registro Mercantil de Barcelona. Que no puede reconocerse a la petición formulada por dicho Notario el carácter de solicitud de calificación alternativa, al haber sido realizada fuera de plazo. Que aun cuando hubiera formulado una petición expresa y en tiempo oportuno, la Instrucción de 12 de febrero de 1999 sólo reconocía legitimación al “presentante” o a los “interesados”, no al Notario autorizante del documento. Y que, aun cuando, con carácter general, pudiera reconocerse al Notario autorizante legitimación para la actuación debatida, tal habilitación habría decaído en el presente caso, pues una vez que el propio otorgante de la escritura ha adoptado una determinada línea de actuación recurriendo la calificación no hay términos para actuaciones divergentes por el Notario autorizante del documento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18.2 y 20 del Código de Comercio; los artículos 19-bis y 322 a 329 de la Ley Hipotecaria; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; los artículos 93.1, 115 a 121, 123, 132 y 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; el artículo 17.2.bis de la Ley del Notariado; los artículos 6, 7, 10, 15, 62, 80, 94.10, 141, 142, 155 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil; los artículos 1 a 7, 9 y 10 del Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo; las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980, 18 de marzo y 30 de junio de 1981, 19 de septiembre de 1986, 29 de julio de 1994 y de 22 de mayo de 2000 (ésta de la Sala Tercera), entre otras; la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999; y las Resoluciones de 13 de febrero, 25 de julio y 23 de octubre de 1998, 5 de abril, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2000, 31 de marzo y 13 noviembre de 2001, 23 de enero, 8 de febrero, 3 y 31 de marzo y 17 de noviembre de 2003, y 3 de enero, 6 de julio y 13, 15, 16, 17, 20, 21 y 22 de septiembre de 2004, entre otras.

1. Como cuestión previa, de índole procedimental, se plantea si la interposición del recurso por parte del Notario autorizante de la escritura calificada ha de tenerse o no por extemporánea.

La disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece la aplicabilidad a la calificación de los Registradores Mercantiles y de Bienes Muebles de “La regulación prevista en la sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del Registrador de la Propiedad”, y en esa sección normativa se incluyen los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria. Por ello, en caso de calificación negativa el Registrador Mercantil

debe ineluctablemente notificarla al Notario autorizante de la escritura calificada en el plazo y la forma establecidos en el artículo 322. En este precepto, y en garantía de los interesados, se incrementan notablemente los requisitos formales de la calificación negativa del Registrador, con la lógica consecuencia de que la omisión en la calificación de tales requisitos formales o falta de notificación de la misma impida que pueda entenderse que el recurso gubernativo se haya interpuesto fuera de plazo. En el presente supuesto el Notario recurrente reconoce que recibió por medio de telefax nota de calificación, por lo que no es necesario decidir ahora si tal medio de comunicación es suficiente para acreditar la recepción de dicha notificación (cfr. el propio art. 322 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); pero, habida cuenta que, según afirma dicho recurrente, en dicha notificación se omitieron algunos de los requisitos formales que ha de observar la calificación y su cumplimiento no ha sido acreditado por el Registrador, no puede estimarse que el recurso sea extemporáneo.

Por otra parte, y en contra de lo pretendido en una de las alegaciones reseñadas en los precedentes antecedentes de hechos, no puede considerarse que los recurrentes carezcan de legitimación por el hecho de que, después de la interposición de los recursos, los administradores de cuya inscripción se trata hayan dimitido para ser inmediata y posteriormente nombrados dos de ellos por cooptación. Según la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso gubernativo no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador, de manera que se trata de declarar si la calificación del Registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos subsanables, fue o no ajustada a Derecho. Y ello es posible jurídicamente, aunque el asiento se haya practicado una vez subsanados los defectos apuntados por el Registrador –o, según cabe añadir, se haya logrado la finalidad perseguida mediante otro asiento equivalente, como acontece en el presente caso–, y tiende, entre otros fines, a evitar que la carga o gravamen, impuesto por la incorrecta calificación, lo soporte el interesado o el Notario autorizante de la escritura pública (cfr. el último párrafo del art. 325 de la Ley Hipotecaria).

2. También como cuestión formal previa, debe recordarse una vez más que el informe del Registrador no es el cauce procedimental idóneo para incluir nuevos argumentos o para ampliar los ya expuestos en defensa de su nota de calificación. La aplicación de un mero principio de seguridad jurídica obliga a que el funcionario calificador exponga en su calificación la totalidad de los fundamentos de Derecho que, a su juicio, impiden la práctica del asiento solicitado.

Es cierto que la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece la aplicabilidad a la calificación de los Registradores Mercantiles y de Bienes Muebles sólo de “La regulación prevista en la sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del Registrador de la Propiedad”, y en esa sección normativa se incluyen los artículos 322 a 329, pero no el referido artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, la Ley 24/2001 no ha introducido en el Código de Comercio un precepto análogo a este último en lo relativo al contenido de la calificación negativa (a diferencia de lo prevenido respecto del plazo de calificación y calificación por Registra-

dor sustituto en caso de calificación extemporánea o negativa, en los nuevos apartados 4 a 8 del art. 18 de dicho Código). Mas también es cierto que, tratándose del Registro Mercantil, el contenido de la calificación negativa del Registrador es objeto de regulación únicamente reglamentaria (cfr. art. 62 del Reglamento del Registro Mercantil), y ésta ha de ser interpretada a la luz de las nuevas disposiciones de la Ley Hipotecaria, en la medida en que no sean incompatibles con la regulación del Registro Mercantil (máxime si se tiene en cuenta que el art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil se remite, en todo lo no previsto en su Título I –relativo, entre otros extremos, a la calificación y los recursos a que se refiere el capítulo IV– a la normativa hipotecaria en la medida en que resulte compatible. Cfr., también, art. 329 de la Ley Hipotecaria).

Dicha integridad en la exposición de los argumentos sobre los que el Registrador asienta su calificación es requisito *sine qua non* para que el interesado o legitimado en el recurso (art. 325 de la Ley Hipotecaria) pueda conocer en su totalidad los razonamientos del Registrador, permitiéndole de ese modo reaccionar frente a la decisión de éste.

Por ello, en las Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de enero, 8 de febrero, 3 de marzo y 17 de noviembre de 2003, y 3 de enero de 2004, se expresó que el contenido del informe del Registrador debía reducirse a cuestiones de mero trámite, pues ésta es la única finalidad del mismo, sin que quepa adicionar argumento alguno. Cabe añadir, en este punto, que el informe del Registrador tampoco debe utilizarse como réplica a los argumentos utilizados por el recurrente en su recurso y que, obviamente, no se constituye en una suerte de contestación a la demanda. Cuando este Centro Directivo se está refiriendo a cuestiones de mero trámite, quiere expresar que en dicho informe habrán de incluirse aspectos tales como: fecha de presentación del título calificado y las incidencias que hayan podido existir; por ejemplo, que dicho título se retiró para ser subsanado o para pago de los impuestos que gravan el acto o negocio jurídico sujeto a inscripción; fecha de calificación del título y de notificación a los interesados en éste, etc. En consecuencia, el informe del Registrador no tiene ni debe tener por contenido defender la nota de calificación a la vista del recurso del Notario, exponiendo nuevos argumentos, pues con tal forma de actuar se está privando al recurrente del conocimiento íntegro de las razones por las que el funcionario calificador decidió no practicar el asiento solicitado. En suma, el momento procedimental único e idóneo en el que el Registrador ha de exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que motivan su decisión es el de la calificación (art. 19 bis de la Ley Hipotecaria), sin que al emitir el referido informe deba motivar con fundamentos de Derecho su decisión de mantener la suspensión o denegación de la inscripción, como si se tratara de una especie de recurso de reposición, según parece entender el Registrador en este caso (de ahí que, conforme al art. 327, párrafo séptimo, de la Ley Hipotecaria, no sea la decisión de mantener la calificación lo que haya de notificarse a los interesados, sino únicamente la de rectificar dicha calificación con la consiguiente inscripción del título). Y mucho menos cabe admitir que dicho Registrador en tal informe, en vez de especificar más detalladamente los distintos trámites del expediente con justificación documental sobre los mismos y sobre su diligente cumplimiento de las disposi-

ciones vigentes, llegue incluso a incluir –en los términos claramente inapropiados que constan reseñados en los antecedentes de hechos de esta resolución– calificativos sobre una eventual decisión de este Centro Directivo contraria al criterio que resulta de la calificación impugnada.

La conclusión de cuanto antecede es que no pueden tenerse en cuenta las alegaciones del Registrador contenidas en su informe, en cuanto exceden del ámbito material propio de éste a tenor de la normativa vigente y de las reiteradas Resoluciones de este Centro Directivo.

Por otra parte, y también como cuestión procedimental, cabe precisar que aunque según el artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria (redactado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre), el Registrador debe trasladar el recurso a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la resolución que recaiga en su día, esta norma ha de ser interpretada en sus justos términos, sin que pueda servir de base para reputar como interesado en dicho procedimiento otras personas distintas de dichos titulares. En efecto, mediante el recurso gubernativo se pretende asegurar la efectividad del derecho a la inscripción del título y aunque en la regulación actual de dicho procedimiento se hayan introducido algunas cautelas para asegurar la debida protección de determinados terceros titulares de derechos que pudieran resultar afectados por la inscripción cuya práctica se solicita por el recurrente, ello no autoriza al Registrador para, arrogándose la facultad para actuar como una suerte de juez del procedimiento, reconozca como interesados en éste –aunque sólo sea a los efectos de recibir comunicación sobre la interposición del recurso– a otras personas o entidades, como en este caso ha entendido el Registrador respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La improcedencia de la actuación del Registrador respecto de tal extremo es evidente, pues el artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria tasa respecto de organismos públicos los supuestos en los que el Registrador debe darles traslado. Así, sólo cabe tal traslado cuando la calificación negativa se funde en la falta u omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo público. Y resulta palmario que no nos encontramos ante este supuesto, por lo que debe concluirse que también en este caso se ha producido por parte del Registrador una extralimitación ajena a las previsiones legales.

3. Mediante el escrito reseñado bajo el precedente expositivo VIII de hechos, el Notario recurrente plantea la cuestión relativa al incumplimiento por parte del Registrador de la norma del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollada por la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999. Dicho Notario solicita que de no haber cumplido el Registrador la citada norma reglamentaria en su momento, se ponga en conocimiento de sus cotitulares la calificación que le ha sido notificada a efectos de subsanar ese incumplimiento; y que, en su caso, se notifique esa nueva calificación a todos los interesados en la inscripción de tales acuerdos sociales.

Debe recordarse que dicho precepto reglamentario en caso de Registro Mercantil servido por varios titulares, si el Registrador competente para calificar apreciar defectos, impone la obligación de ponerlos en conocimiento del resto de cotitulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente

en dicho Registro, de modo que si alguno de los restantes titulares entendiere procedente la operación la practicará bajo su responsabilidad.

Examinado el presente expediente, no cabe duda de que el Registrador Mercantil que ha calificado no ha dado cumplimiento al contenido del artículo 15 del citado Reglamento del Registro Mercantil.

Este incumplimiento obliga a que esta Dirección General valore sus consecuencias, dado que las mismas pueden ser diversas atendidos los sucesos acaecidos con posterioridad a la calificación recurrida.

Como punto de partida, es innegable que el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil no es sólo un precepto que atiende a la forma de la calificación, sino que se dirige al fondo de la misma, esto es, a la formación de criterio del órgano calificador. Desde esa perspectiva, dicho incumplimiento debería ocasionar la máxima consecuencia, esto es, que este Centro Directivo ordenara que por parte del funcionario calificador se diera cumplimiento estricto al contenido de ese precepto. Lo que ocurre es que el cauce legalmente establecido para ello no es propiamente el recurso gubernativo (en que se ha de decidir si la concreta calificación registral es o no fundada en Derecho) sino el correspondiente recurso de queja ex artículo 329 de la Ley Hipotecaria –procedimiento al que alude el propio Notario recurrente–. A mayor abundamiento, aunque por esta última vía se procediera a retrotraer el expediente para que se calificara de nuevo por los cotitulares del Registro Mercantil, lo cierto es que en este concreto supuesto no serviría para conseguir la inscripción inicialmente pretendida toda vez que, como ha quedado expuesto, los consejeros nombrados por la Junta cuya inscripción se denegó presentaron su dimisión después de la interposición de los recursos y de las tres vacantes producidas, dos han sido cubiertas por el procedimiento de cooptación previsto en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En conclusión de cuanto antecede, la respuesta lógica al incumplimiento del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil sería retrotraer el expediente para que se dictara una nueva calificación. Ahora bien, esa retroacción en este concreto supuesto y por las razones expuestas, no ocasionaría más que perjuicios a la mercantil recurrente que tras la dimisión de los tres consejeros designados ha nombrado a dos nuevos por el sistema de cooptación.

Obviamente, si el expediente se retrotrajera al momento de la calificación para que se calificara de nuevo, nos encontraríamos que ya existe un nombramiento de dos consejeros, lo que obligaría a indagar las consecuencias de esa nueva calificación en cumplimiento del artículo 15 del citado Reglamento del Registro Mercantil con los lógicos perjuicios para la mercantil recurrente. En suma, es la dimisión o renuncia de esos tres consejeros y el nombramiento de dos nuevos lo que impide que esta Dirección General ordene la retroacción del expediente para que se califique de nuevo el título.

Además, debe resaltarse que con arreglo a la actual regulación del recurso frente a la calificación, las consecuencias son claramente diversas. En efecto, de resolverse en el sentido expuesto –retroacción del expediente y nueva calificación– la Resolución que dictara esta Dirección General sería inútil, pues su eficacia sería suspendida mediante la simple interposición de un recurso ante el Juzgado de

lo Mercantil competente (art. 328, pár. sexto, de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), recurso para el cual estaría legitimado no sólo el Registrador Mercantil, sino, en principio, aquél a quien éste ha dado traslado del expediente, lo que situaría a Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., si deseara ejecutar la Resolución de este Centro Directivo, ante la necesidad de prestar la correspondiente caución o fianza, siendo así que ya ha nombrado dos consejeros por cooptación.

4. Por lo que se refiere al fondo del asunto, en este expediente concurren las siguientes circunstancias:

a) El 26 de julio de 2004 se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados el 23 de junio de 2004 en Junta general universal de la sociedad por los que se nombra como miembros del Consejo de Administración a determinadas personas, en la forma detallada en la certificación que queda incorporada a tal escritura; b) El 23 de julio de 2004 se había presentado testimonio notarial del acta notarial de dicha junta, que fue retirado y el 28 de julio se presentó en su lugar copia auténtica de la referida acta notarial, según la cual: determinada sociedad accionista designó tres consejeros –que no aceptan el cargo en dicho acto– mediante el sistema de representación proporcional previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; y después de manifestar el Presidente de la Junta que considera que la sociedad que realiza esa designación no puede utilizar el procedimiento elegido por ser un competidor directo y efectivo de la sociedad de cuya Junta se trata, se adoptó por mayoría el acuerdo de declarar incompatibles para el ejercicio de sus cargos como consejeros a esas tres personas designadas “y, en consecuencia, tener por no hechos como contrarios al interés social” los nombramientos que se han realizado por el sistema de representación proporcional, “y, en lo necesario, cesar a los referidos consejeros, todo ello al amparo de los artículos 132, apartado 2.º, y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas”, por ser la sociedad que los ha designado “una sociedad competidora y tener las referidas personas intereses opuestos a los de la sociedad”; asimismo, en sustitución de los designados mediante representación proporcional, la Junta nombró tres consejeros a propuesta del Consejo de Administración y por acuerdo mayoritario; c) En su calificación –y aparte otros defectos no impugnados– el Registrador deniega la inscripción del nombramiento de estos tres últimos consejeros “por haberse realizado su nombramiento fuera del ámbito competencial de la Junta general de accionistas (art. 93.1 en relación con el art. 137 de la Ley de Sociedades Anónimas)”.

5. Se suscita en primer lugar la cuestión relativa a los medios que puede o debe tener en cuenta el Registrador en su calificación, toda vez que el artículo 18 del Código de Comercio establece que los Registradores deberán calificar los documentos presentados por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro.

Alega el Notario recurrente que no pueden tomarse en consideración como medio para la calificación ni el testimonio notarial del acta notarial de la Junta –porque, a su juicio, no goza del carácter de título inscribible y, por ende, no puede causar asiento de presentación alguno–, ni la copia autorizada de dicha acta

notarial –por impedirlo el principio de prioridad consagrado en el art. 10 del Reglamento del Registro Mercantil.

Ciertamente, en determinadas ocasiones este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2000 y 31 de marzo de 2001), ante situaciones de conflicto entre socios que se traducían en contenidos documentales contradictorios que no permitían comprobar si se había logrado o no un determinado acuerdo o cuál entre los que se pretendía que lo habían sido debía prevalecer, ha respaldado la decisión de rechazar la inscripción a fin de evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas –a través de un procedimiento en el que no juega el principio de contradicción– y cuya realidad y legalidad haya sido comprobada, en el ámbito que le es propio, por el trámite de la calificación registral, y no a la resolución de las diferencias entre los socios que sólo a los Tribunales corresponde.

No obstante, tampoco puede olvidarse que, a la vista de los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 y 10 del Reglamento del Registro Mercantil, la regla general es que, en su función calificadora, los Registradores Mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y, en consecuencia, en cuanto tengan asiento de presentación vigente en tal momento, los documentos presentados con anterioridad, no los que accedan al Registro después (cfr. Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 13 de noviembre de 2001 y 6 de julio de 2004), de suerte que sólo excepcionalmente cabe admitir la posibilidad de que los Registradores Mercantiles puedan y deban tomar en consideración algún documento referente al mismo sujeto inscrito o inscribible que, aun presentado después del que se califica, resulte respecto de éste incompatible u opuesto, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles e ineficaces. Pero esa posibilidad no puede generalizarse fuera de casos excepcionales como son aquellos en que se ha admitido, cuando existe incompatibilidad total entre los que se presentan como acuerdos adoptados por un mismo órgano social en la misma reunión y documentados por separado. Además, tales modalizaciones no pueden llevar en ningún caso al extremo de desvirtuar totalmente aquella regla temporal, rechazando el despacho del título anterior so pretexto de la posterior presentación de un documento que no acredite o evidencie la falta de autenticidad o nulidad de aquél. A este efecto, sería suficiente que tal extremo se justificara fehacientemente, por ejemplo, mediante acta notarial de la Junta en que se hubiera adoptado el acuerdo que fuera contradictorio con el de nombramiento de nuevo administrador que se pretende inscribir, toda vez que el nombramiento que se verifica mediante dicha acta notarial goza de la presunción de veracidad inherente a tal documento público ex artículo 17.2.bis de la Ley del Notariado (En cambio, la simple manifestación sobre el nombramiento realizada por el titular registral de la facultad certificante no goza de presunción de veracidad alguna; lo único que se presume conforme a los arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil es que la facul-

tad certificante está atribuida legalmente a quien figura como titular en el Registro Mercantil).

En el presente caso, para resolver la cuestión planteada no es necesario entrar en la falta de idoneidad del testimonio notarial del acta notarial de la Junta –al haber sido retirado antes del momento de la calificación–; y, respecto de la copia autorizada de dicha acta, no cabe apreciar la existencia de una total incompatibilidad entre el acuerdo en ella documentado y el que se elevó a público mediante la escritura calificada, ni se puede estimar que de aquélla resulte la falta de autenticidad o la flagrante nulidad del acuerdo documentado en ésta –salvo que, respecto de este vicio se prejuzgue sobre la cuestión que es objeto de análisis en el siguiente fundamento de derecho.

6. Según la calificación del Registrador, el debatido nombramiento de Consejeros se ha realizado fuera del ámbito competencial de la Junta general porque, a su juicio, una vez ejercitado el derecho a designar miembros del Consejo por el sistema de representación proporcional establecido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha de estimarse que quedan reservadas las correspondientes vacantes a la minoría agrupada, incluso en el supuesto de que quienes hubieran sido designados pudieran incurrir en la incompatibilidad establecida en el artículo 132.2 de dicha Ley.

La cuestión nuclear que plantea tal impedimento a la inscripción solicitada no puede ser resuelta, en el estrecho marco de este expediente, sino atendiendo al ámbito propio de la calificación registral. En efecto, conforme al artículo 18.2 del Código de Comercio, los Registradores calificarán la validez del contenido de los documentos presentados a inscripción, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de su validez, ni siquiera a la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante, existiendo algunas circunstancias que pueden determinar su ineficacia y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.); y la facultad que se atribuye al Registrador para calificar esa validez –a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado, y por lo que resulte de los documentos presentados así como de los propios asientos del Registro– implica la comprobación de que, según los indicados medios que puede tomar en cuenta al realizar su calificación, el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado; pero fuera de tales supuestos no le autoriza para decidir –como acontece en el presente caso, arrogándose funciones propias de los Tribunales– que frente a determinada interpretación de la ley sustentada por la jurisprudencia y por un amplio sector de la doctrina científica deba prevalecer otro criterio de su aplicación, con el resultado de impedir la inscripción solicitada, de

suerte que quedaría menoscabada la seguridad jurídica y se provocaría al presentante una verdadera indefensión.

En el presente caso, la duda interpretativa surge respecto del alcance que deba atribuirse, conforme a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, a la soberanía de la Junta general de accionistas a la hora de decidir sobre la idoneidad o incompatibilidad de los nombrados para desempeñar el cargo de miembro del Consejo de Administración en los supuestos en que se pretende ejercitar el derecho a la designación de consejeros por el sistema de representación proporcional ex artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y la determinación del criterio que haya de prevalecer (el defendido por quienes consideran que Junta tiene competencia para impedir el nombramiento de consejeros por la minoría cuando a juicio de aquélla éstos sean designados por una sociedad competidora; o el mantenido por algunos autores, que exige que en caso de vacante sin que exista suplente el nombrado en su lugar sea designado por esa minoría o por la Junta entre los designados por ésta) excede del ámbito de la calificación del Registrador, pues supondría la arrogación extrajurisdiccional de la función de dilucidar en el caso concreto sobre la tutela de los derechos de la minoría (con la consideración, en su caso, de la existencia de un eventual fraude de ley) o sobre la prevalencia del interés de la sociedad tal como ha sido apreciado por la Junta general de accionistas.

En cambio, accediendo a la inscripción cuya práctica es objeto de debate en el presente recurso no se impediría la adecuada reacción de quienes se consideran con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata, mediante la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos cuya inscripción se ha solicitado, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. arts. 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas), pudiendo hacerse constar en el Registro tanto la demanda de impugnación como la resolución firme que ordene la suspensión de los acuerdos, a través de la correspondiente anotación preventiva (cfr. arts. 121 de la Ley de Sociedades Anónimas y 94.10, 155 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección ha resuelto estimar el recurso y revocar la calificación del Registrador, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho, sin perjuicio de lo demás acordado.

Contra esta Resolución pueden recurrir los que resulten legitimados de conformidad con los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria, mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la capital de la provincia donde radica el Registro Mercantil, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

COMENTARIO

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO. 2.1. Respecto del plazo de interposición del recurso. 2.2. Respecto de la legitimación de los recurrentes. 2.3. Respecto del contenido del informe. 2.4. Respecto del traslado a otros interesados. 2.5. Respecto de la conformidad de los cotitulares del Registro. 3. LA CUESTIÓN DE FONDO. 3.1. Planteamiento. 3.2. Los dos recursos interpuestos. 3.3. Doctrina de la DGRN sobre la calificación conjunta. 3.4. Alcance de la calificación registral. 3.5. Las singularidades del caso FOMENTO. 3.6. La Resolución de la DGRN.

1. Presentación

Faltan adjetivos para alabar la sobresaliente Resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 2004 (*BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2005) en el caso “Fomento de Construcciones y Contratas”. Pasará a nuestra pequeña historia como un decidido intento por hacer que la calificación registral “sea” lo que “debe ser”, sin las exageraciones impuestas por unos émulos de jueces, demasiado propensos a impartir doctrina (“su” doctrina). En este caso bien puede decirse que la postura del registrador había creado “alarma social”, como le fue fácil comprobar a cualquier lector de periódicos del mes de agosto –ya era hora de que no sólo algunos notarios denunciáramos estas extralimitaciones–. Con sorprendente celeridad –como exigía esa alarma– y demoledora contundencia, la DGRN ha puesto las cosas en su sitio. Esperemos que algún día ya se ponga fin a tantos delirios de grandeza “registralista”, y estos probos funcionarios se limiten a cumplir con su –por otra parte dignísimo– papel de archiveros transcritores. Realmente de ellos no se necesita mucho más, y el resto con que nos obsequian sólo es un adorno, perverso por distorsionante. A destacarlo se dirigen estas líneas.

2. Cuestiones de procedimiento

De entrada, llama la atención que sean tantas las cuestiones de procedimiento, y que algunas de ellas dejen en tal mal lugar al funcionario calificador.

2.1. Respecto del plazo de interposición del recurso.

En el presente caso se omitieron en la notificación de la calificación negativa algunos de los requisitos formales que ha de cumplir, lo que impide que el plazo para recurrir empiece a correr (art. 58 Ley 26/1992). En particular, y por lo que se transcribe en los “Hechos”, parece que se omitieron las indicaciones relativas al plazo de interposición del recurso y la firma del registrador (art. 58-2 Ley 26/1992). En cambio, la DGRN no quiere pronunciarse sobre la idoneidad del fax como medio de comunicación, aunque no hay razón para entender superada la doctrina de la Resolución de 4 de junio de 2003 (servicio registral), de que es necesario el previo acuerdo entre la notaría y el registro para que el fax sea el medio de notificación de las calificaciones registrales.

2.2. Respecto de la legitimación de los recurrentes.

Se da la circunstancia de que los tres consejeros nombrados por la Junta cuya inscripción se denegó presentaron después su dimisión y, al haberse producido vacantes adicionales, dos fueron designados para cubrirlas por cooptación. A pesar de ello, la DGRN no pone en duda la legitimación para recurrir, pues la finalidad del recurso gubernativo no es el asiento registral (en este caso no podría practicarse la inscripción entonces denegada, pues ya están inscritos), sino el acto de calificación en sí, de manera que se trata de declarar si la calificación del registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos, fue o no ajustada a Derecho, y ello es así, tanto si los defectos se subsanaron al sólo objeto de conseguir su inscripción (art. 352-II LH), como si –por otro medio– ya se había conseguido aquélla (nuestro caso, aunque tampoco cabe desconocer el distinto efecto de un nombramiento por cooptación). En definitiva, reitera la doctrina de la STS de 22 de mayo de 2000 cuando excluyó que el recurso lo fuera sólo a efectos doctrinales.

Pero quiero llamar la atención sobre el hecho de que esta falta de legitimación para recurrir, pero también la denuncia de la eventual interposición del recurso por el notario fuera de plazo, no fueron –al menos según se transcribe en los “Hechos”– objeciones del registrador, sino alegaciones del socio minoritario –Acciona–. Importante, por lo que diremos después.

2.3. Respecto del contenido del informe.

Contraviniendo una más que consolidada doctrina de la DGRN –cuya aplicabilidad al Registro Mercantil reitera, v. antes Resolución de 3 de mar-

zo de 2003—, el registrador se sirve del informe para contestar a los recurrentes. No vamos a insistir en lo anómalo de dicho proceder, que incluso juzgamos merecedor de sanción disciplinaria (también la DGRN en la Resolución últimamente citada), pues, por mucho que no se tomen en consideración por la DGRN —y esto no deja de ser una aporía—, supone la incorporación al expediente de unas alegaciones que el recurrente no pudo tomar en consideración, ni consiguientemente rebatir, y ya está bien de que estos funcionarios sigan reservándose “la última palabra”, con absoluto desprecio por los derechos del recurrente (de todos modos, la sanción sólo sería procedente cuando con claridad pudiera hablarse de falta de motivación de la calificación —la típica cita de preceptos, sin razonamiento alguno—, y el informe así lo ponga de manifiesto; ahora, éste no es el caso, pues, con independencia de servirse del informe para contestar a los recurrentes, lo que no puede decirse es que el registrador dejara de motivar su calificación). Pero lo más llamativo es el tono insolente del registrador, que hasta se permite advertir a la propia DGRN acerca de la arbitrariedad que supondría apartarse de lo que —considera— “una doctrina reiterada y consolidada de la DGRN a la que escrupulosamente se ha ajustado la nota de calificación”. Pero esta insolencia sólo esconde falta de veracidad —o quizá algo de ignorancia—, pues la doctrina de la DGRN, ni en lo que se refiere a la calificación conjunta, ni al principio de prioridad en el Registro Mercantil, como tampoco al alcance de la calificación, permite un encuadramiento tan favorable a las posiciones que el funcionario dice defender, y menos “advertir” a la DGRN. Antes bien, todo lo contrario, y después tendremos ocasión de demostrarlo. El único punto en el que, más que de un cambio, sí podría hablarse de un avance (pero ya insinuado en Resoluciones anteriores, según veremos), estaría en el hecho de que la DGRN se abstuviera de entrar decididamente en el fondo del asunto, por considerar que la apariencia de legitimidad del acuerdo ya es bastante para inscribir, que es justamente lo que ha ocurrido.

2.4. Respecto del traslado a otros interesados.

Más grave que lo anterior es el hecho de haber dado traslado a unos supuestos interesados, pero en este punto no acabo de comprender el pronunciamiento de la DGRN, apenas limitado al traslado a la CNMV, sin decir ni una palabra sobre el que también se hizo a Acciona, que nos parece mucho más grave. No se alcanza a ver en qué supuesto del artículo 327-V LH puede tener encaje dicho traslado, pues el minoritario no es titular de derecho alguno que conste presentado, inscrito, anotado o por nota marginal (el propio registrador reconoce que ni siquiera consta la agrupación de acciones en el registro contable), pues es claro que ha de

tratarse de derechos que como tales accedan al Registro Mercantil, y éste no es el caso de aquel derecho de la minoría (como mucho, se inscribirán los consejeros que nombre, pero nada más). El mismo funcionario que tan bien distingue entre el Registro de la Propiedad y el Mercantil cuando se trata del principio de prioridad, después confunde la aplicación de una norma que puede tener algún sentido en el ámbito de aquél, pero bastante menos en el otro, y ninguno en el presente caso. El problema, aparte del retraso en la tramitación del expediente por haber tenido que esperar a los escritos de alegaciones, es que como consecuencia de dicho traslado, ahora el socio minoritario se podrá sentir legitimado para recurrir judicialmente contra la resolución de la DGRN en los términos del artículo 328-IV LH, pues absurdamente dicha legitimación se subordina *prima facie* a la mera notificación del recurso que *ad libitum* le haga el registrador. El resultado simplemente es devastador en términos de seguridad jurídica: la minoría podrá llevar el debate sobre el fondo del asunto al ámbito de un recurso judicial pensado para otra cosa, pero con la ventaja añadida de que su recurso judicial impide la inscripción (art. 328-VI LH), siendo la parte favorecida por la Resolución de la DGRN la que habrá de prestar fianza para conseguir su inscripción (el mundo al revés: mientras en el ámbito de una impugnación judicial del acuerdo es el demandante quien ha de prestar caución cuando pide una medida cautelar –art. 737 LEC–, ahora el socio minoritario, si no quiere impugnar el acuerdo, podrá limitarse a recurrir la Resolución de la DGRN, bloqueando la inscripción sin tener que prestar fianza). Compartimos plenamente la crítica de la DGRN de la extralimitación cometida por el funcionario, pero no entiendo por qué no ha incluido también el traslado al socio minoritario. Sin perjuicio de que la decisión última corresponda al juez, debe insistirse en que el registrador lo hizo mal, en que el traslado es ineficaz y ha de tenerse por no hecho a todos los efectos –en especial, legitimadores del recurso judicial–. No sólo eso, es que dos de las alegaciones procedimentales examinadas anteriormente –plazo y legitimación– se hicieron por el socio minoritario, y no por el registrador. Realmente, ni se hubieran debido tener en cuenta, y el hecho de haberlas contestado me preocupa, ya que implícitamente supone admitir la eficacia de aquel traslado. Es el único punto en el que discrepo de esta –por todos los conceptos– magnífica Resolución.

2.5. Respecto de la conformidad de los cotitulares del Registro.

Menudo embrollo se organiza en este punto. Lo mejor es ir por partes, ajustando los acontecimientos a los bloques normativos. Tenemos de entrada lo dispuesto en el artículo 15.2 RRM, según el cual siempre que el registrador a quien corresponda la calificación de un documento apre-

ciara defectos que impidan practicar la operación solicitada, los pondrá en conocimiento del cotitular o cotitulares del mismo sector, a quienes pasará la documentación. Como puede verse, en la norma reglamentaria el traslado es automático (“siempre”) y no hace falta pedirlo. La Instrucción de la DGRN de 12 de febrero de 1999 vino a aclarar, pero también a matizar lo anterior. Por un lado aclara, pues señala que si la materia está atribuida por convenio –aprobado por la DGRN– a un solo registrador (aunque haya más en el Registro, pero en otros sectores), entonces no se aplica aquella norma; pero cuando la materia o sector esté atribuida a más de uno (“aunque se introduzcan criterios aleatorios en la distribución diaria entre los mismos”), o el sector sea único por no existir convenio alguno de distribución, entonces sí que tiene plena aplicación el artículo 15.2 RRM. En nuestro caso parece que no hay tal convenio en el Registro Mercantil de Barcelona (v. lo que dice el registrador en “Hechos” IX), con lo cual, lejos de ser inaplicable el precepto –como deja atisbar el funcionario–, lo es en toda su extensión y para todos los cotitulares del Registro.

Pero dije que también matiza, pues, lo que textualmente debiera ser automático, en la Instrucción parece presuponer una solicitud del presentante o de cualquier interesado. Creo, de todos modos, que la Instrucción no puede ir en contra de lo dispuesto en el RRM, y sin perjuicio de que la solicitud también sea posible, la obligación del registrador es poner su calificación en conocimiento de los cotitulares, sin necesidad de que se le pida. En nuestro caso el problema se plantea porque el notario aparenta simultanear la vía de la solicitud y la del recurso, pero no es del todo así. Primero, porque ya hemos visto que la obligación del registrador no exige tal rogación, y en todo caso, aunque lo hiciera, la comunicación del notario en fecha 7 de septiembre (el recurso es de 17 de septiembre) ya sería bastante (el interés del notario está fuera de toda duda, como legitimado que está para recurrir, pero es que –además– sólo excita el cumplimiento de una obligación que el registrador ha de cumplir de todos modos). Con una actitud claramente obstruccionista y rebelde a lo que debiera ser el mero cumplimiento de sus deberes, el registrador contesta de malos modos que no dispone de datos para identificar el documento (curioso, hasta lo tenía en la prensa), y obliga al notario a reiterar su petición en fechas inmediatamente posteriores a la interposición del recurso. A partir de este momento parecería que el notario sí está simultaneando las dos vías, la del recurso y la de los cotitulares, pero es que no hay inconveniente alguno en que lo haga. La Instrucción de 1999 sólo contempla como alternativa la subsanación, no el recurso, y es claro que si un cotitular inscribe, el recurso habrá quedado sin objeto y sólo procederá que se desista de él (la subsanación, en cambio, es compatible con el recurso). Para colmo, dado

lo que se tardó en remitir el expediente a la DGRN gracias a los imaginativos traslados del funcionario (no se eleva hasta el 2 de noviembre), y suponiendo que el plazo para los cotitulares también fuera de quince días (aunque motivos hay para entender que son los quince iniciales), había tiempo más que suficiente para haber resuelto todo esto antes de remitir el expediente del recurso a la DGRN. El problema realmente no es el recurso, sino el hecho de haberse practicado la inscripción de dos de los consejeros por cooptación. Sobre esto volveremos después.

Supuesto lo anterior, la siguiente pregunta es si dicho sistema de intervención de los cotitulares ha de entenderse vigente después de implantado el de registrador sustituto, y la respuesta afirmativa no ofrece dudas, ya que se trata de sistemas diferentes. El del sustituto es un sistema formal, con calificación final estimatoria o desestimatoria por parte del mismo, y reparto final de aranceles entre ambos (obsérvese que los sustitutos de los registradores mercantiles de Barcelona lo son todos de la Propiedad; v. Resolución de 1 de agosto de 2003). El del artículo 15-2 RRM en cambio opera en el ámbito interno del registro –depende en su aplicación, de hecho, de una cuestión meramente organizativa– y no da lugar a una nueva calificación desestimatoria (por eso no afecta a la intervención del sustituto, que siempre lo será del registrador afectado), sólo, en su caso, a la inscripción por parte de otro cotitular, y sobre honorarios ya se apañarán entre ellos.

Hasta aquí, y como primera conclusión a proyectar sobre la Resolución de la DGRN, ésta tiene claro que el sistema sigue vigente, y que en nuestro caso el registrador no lo ha cumplido. Un incumplimiento más a añadir a los que ya tiene en su haber. Pero la duda que entonces surge es cómo reaccionar ante la negativa del registrador a dar curso a aquello a lo que está obligado. Está claro que la respuesta no es el gubernativo, sino el recurso de queja del artículo 329 LH, pues, aunque expresamente no se contempla este supuesto, aquél es el único procedimiento para reaccionar frente a todas aquellas actitudes del registrador que supongan la omisión o renuencia al cumplimiento de sus deberes y obligaciones (advuértase que hablamos de recurso de queja, como un recurso de petición frente a la inactividad del funcionario, no de queja en el sentido de denuncia; hay otros ejemplos en el ámbito de la publicidad formal –art. 228 LH– con reglas no coincidentes). Cuestión distinta es el “sobreprocedimiento” que supone aplicar aquí las mismas reglas del gubernativo, sobre todo si en paralelo se está siguiendo un recurso gubernativo contra la calificación del registrador. De todos modos, si sólo hubiera sido eso, la DGRN bien podía haber resuelto rápidamente el recurso de queja y reexpedir al funcionario para dar cumplimiento al artículo 15-2 RRM, pero es aquí donde llegamos al auténtico embrollo. Es que dos de los consejeros

ya se habían inscrito por cooptación. Así como el gubernativo puede tener sentido a pesar de la inscripción previa –v. *supra*–, lo que ya no lo tendría demasiado es que los cotitulares se pronuncien sobre una inscripción que, por razón de la mera secuencia temporal, ya se revela improcedente (quizá, respecto del tercero no cooptado, pues, aunque haya renunciado, no por eso deja de tener sentido la inscripción, aunque inmediatamente después también lo sea aquella renuncia). Para colmo, la resolución de la queja también puede llevarse a la vía judicial, prolongando el período de espera (pero de la queja, el gubernativo podría resolverse de todos modos).

Con buen sentido, la DGRN decide resolver el gubernativo (no para inscribir –insisto–, sino para declarar no ajustada a Derecho la calificación) y dejar aparcado el de queja, aunque admito que su razonamiento final me resulta un tanto enigmático, ¿a qué recurso judicial se refiere?, ¿al de la resolución del gubernativo o de la queja? Si es lo primero, el daño ya está hecho por la mera decisión de dar traslado del recurso al socio minoritario (aparte la propia legitimación del registrador), si lo segundo, la tramitación del mismo no debería impedir la resolución del gubernativo.

Creo que frente a la actuación del registrador, lo que procede es la apertura de la otra vía que marca el mismo artículo 329 LH, que no es otra que la disciplinaria, por incumplimiento de una obligación impuesta por la legislación registral (art. 313 LH como infracción leve, grave si es reiterada). En este sentido, frente a la pretensión de algunos registradores de que sólo hay infracción leve si antes ha habido requerimiento con apercibimiento, me permito recordar la reciente STS (sala 3.ª, sección 6.ª) de 18 de noviembre de 2004, que sólo exige que se determine con precisión el deber jurídico concreto cuyo incumplimiento justifique la comisión de la falta (en este caso muy claro, el art. 15-2 RRM). No obstante, tampoco cabe pasar por alto el doble reconocimiento que ha hecho de que en el Registro Mercantil de Barcelona no hay distribución en razón de materias o sectores, pero tampoco se cumple el sistema del RRM (“de imposible cumplimiento, atendido el volumen de la documentación a cuyo despacho debe atender el Registro Mercantil de Barcelona”, se lee en “Hechos” IX), con lo cual no sé a qué espera la DGRN para hacer la oportuna inspección en dicho Registro, pues, si según se dice en la Instrucción de 1999, aquella previsión lo es “para que, sin merma de tal independencia en la calificación registral, se respete el fundamental derecho de los interesados a la seguridad jurídica”, es obligación del Centro Directivo velar por los derechos de éstos.

3. La cuestión de fondo

3.1. Planteamiento.

La sucesión de acontecimientos es la siguiente:

— Presentación en el Registro Mercantil de una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en Junta universal por los que se nombraban determinados miembros del Consejo de administración.

— Con anterioridad se había presentado testimonio notarial del acta notarial de dicha Junta, después sustituido por la copia auténtica de la misma, según la cual: determinada sociedad accionista –Acciona– designa tres consejeros mediante el sistema de representación proporcional; después de manifestar el presidente de la Junta que considera que la sociedad que realiza esa designación no puede utilizar el procedimiento elegido por ser un competidor directo y efectivo de la sociedad para la cual se nombran –Fomento–, se les cesa y la Junta nombra por mayoría otros en su lugar.

— Deniega el registrador la inscripción de estos últimos por entender que su nombramiento queda fuera del ámbito competencial de la Junta, ya que esos puestos quedaban reservados a la minoría.

3.2. Los dos recursos interpuestos.

Es interesante reparar en la muy distinta orientación de los dos recursos, interpuestos por Fomento y por el notario. El de Fomento se centra en el problema de fondo, pero en términos más propios del debate jurisdiccional por contienda entre partes, antes que en los puramente gubernativos de reacción frente al criterio del funcionario encargado de un Registro al que se quiere acceder. Con ello no sugiero que sea incorrecto, o que sus argumentos estén equivocados, sino –sólo– que es un tipo de discusión por principio extraño a lo que debería ser este tipo de recurso. Dicho en otras palabras, que de ser posible resolverlo sin tener que comprometerse con la cuestión de fondo –si se quiere, en clave más “registralista” que “societaria”–, pues tanto mejor. No le corresponde a la DGRN abrir ni contaminar debates que tienen su sede apropiada en los Tribunales, y que además han de serlo por la vía del juicio ordinario (art. 249-1-3.º LEC; nada que ver con el recurso judicial previsto contras las resoluciones de la DGRN en el art. 328 LH, a tramitar según las normas del juicio verbal).

Mucho más correcto nos parece el del notario recurrente que, sin eludir una ligera aproximación expositiva al tema de fondo, se centra en cuestiones de orden estrictamente registral, las que constituyen verdadera ma-

teria del gubernativo. La cuestión es resolver sobre la inscripción del nombramiento de unos cargos, no sobre su incontrovertible validez, pues, ni la inscripción convalida los actos nulos (art. 20-2 CCom), ni la calificación registral permite depurar todos los posibles vicios invalidantes de un acuerdo social. La cuestión sólo es verificar si en ese caso se han satisfecho los mínimos que debe controlar el registrador, y de ser así, la sospecha sobre otros vicios o defectos deberá elucidarse en sede judicial, pero sobre la base de un acuerdo ya inscrito. Creo que éste era el enfoque acertado y es el que afortunadamente ha prevalecido en la Resolución, aunque ello suponga que el Centro Directivo no entre en el fondo del asunto. En este caso, claramente creo que “menos es más”.

3.3. Doctrina de la DGRN sobre la calificación conjunta.

Es discutible la conveniencia de trasladar al Registro Mercantil algunos de los principios característicos del Registro de la Propiedad. Así, mucho habría que decir sobre el principio de legitimación en el ámbito de aquél (piénsese en unos estatutos inscritos, cuyas eventuales cláusulas ilegales nunca van a quedar convalidadas por la inscripción). Ahora nos limitamos a la dinámica societaria, es decir, a la inscripción de los actos y acuerdos. En la práctica se ha impuesto una especie de principio de petrificación del contenido de los asientos en virtud del cual, como aquéllos quedan bajo la salvaguarda de los Tribunales, no pueden ser rectificadas sino con el consentimiento de su titular o resolución judicial firme, lo que lleva a negar el acceso registral a todo acto cuya validez y eficacia aparezcan seriamente comprometidas. Dicho así el argumento acogota, pero realmente es una simpleza, pues ¿qué es ese consentimiento sino el propio acuerdo que se pretende inscribir? Se olvida que en este Registro el consentimiento no se presta de modo unitario en el documento público llamado a plasmarlo en su integridad –como ocurre en el Registro de la Propiedad–, sino que dicho documento sólo refleja un acuerdo social gestado a lo largo de un procedimiento, la mayor parte del cual –por no decir, todo– discurre fuera del mismo. Lo único que cabe demandarle a esa documentación es que cumpla los mínimos impuestos con carácter general –eso sí, que los cumpla bien y estrictamente– y si lo hace ya tenemos “consentimiento”. Tanto es así que a la hora de la verdad todo el entramado descansa simplemente en que se reputa “veraz y exacto” el contenido de las actas privadas, en su caso certificadas por quien puede hacerlo, y esta –modesta– doctrina es la que asume como propia la DGRN (v. Resolución de 16 de junio de 1994). El problema son las salvedades a las que se somete dicha doctrina (en palabras de la Resolución últimamente citada, se acepta el contenido de las actas privadas, “salvo supuestos excep-

cionales en los que las propias omisiones o contradicciones del documento presentado, o el resultado de su confrontación con el contenido de los asientos registrales o el de los otros documentos obrantes en el registro hagan racionalmente presumir lo contrario”). La gestión de los supuestos de excepción –salvedades– ha llevado muchas veces a que el Registro Mercantil se convierta en una suerte de escenario donde los socios intentan dirimir sus diferencias –o posicionarse con ventaja–, simplemente porque han conseguido llevarlas al mismo –*rectius*, que el registrador las conozca–. Repárese en que no se trata de supuestos lineales para los que baste la mera contemplación de la legalidad del acuerdo (p. ej., si está bien o mal convocada la Junta, o si se cumplen los requisitos para una modificación estatutaria), sino de conflictos abiertos y complejos en los que el interesado –una de las partes en conflicto– quiere que el registrador tenga conocimiento de su existencia, sólo para involucrarlo en él. El socio disidente no se conforma con la posibilidad de impugnar judicialmente el acuerdo y –en su caso– pedir la anotación preventiva (es decir, no se conforma con lo previsto rectamente en la ley), sino que persigue la nada despreciable ventaja estratégica de bloquear su inscripción, por ello, para el caso de que la información suministrada por la sociedad al registrador no satisfaga su propósito, de una forma o de otra se buscan canales paralelos de información, o se fuerzan los habituales.

Lo anterior nos lleva al principio de prioridad, esencial en cualquier sistema registral con efectos de publicidad material. Como regla aquél no puede verse desvirtuado por la posibilidad de tomar en consideración documentos presentados después y que den lugar a una suerte de calificación conjunta. Un interesante ejemplo tomado del Registro de la Propiedad –interesante porque no se limita a títulos materialmente incompatibles, sino a un documento posterior que desvirtúa el anterior– lo tenemos en la Resolución de 3 de junio de 2003 (se dice en ella: “si bien es cierto que es doctrina de este Centro que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca, o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevar al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida –el de prioridad–”). Ocurre, sin embargo, que el Registro Mercantil no lo es de bienes, de titularidades o de gravámenes, sino de personas o sujetos, y lo que normalmente accede al mismo –después del acto fundacional– son acuerdos y actos, todos ellos como resultado de complejos procedimientos decisorios, en los que muchas circunstancias pueden incidir sobre su validez. Siendo así, cuando hablamos de calificación conjunta en el Registro Mercantil no lo es para expresar el mismo tipo de incompatibilidad entre documentos que halla-

mos en el Registro de la Propiedad (pero v. la Resolución de antes), sino la de otros documentos que ponen en duda el contenido de los títulos en virtud de los cuales se solicita la inscripción —y que formalmente son irreprochables—, casi siempre presentados por socios disidentes (es decir, por quien *de iure* no tiene la facultad orgánica de pedir la inscripción de nada). El resultado perseguido es atemorizar al registrador —miedo escénico—, de tal modo que ante el riesgo de que realmente hubiera pasado algo que le acabe comprometiendo, y en la creencia esos funcionarios de que sólo responden si inscriben, pero no en caso contrario, lo más fácil para ellos es no inscribir y pasarle la decisión última al superior —la DGRN—. De no tener razón se inscribe en cumplimiento de la Resolución y punto. La situación llegó a ser tan grave, que a finales de los 90 y principios del actual milenio la propia DGRN intentó, más que suprimirla, sí al menos ordenar y acotar esa doctrina, sistematizarla “a la baja”. Para ello se fijaron dos diferentes límites:

— *Límites materiales*: en este punto la Resolución fundamental es la de 5 de abril de 1999. Tras destacar la vigencia de la prioridad registral también en el ámbito del Registro Mercantil, restringe a dos los casos —mejor, grupos de casos— en los que cabe excluirla:

- *Primer supuesto*: cuando exista incompatibilidad total entre los acuerdos de un mismo órgano social adoptados en la misma reunión y formalizados en distintos documentos, ambos presentados a la hora de calificar el primero. Así formulado resulta bastante insólito, casi delictivo, pero hay algunos ejemplos, como el de la Resolución de 25 de junio de 1990 (tener en cuenta, no obstante, que es anterior al RRM 1989). Pero en la actualidad, y tras la importante reforma societaria de finales de los ochenta, sólo en el limitado ámbito del artículo 111 RRM es posible evitar la práctica de un asiento —además, la inscripción del certificante— si se acredita “la falta de autenticidad” del acuerdo social, nada más. Al haberse incrementado las garantías formales en la documentación de la cual se nutre el Registro Mercantil, es impertinente cualquier forma de control que vaya más allá de la cuestión meramente identificadora del órgano que certifica. Es evidente que si —por ejemplo— una sociedad tiene varios administradores solidarios, existe el riesgo de que afluayan al Registro documentos contradictorios entre sí, pero no hay razón para preferir un documento al otro y resolver el aparente conflicto en favor de los asientos. Lo coherente es atenerse al estricto principio de prioridad y dejar que los interesados defiendan sus intereses —o los sociales— por la vía judicial, ya que la calidad de la documentación que va a provocar el cambio en el Registro Mercantil, no es menor a la de la documentación que provocó en su día el asiento que ahora

se modifica. Como mucho, y sólo por razón del superior valor de la fe pública frente a la privada cuando se trata de hechos, si se enfrentan un acta privada y un acta notarial –pero referidas exactamente al mismo supuesto de hecho– deberá prevalecer la segunda sobre la primera (insisto, en términos de verdad o mentira; no de discrepancia en la valoración; p. ej., iniciada la reunión, un grupo de socios abandona el lugar y decide seguirla en otro lugar por su cuenta; esto ya es un problema distinto, no de autenticidad, sino del carácter de la reunión –¿cuál de las dos es junta?–, que exige una valoración jurídica y habrá de resolverse en clave societaria, no falsaria; en el sentido antes indicado, v. la reciente Resolución de 6 de julio de 2004: “a este efecto, sería suficiente que tal extremo se justificara fehacientemente, por ejemplo, mediante acta notarial de la junta en que se hubiera adoptado el acuerdo que fuera contradictorio con el de nombramiento de nuevo administrador que se pretende inscribir, toda vez que el nombramiento que se verifica mediante dicha acta notarial goza de la presunción de veracidad inherente a tal documento público *ex* artículo 17-2 bis de la Ley del Notariado”).

• *Segundo supuesto*: cuando se evidencie la nulidad del que constaba en el primero de los documentos a la vista del contenido del segundo. Este supuesto aún es más peligroso que el anterior, por lo vaporoso que resulta el término “nulidad”, pues, ¿qué tipo de nulidad podría apreciar el registrador, dando por hecho que esa causa de nulidad no resulta ni del título presentado, ni de los asientos registrales? La confusión que revela la DGRN en la relación de precedentes que menciona en la Resolución de 5 de abril de 1999, pone de manifiesto su complejidad. En particular, cita la Resolución de 2 de enero de 1992, donde el conflicto viene por un aumento de capital presentado después; aunque no le da la razón al registrador –es decir, considera que el aumento anterior presentado después no evidencia esa nulidad, pero lo hace sin mayor razonamiento–, sí que repite la doctrina cuando se trata de vicios o defectos que excluyan la validez del acuerdo. Sin embargo, poco tiempo más tarde, y para un supuesto de hecho casi idéntico, se mantiene justo la tesis opuesta en la valoración del mismo defecto (Resolución de 6 de junio de 1994). Para colmo, en otra Resolución posterior, de 23 de octubre 1998, se está a la estricta legitimación registral del capital inscrito. Adviértase en relación al problema de fondo en todas estas Resoluciones, que no se trata de que esos aumentos sean irrelevantes (de hecho, la DGRN tampoco lo tiene claro), sólo que es una decisión correspondiente al juez; ahora el tema es de inscripción, y su práctica nada convalida (aparte de la posibilidad de pedir anotación de la demanda). Por todo ello, y para este segundo supuesto, la conclusión parece clara: ante la dificultad de establecer criterios materiales realmente seguros y firmes en cuanto al tipo de nulidades por

razones de fondo que el registrador puede apreciar, lo procedente es la limitación estricta de la calificación al título y el registro, pues el registrador mercantil no es quién para valorar motivos de nulidad sobre la base de la mera confrontación de un documento con otro. En cualquier caso, sí que debe quedar claro que para la DGRN deben ser nulidades –muy– evidentes –v. *infra*–. En este sentido es muy interesante la Resolución de 26 de febrero de 2001, que acota todavía más los medios de los que puede servirse el registrador (destaca cómo el control del registrador es meramente formal respecto de los requisitos constitutivos de una Junta universal, y para enervar la eventual buena fe de los terceros ya está la anotación de la demanda). Incluso, en la importante y reciente –ya citada– Resolución de 6 de julio de 2004, después de insistir en la vigencia del principio de prioridad, sólo se menciona el supuesto anterior como excepción a aquella regla (se dice en ella: “fuera de casos excepcionales como son aquellos en que se ha admitido, cuando existe incompatibilidad total entre los que se presentan como acuerdos adoptados por un mismo órgano social en la misma reunión y documentados por separado”), omitiendo toda alusión a este segundo (llamo la atención sobre el hecho de que esta última resolución fue publicada en el *BOE* de 7 de septiembre, antes, por tanto, del “insolente” informe del registrador, que lleva fecha de 18 de octubre).

— *Límites formales o procedimentales*: dando por supuesta la anterior doctrina de la DGRN en cuanto al ámbito material en que es admisible la calificación conjunta, ¿basta cualquier clase de documento para acreditar alguno de sus supuestos de hecho y forzar así el conflicto con el presentado antes? Como antecedentes en esta materia conviene citar la Resolución de 17 de marzo de 1986, donde el documento de contraste fue una escritura de partición de herencia; en la Resolución de 21 de septiembre de 1992 lo fue una tarjeta de asistencia contradictoria con los estatutos (aquí no se admitió, pero sí fue reiterada la doctrina general); en la Resolución de 28 de diciembre de 1992 se trató de una comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. A la vista de tanta “variedad” no ha de extrañar que la DGRN también haya sentido recientemente la necesidad de sistematizar criterios, para evitar que el Registro Mercantil se acabe convirtiendo en un *totum revolutum*. En esta nueva orientación es fundamental la Resolución de 11 de mayo de 1999, al establecer como principio general la necesidad de que esos documentos sean susceptibles de provocar algún asiento registral, ya que en otro caso no deben ser tomados en consideración. Otra aplicación de esta doctrina puede verse en la Resolución de 28 de abril de 2000. El problema está en la extensión que se le puede dar al término asiento (v. la Resolución de 25 de julio de 1998, donde se trataba del acuerdo relativo a la aprobación de las cuentas anuales, que

como tal no se inscribe). Una aplicación reciente y muy acertada de estos nuevos criterios puede verse en la Resolución de 13 de noviembre de 2001 (impecable en su doctrina: “sin que por tanto dicho documento contenga acto alguno susceptible de inscripción, circunstancia que por sí sola lo excluye de presentación en el Libro Diario ... documento que como todos aquellos que pueda recibir un registrador y a través de los que, sea como advertencia, ilustración o incluso amenaza, se pretende facilitar cuando no condicionar su calificación, no pueden interferir en ésta, siendo la vía judicial de impugnación del acto o acuerdo en cuestión la que tiene abierta su autor, con la posibilidad, de temer los efectos que pudieran derivarse de la publicidad registral del mismo, de solicitar la anotación preventiva de la demanda e, incluso, obtener un cierre registral a través de la anotación de la resolución judicial por la que, a su solicitud, se acuerde dejar en suspenso su ejecución”).

3.4. Alcance de la calificación registral.

Pero si sólo prestamos atención a la calificación conjunta tendremos una visión incompleta –y casi anecdótica– del problema. Lo importante no es cómo le llegue al registrador mercantil la información –si por uno, o por varios títulos enfrentados–, sino qué información es la que ha de valorar el registrador, aunque toda ella se recoja en un mismo y único título. En tal sentido, la DGRN en no pocas ocasiones ha dado prevalencia al criterio del registrador sobre el de la mesa de la Junta en cuestiones decisivas para la válida constitución de ésta (v. Resolución de 9 de enero de 1991; la Resolución de 13 de febrero de 1998 todavía va más lejos que la anterior al suprimir la referencia al Registro Mercantil). Creo que es necesaria una lectura atenta del artículo 6 RRM, según el cual los registradores calificarán, “por lo que resulta de ellos [*los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción*] y de los asientos del Registro”. Pues bien, en relación a los entresijos del acuerdo social, como puedan ser la constitución del órgano o la votación, ¿qué debe resultar “de ellos”?, sintiéndolo mucho, en una valoración estrictamente normativa, sólo lo que resulta del artículo 26-1 CCom, y –como máximo– con el discutible desarrollo de los artículos 97 y ss. RRM, sobre todo del artículo 112. Basta su lectura para percatarse de que el registrador es llevado a rastras por unas declaraciones cuya autenticidad, no sólo le está vedado controlar, es que ni siquiera llega a conocer en detalle, pues únicamente acceden a él los resúmenes totales. En este sentido, aunque no se refiere a la constitución, sino a la convocatoria, es interesante la Resolución de 9 de enero de 1998 (se lee en ella: “en concreto, las manifestaciones que durante los debates habidos en el seno de la Junta hayan podido hacer los socios, que por otra

parte, no necesariamente han de constar en los títulos presentados”). Esta idea de que la calificación ha de limitarse a aquello que el registrador puede conocer según las reglas generales, se ha reiterado en otras posteriores. Así, respecto del acuerdo previo del órgano de administración para la convocatoria en la Resolución de 13 de noviembre de 2001 (se lee en ella: “el registrador no dispone de una facultad discrecional de recabar, cual si de una diligencia para mejor proveer se tratase, la aportación de otros complementarios no previstos o la inclusión en los presentados de otras menciones al margen de aquellos que en cada caso vienen impuestas por las normas que regulan el procedimiento registral”); en cuanto a las decisiones del socio único por representante en la Resolución de 25 de enero de 2002 (se lee en ella: “y tampoco hay norma que faculte a éste [*el registrador*] para exigir que se le acrediten ni que obligue a hacerlo constar en la inscripción que practique. En definitiva, será la persona facultada para certificar del contenido del acta y trasladar la misma al Libro correspondiente la que habrá de comprobar, bajo su responsabilidad, que la decisión de la que certifica fue adoptada por la persona legitimada en nombre del socio único para hacerlo”). Lo anterior revela que en el ánimo de la Ley –y del RRM– las funciones están perfectamente delimitadas, y que sólo a la mesa de la Junta (o a los otorgantes de la escritura) les corresponde verificar determinados requisitos esenciales, y esto será así con independencia de que “casualmente” el registrador haya conocido alguna de las circunstancias legitimadoras tenidas en cuenta por aquéllos, pero discrepe de su decisión. El problema no es que “las conozca o no las conozca”, sino que es innecesario que las conozca, con lo cual debe abstenerse de entrar en su valoración siempre y en todo caso, por mucho que –en apariencia– se esté cometiendo un atropello, pues evitarlo corresponde a los jueces. El control del registrador no se desenvuelve en el ámbito de un contradictorio, por ello ha de ser prioritariamente formal, sin eficacia convalidante por la inscripción. Todo esto revela una opción de política legislativa de muy hondo calado en el diseño de los mecanismos de documentación social y acceso de ésta al registro, que extravasa los aspectos puramente formales de lo que se diga o se deje de decir en el título –o en otros contradictorios–. De no ser así, la inscripción se acabaría convirtiendo en un auténtico juego de azar, dependiendo del mayor o menor caudal informativo que finalmente desemboque en el Registro. Al hilo de esto, conviene recordar cómo, aunque los acuerdos consten en acta notarial, es perfectamente posible que se certifique por extracto del acta notarial transcrita en el libro de actas de la sociedad; en tal sentido, el artículo 107-1 *in fine* RRM, para los casos de acta notarial de Junta, dice que la elevación a público del acuerdo “podrá” realizarse tomando como base la copia autorizada del acta, pero no dice “deberá”; además, el artículo 109-4 RRM

deja muy claro que es posible certificar de acuerdos que consten en acta notarial. Nada hay de reprochable en que se eleven a público los acuerdos sobre la base de una certificación en la que no consten, ni las manifestaciones de oposición, ni los eventuales documentos que se hayan incorporado a la misma a instancia de los disidentes (no es preceptivo), ni tan siquiera otras incidencias que no dieran lugar a acuerdos inscribibles (de hecho, tampoco todos los inscribibles se habrían de recoger en la misma certificación, pues la obligatoriedad de la inscripción no significa que deban serlo al mismo tiempo y por idéntico título). Si el registrador insistiera en verla (porque –eso sí– la certificación ha de indicar que lo es de acta notarial), se estaría extralimitando claramente en sus facultades, y si es la minoría disidente la que consigue una copia del acta y la presenta por su cuenta, entonces nos vamos a la doctrina de la calificación conjunta antes examinada.

Para concluir con este repaso a la doctrina de la DGRN, a veces se olvida que la naturaleza del problema es siempre recíproca, de modo que evitar el daño a “A” implica causar daño a “B”, y por eso el dilema no consiste en la elección entre causar un daño o no causarlo –la misma duda se revelaría estúpida–, sino en evitar el daño más grave. Por ello, la decisión de no inscribir nunca es valorativamente neutra, pues favorece a alguien, y no se ve la razón por la cual hay que favorecer precisamente a quien tiene interés en que no se inscriba, cuando los nuevos títulos que acceden al Registro han cumplido con los requerimientos formales normativamente exigibles. El resultado logrado por los disidentes es una medida cautelar atípica al margen de todo proceso judicial, muchas veces cuando el acuerdo ni siquiera se llega a impugnar (sobre todo porque no va a impugnarlo la mayoría que lo ha tomado, y la minoría puede dejar de hacerlo al haber conseguido “de hecho” que el Registro Mercantil se cierre para el acuerdo que le incomoda). Pero los efectos distorsionantes no paran aquí. En el ámbito societario la reforma de 1989 quiso acabar con la amenaza de la imprescriptibilidad en materia de impugnación de acuerdos sociales, y lo ha hecho mediante el establecimiento de unos breves plazos de caducidad, pasados los cuales se produce el efecto sanatorio. La doctrina más atenta ya ha puesto de manifiesto las dificultades que genera la interpretación del artículo 116-3 LSA, pues un entendimiento estricto del mismo podría resucitar la tesis de la imprescriptibilidad, dejando que la acción permanezca viva indefinidamente. Así las cosas, cuanto más expansiva sea la calificación registral –o mejor dicho, cuanto más se entrometa en los conflictos materiales–, tanto más difícil será que dichas situaciones se lleguen a convalidar por el transcurso del tiempo. El problema está –sin embargo– en que la DGRN, aunque pretende ordenar sus criterios, hasta ahora no cuestiona la regla general de que el registra-

dor puede controlarlo casi todo, sino que sólo administra sus excepciones (aunque justo es reconocer que cada vez acepta más) y en no pocas ocasiones con enorme vaguedad. Ciertamente que en los últimos años se empieza a producir un claro decantamiento de reglas generales, tomando precisamente como guía los criterios estrictos de documentación, pero aún queda mucho camino por recorrer. En particular le toca recorrerlo a la DGRN, pues todo lo que sea recortar la extensión de la calificación registral, también supone privar al Centro Directivo de la posibilidad de interferir en la definición material de nuestro Derecho societario, y hay ciertas tentaciones intervencionistas a las que no siempre se renuncia con facilidad. Precisamente, el caso que ahora nos ocupa constituye un hito importante en la línea antes indicada de que menos –la contención de la DGRN para entrar en las cuestiones de fondo– es más –en términos de seguridad jurídica.

3.5. Las singularidades del caso FOMENTO.

Casi todas las cuestiones apuntadas en los apartados anteriores afloran en el caso FOMENTO, con ligeros matices. De entrada la doctrina de la calificación conjunta, pues un documento presentado después (la copia del acta notarial de la Junta) es tenido en cuenta para calificar el presentado antes (la escritura de elevación a público de los acuerdos). Sin embargo, algo hay que decir también sobre la hipotética presentación previa de un testimonio notarial del acta notarial (ha de entenderse de su copia autorizada, pues la matriz estará en el protocolo del notario autorizante del acta, y resultaría inaudito que otro notario la hubiera testimoniado). Claramente yerra el registrador en su informe cuando parece reconducir ese testimonio notarial al “testimonio notarial del acta” del artículo 142 RRM. Basta su lectura para percatarse de que dicho testimonio lo es del acta, pero del acta privada (o de su transcripción en el libro), en términos no muy distintos a los del artículo 107-1 RRM cuando trata de la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales. Es claro que de un acta privada el notario no puede expedir copia alguna –pues no es su autor–, pero cualquier notario –precisamente por no ser su autor– puede expedir meros testimonios por exhibición, como reproducción total de documentos que no son matrices autorizadas por él (art. 251 RN). Pero ese testimonio, aunque lo sea de la copia notarial de un acta, ni es el acta notarial en sí, ni es su copia, sino otro documento notarial que tiene como delimitación, en orden al contenido, la que el RN le asigna (art. 144-IV RN, y la clara distinción entre escrituras, actas –o sus copias– y los testimonios). Por eso, cuando el RRM se refiere al acta notarial de la Junta, sólo contempla como documento susceptible de acceso directo (art. 142-1 RRM),

o de elevación a público (art. 107-1 RRM), a la copia autorizada del acta notarial, no al testimonio de dicha copia, documento por completo extravagante a estos efectos desde una estricta óptica documentadora. Así las cosas, no estamos realmente ante un documento que como tal pueda provocar operación registral alguna, por lo que hubiera debido aplicarse el artículo 50 RRM.

Empero, como después se presenta la copia autorizada del acta notarial de la Junta (como es sabido, el socio puede obtener dicha copia directamente del notario), de todos modos acabamos en el tema de la calificación conjunta, pues es normal en ésta que el documento incompatible sea el presentado posteriormente. Un recordatorio insistente: el órgano de administración que eleve a público los acuerdos, con ocasión de certificar del acta (que perfectamente puede ser notarial, una vez transcrita en el libro de actas, v. *supra*), no tiene obligación alguna de transcribir en ella todo el contenido del acta, o todos los acuerdos tomados, ya que perfectamente puede certificar por extracto, y menos aún tiene la obligación de elevar a público los acuerdos que han sido revocados en la misma reunión (a estos efectos ni existen, ni le interesan al registrador). Si la legislación vigente hubiera querido que el registrador tenga puntual y exacto conocimiento de todo lo sucedido en la Junta, es claro que las normas legales y reglamentarias antes citadas se expresarían en términos muy distintos a como lo hacen. Esto supuesto, ahora casi ni se debería hablar de incompatibilidad entre ambos documentos, pues, según la postura que se mantiene acerca del alcance de la calificación registral, ambos documentos resultan plenamente coincidentes en orden a su contenido inscribible. Todavía más, es que la propia copia del acta notarial presentada por la minoría, hasta podría servir para inscribir los consejeros cuyo nombramiento esa misma minoría cuestiona (resultado paradójico, pagaría ella la inscripción).

El problema, por tanto, es realmente si el registrador puede tener en cuenta en su calificación esa información que le ha sido suministrada al margen de los canales típicos de documentación social, y sin otra finalidad que el poner en duda la validez de algunos de los acuerdos cuya inscripción se pretende. Obsérvese que esas dudas no se refieren tanto al desarrollo de la Junta —convocatoria, constitución, votación—, como al fondo del asunto, pues, según la interpretación que se mantenga sobre el alcance del derecho de la minoría a designar sus representantes en el consejo de administración, se podrá entender que la designación de aquellos consejeros por parte de la mayoría entra o no en el ámbito de la competencia de la Junta. Pues bien, en este punto sólo cabía compartir las atinadas observaciones del notario recurrente, pues hay una apariencia más que suficiente de legitimidad del acuerdo social mayoritario, y ésta ha de

bastar. Puede que al final los Tribunales le den la razón a la minoría, y que hasta se consolide una línea jurisprudencial favorable a esa reserva de puesto. Entonces, cuando se produzcan esas “novedades”, el criterio de los registradores y de la propia DGRN habrá de cambiar, pero, de momento, no procede que aquéllos o ésta –por la vía del recurso– interfieran en los conflictos intrasocietarios mediante secundar unas u otras posiciones doctrinales, convirtiendo la inscripción registral de un acuerdo en un duelo de eruditos mediante citas “al peso”. En la duda, y mientras la jurisprudencia no complementa el ordenamiento jurídico (art. 1-6 CC), hay que estar a la legitimidad que deriva del principio mayoritario y a la estricta aplicación –por esa misma mayoría– del artículo 132-2 LSA.

3.6. La Resolución de la DGRN.

Con decisión afronta la DGRN las dos cuestiones de fondo enunciadas, pero deja por completo de lado el tema del nombramiento de los administradores, sobre el que se abstiene de todo pronunciamiento. Con seguridad habrá quien se rasgue las vestiduras y acuse al Centro Directivo de haber hecho dejación de sus funciones, pero el Registro Mercantil no está para funcionar como un Tribunal paralelo, ni para sacralizar las opiniones de los autores que más gusten al registrador de turno. La contienda societaria a los Tribunales, y en el gubernativo la cuestión es mucho más simple: si le compete al registrador controlar ese extremo, y caso de respuesta negativa, se inscribe y listo.

Entrando por el de la calificación conjunta, la DGRN reivindica el principio de prioridad en el Registro Mercantil en línea con las –numerosas– Resoluciones que indica, pero especialmente se alinea con la de 6 de julio de 2004 (recordémoslo otra vez, publicada en el *BOE* antes de que el registrador emitiera su informe, y dada la eficacia vinculante que ahora tienen las Resoluciones, no debería serle desconocida), e igual que ésta sólo menciona entre los casos excepcionales que la justifican, el de “incompatibilidad total entre los [títulos] que se presentan como acuerdos adoptados por un mismo órgano social en la misma reunión y documentados por separado”. En otras palabras, un paso más en la dirección de ir estrechando el ámbito de la calificación conjunta, pues se omite el segundo supuesto aplicativo basado en la mera evidencia de la nulidad del primer título por el segundo.

Pero la cuestión nodular es la del alcance de la calificación, y de nuevo la DGRN vuelve a ponerse en línea con una muy reciente Resolución (también, publicada en el *BOE* de 7 de septiembre), en la que ya tuvo ocasión de afirmar que “en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de esta validez, ni siquiera

a la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante, existiendo algunas circunstancias que pueden determinar su ineficacia y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral”. Sentada esta premisa, el registrador –que no es juez– sólo puede comprobar que el documento no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmaria-mente vicie el acto o negocio documentado. Fuera de esto, supondría la arrogación extrajurisdiccional de la función de dilucidar en el caso concreto sobre la tutela de los derechos de la minoría o sobre la prevalencia del interés de sociedad tal como ha sido apreciado por la Junta general.

“Tratado de Derecho Civil”, tomo I, Personas y Reales. GOMÁ SALCEDO, José Enrique. Editorial Bosch, 2004, 950 páginas.

Con agrado asumo la tarea de redactar una breve presentación del libro de José Enrique GOMÁ SALCEDO *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Personas y Reales, libro publicado por la Editorial Bosch SA, en septiembre de 2004.

El libro, carente de prólogo, permite sin embargo colegir que es el inicio de un tratado completo de Derecho Civil, puesto que en él se declara: “Esta obra se ajusta al cuestionario de Derecho Civil para oposiciones al título de notario aprobado por resolución de 29 de septiembre de 2000”.

Notario, padre de notarios y preparador de opositores, el autor ha querido, sin duda, aportar a los aspirantes a ingreso en el notariado un texto que les facilite su esfuerzo.

Al propio tiempo la riqueza de la bibliografía, doctrina científica y monográfica que el autor utiliza abrirá caminos de ampliación al estudio y de investigación a quienes así lo deseen.

El lenguaje es gramaticalmente muy correcto y sumamente claro.

Los temas permiten su acomodación a la exposición oral de quienes con ellos acudan a la oposición. Tienen extensión equilibrada que ronda las quince páginas.

Tiene presente y así lo pone de manifiesto, que el Derecho Civil actual juega el papel de un Derecho privado general, al que necesariamente habrá que acudir para suplir las deficiencias de los Derechos particulares que se han desgajado de aquél en los últimos tiempos; y que a las normas del Código Civil hay que acudir como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

Sigue la doctrina dominante sobre la constitucionalización del Derecho Civil, al interpretar los artículos del Código, recuerda la vigencia directa de los principios constitucionales, pero también destaca la multiplicación de leyes especiales que producen la “publicación” de este Derecho, consecuencia del intervencionismo económico; así como los propósitos surgidos de la

conferencia de Schveningen bajo el título de “Hacia un Derecho Civil Europeo” y la reunión del Consejo Europeo celebrado en Tampere en 1999, que aprobó una conclusión sobre la conveniencia de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, cediendo “el ejercicio de competencias estatales” en esferas concretas.

Tiene la obra al desarrollar los temas, especial cuidado en concordar los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los preceptos del Derecho Administrativo.

Está absolutamente al día en la jurisprudencia del Tribunal Supremo surgida de la interpretación y aplicación de las leyes, lo que da lugar a pautas de aplicabilidad, nacidas de la reiteración, pero modificables por causas razonables.

Con la materia, sobre los límites territoriales de nuestras leyes, y el Derecho Internacional privado, recuerda los Tratados sobre Derecho del Comercio Internacional elaborados por Uncitral y los nacidos en el seno de la Conferencia de La Haya.

En esta necesariamente limitada noticia de la publicación del presente libro, no podemos analizar las materias relativas a derechos reales y especialidades de los Derechos forales, urbanismo, personas físicas y jurídicas, sociedades y entes eclesiásticos, etc., cuya extensión alcanza los 950 folios.

Jesús Marina Martínez-Pardo

“Manuales de metodología jurídica”, cuatro volúmenes. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. Ed. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2004.

El pasado año 2003, editado también por la “Fundación Cultural del Notariado”, se publicó el volumen 2.º de la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II. Elaboración sistemática*, último libro de los dedicados por VALLET DE GOYTISOLO a la metodología jurídica. Con él, nuestro admirado maestro, compañero y amigo, cerraba su asombroso trabajo en tal materia. Mejor dicho, parecía haberlo cerrado. Recensiones de estos seis libros se publicaron en esta *Revista Jurídica del Notariado* conforme aparecían en el comercio del libro jurídico (1). Pues bien, hoy, en el año 2004, la trilogía metodológica de VALLET la ha reducido éste en unos “Manuales” para que —son palabras del autor— “vengan a sustituir al pequeño volumen *Metodología jurídica*”, hoy agotado, escrito a medida que iba explicando esa disciplina en el primer curso de doctorado impartido en la Universidad de Comillas en Madrid. En años sucesivos, profundizando aquel estudio, VALLET fue —él lo dice así— “aprendiendo”; y lo hizo tan a fondo y con tal extensión que sus libros de metodología jurídica suman nada menos que 6.783 páginas; a las que pueden añadirse las 715 que contiene la anterior *Metodología de las leyes*, editada por EDESA en el año 1991. Casi tanto como el número de páginas es el inmenso caudal de lecturas de VALLET que se refleja en el análisis y en la síntesis de la doctrina de los juristas que a lo largo de los siglos se dedicaron al estudio de la metodología. Todo ello constituye, y así se expuso en las diversas recensiones a los libros metodológicos de VALLET, una “mina inagotable” para los juristas, y, especialmente, para los que aspiren al doctorado en la ciencia del Derecho.

(1) Vid. *Revista Jurídica del Notariado*, números 1 (enero-marzo 1992, pp. 261-267); 12 (octubre-diciembre 1994, pp. 309-314); 19 (julio-septiembre 1996, pp. 327-333); 35 (julio-septiembre 2000, pp. 285-289); 43 (julio-septiembre 2002, pp. 345-351); y 50 (abril-junio 2004, pp. 303-308).

Sin embargo, así como ante un enorme panorama –sobrecogedor por su magnitud– se precisa enfocar en puntos concretos para conseguir una mayor limpidez en su visión, lo que se consigue con lentes adecuadas; y así como para atravesar parajes montañosos e intrincados conviene consultar brújula y altímetro, así también para contemplar y atravesar todo el abrumador trabajo de VALLET se hace conveniente... lo que se acaba de hacer: redactar y editar estos “Manuales” cuya finalidad la explica el autor sencillamente así: “Se trata de hacer asequible a todos, y en especial a quienes emprendan su estudio como asignatura del doctorado, una visión de conjunto del método jurídico en sus tres perspectivas: metodología de las normas de derecho, metodología de la determinación del derecho y metodología de su ciencia expositiva sistemáticamente explicada. Hace tiempo que varios amigos venían proponiéndomelo y creo que ha llegado la hora de poder emprenderlo, con el indispensable conocimiento del objeto y del camino seguido para hacerlo asequible, en todas las fases de su recorrido.”

Nuestro compañero, y amigo, maestro de juristas, hace bueno aquél “no te corras de aprender, sino de no haber aprendido”, puesto que su sabiduría se manifiesta en todas sus obras, más todavía cuando al ponerlas a nuestro servicio de juristas se considera servidor nuestro. Pero, en realidad, somos nosotros los que hemos de decir: “no son los servidores los que dependen de nosotros, somos nosotros los que dependemos de ellos” (2). Así, efectivamente, quien se dedique a la metodología jurídica dependerá, en una gran parte, de la obra de VALLET.

Son cuatro los “Manuales” a los que se contrae esta recensión, con un total de 950 páginas; es decir, algo menos de una sexta parte del contenido de los libros que vienen a resumir; y que, como éstos, están muy bien editados, además de ser mucho más manejables, tanto en la forma (tipografía más clara y letra mayor), como en el fondo (no aparece el gran aparato de citas y referencias a los centenares de autores estudiados por VALLET, lo que hace que el contenido de los “Manuales” sea menos denso y su lectura más fácil).

En el primero de estos “Manuales”, y en sólo tres títulos –el introductorio, el del significado del Derecho y método para determinarlo, y el de los niveles de los saberes que se entrecruzan con el saber del Derecho –se expone aquel inmenso panorama de la metodología jurídica de que hablábamos, así como se desbrozan los diversos caminos para atravesarlo.

Como no podía ser menos, según la propia terminología del “modo de decir o de hacer con orden una cosa” (*methodus*), su significado último ha de ser, en la práctica, el procedimiento que deben seguir las ciencias –también la del Derecho– para buscar, hallar y enseñar la verdad. Su ciencia, la del método, es la metodología; es decir, con palabras de CARNELUTTI que hace propias VALLET, “la ciencia que se estudia a sí misma encontrando así su método”. La elección del método (nominalista, realista, idealista o filosófico-realista),

(2) MONEVA Y PUYOL, J. Paremias, Zaragoza, 1933, 26 marzo.

no es otra cosa sino la elección del camino a seguir. En este punto, como aviso previo, VALLET se decanta por el realismo aristotélico-tomista, pues éste utiliza todos los elementos metódicos adecuados al camino intelectual a seguir y los instrumentos precisos para recorrerlo.

El comienzo de todo en este camino es el sujeto del método, el hombre: qué es, cómo se le conoce, cómo se integra en la naturaleza de las cosas, cómo es el conocimiento por el hombre de las cosas y las ideas, junto con el método y los elementos metódicos para llegar a ese conocimiento (de las cosas a las ideas, como el sentido común y el realismo nos enseñan) en las diversas fases cognoscitiva, dialógica-resolutiva, expositiva y explicativa. Llegar a todo eso no solamente a través del conocimiento de la naturaleza de las cosas, sino el de cada cosa concreta. Y todo ello en la contextura del tejido social, de la sociedad política o "sociedad de sociedades", que comienza por la casa o familia y se halla constituida por hombres y mujeres, iguales en dignidad, pero con funciones fundamentalmente diferentes, guiados por la pauta del bien común con su desarrollo paulatino. Tal es la visión aristotélica-tomista confirmada hoy por una de las perspectivas que abre la física cuántica para comprender el orden del universo. ¡Quién lo diría! ¡Cómo y de qué modo, tan contrario a los nominalismos, idealismos y posmodernismos de hoy, se vuelven revolucionarios unos conceptos que sus contradictores continúan calificándolos de rancios y fundamentalistas! Por no seguir la vía del sentido común, confirmada por la ciencia, el protagonismo estatal (ya sin límites, ni por arriba -Dios-, ni por abajo -los cuerpos sociales y sus libertades-) alcanza, mejor dicho, pretende alcanzar el lugar de Dios. En los cinco capítulos del título I de este "Manual I", su autor enmarca lo que es objeto de los títulos siguientes (II y III); es decir, el derecho (con sus significados y sus diferencias e interrelaciones con el amor, el poder y la fuerza, la moral, la justicia y la equidad), la perspectiva tridimensional en la metodología, los elementos de otros saberes concurrentes (teológicos, filosóficos, político-legislativos y científicos) y las técnicas auxiliares (documentación y autenticación, difusión e información, procedimentales y argumentales, como la lógica y la tópica en el derecho). Finaliza con el estudio de la *teoría*, la *praxis* y la *techné* como perspectivas que han enfocado la metodología jurídica; o, mejor dicho, las tres perspectivas con las que a lo largo de la historia se ha observado esta ciencia, desde la aplicación del derecho por el positivismo legalista, pasando por la elaboración conceptual o la equidad, a la metodología como ciencia práctica; que es, para CARNELUTTI, la metodología por antonomasia.

En el volumen II de estos "Manuales" VALLET resume cuanto amplísimamente expuso en su *Metodología de las leyes* (año 1990); es decir, aquel primer camino en el que precisó el significado, los conceptos, las fuentes de las leyes, los ordenamientos o sistemas jurídicos y las diversas respuestas a las preguntas sobre la existencia de las ciencias jurídicas; y si en ellas cabe la de legislar. Después trata de los diversos géneros de leyes; de los principios generales del derecho; de la costumbre; de la jurisprudencia y de la doctrina de

autores. Excuso decir que VALLET, aun sintetizando como lo hace, repasa, en todos los puntos señalados, las principales corrientes doctrinales sobre estas materias, pues dice, “su desconocimiento o tergiversación conlleva consecuencias sociales y políticas de suma importancia”. Hoy, una de las fases esenciales para volver a la tradicional concepción metodológica de la ciencia prudencial legislativa, ha de ser la de afirmar la preeminencia del bien moral; un bien que parece olvidado, pues el hombre se ha ido acostumbrando a mirar el bien o mal de las cosas desde un punto de vista amoral y técnico, lo que da lugar a un enloquecimiento de la razón; y ésta, privada del sentido común —decía CHESTERTON— “opera en el vacío”. No es ajena a esto la ciencia de legislar; olvidada de la fuente primaria de las leyes y confusa ante el camino a seguir, confunde lo útil con lo bueno y razona (?) separada de la verdad. Lo vemos y leemos a diario.

Si el primer camino metodológico es el de las leyes, el segundo es el de la determinación del derecho. Es también el punto clave por responder a la misma definición de *ius* (derecho): *quod bonum et aequum est, quod iustum est o res iusta*. De ahí que sus auxiliares sean la metodología de las normas y de las leyes. A este punto básico y central dedica VALLET el volumen III de sus “Manuales”. Resume en éste tanto la perspectiva histórica como la parte sistemática de ese determinar el derecho; o, lo que es igual, de ese “buscar lo que es justo más allá de la ley escrita”. Si al legislador le compete formular por escrito, como reglas de prudencia, las que sirvan para determinar lo justo, en cambio en la función de determinar en concreto la cosa justa —*rem iustam*— se debe acudir al empleo del arte con el que se discierne lo que es justo; y este arte es obra de los prudentes (jueces, notarios, juristas en general), de la *Iurisprudentia* en suma; la cual, para realizar la labor práctica de determinar el derecho, ha de interpretar, es decir, mediar entre la naturaleza de las cosas y de cada cosa con el hecho del caso para su determinación justa. Al estudio de la interpretación jurídica —concepto y significados, perspectiva general en sus funciones (intelección normativa y explicación de los hechos)— y a la explicación jurídica del caso a través del razonamiento interpretativo (en los negocios jurídicos, en la función de la analogía y de la equidad en la interpretación), a todo ello se dedica más de la mitad de este “Manual III”. Para VALLET, cuyos trabajos sobre estos temas (especialmente, a mi juicio, sobre la equidad y su función interpretativa) son verdaderas monografías, la interpretación abarca inseparablemente el hecho y el derecho, pues éste subyace en el orden armónico de aquél. Como expresaba CASALS COLLDECARRERA: “La norma jurídica no tiene sentido cuando no se refiere a un hecho concreto; pero el hecho vital, en sí mismo, tampoco tiene sentido si no es susceptible de tratamiento jurídico. Por decirlo de una manera gráfica y extremosa, cabe señalar que Robinson Crusoe, solo en una isla, no tiene problemas de sucesión testada”. (Aunque, digo yo, pudiera tenerlos, respecto a la intestada, si pensaba en sus posibles herederos en Inglaterra.)

En todo caso, en la interpretación jurídica, VALLET, siempre realista y no

nominalista, dice: "Hace falta para descubrir la naturaleza jurídica de una situación, hecho, acto, negocio o relación un lecho de experiencias y juicios prudenciales enunciados en forma de leyes, costumbres, o jurisprudencia que alumbrarán en cada caso el derecho subyacente en el hecho. Es como una lente jurídica con dos cristales, el *sensum naturale* y la *naturalis ratio*". Con otras palabras, la función interpretativa ha de volver al sentido común, base del jurídico, ya que, como comentaba Álvaro D'ORS, "tal es la verdadera filosofía de los juristas".

La otra mitad, aproximadamente, del "Manual III" contiene un preciso estudio sobre la determinación negocial del derecho (de tanta importancia para los notarios y de su deber ser como "ministros y guardianes de la equidad"), en el sentido de buscar y procurar la solución individualmente más justa que puedan encontrar. Al *cavere* notarial siguen el *agere* y *postulare* del abogado y el *iudicare* de la función judicial en la determinación, ya no voluntaria sino conflictual, del derecho. Los tres últimos capítulos sobre estas funciones son los últimos del "Manual III".

En el IV se estudia la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*; es decir, una reflexión desde la ciencia contemplando el Derecho ya elaborado. De por sí es una *theoria* dirigida al hallazgo de una verdad (jurídica en nuestro caso), pero de una verdad orientada a la práctica que específicamente concierne a la determinación de *quod bonum et aequum est*. Desviarse de este objetivo conduce al dominio del positivismo y del conceptualismo dogmático, que han teñido los dos siglos anteriores al actual, y de los que, como observa VALLET, "todavía luchamos por desprendernos".

Por este camino, el autor despliega el panorama —contemplado ya por SAVIGNY— de las *relaciones* de derecho, de las *instituciones* jurídicas y, por último, del *sistema* del derecho en su estructura propia. Todo ello reflejado en unas claras síntesis en las que VALLET simplifica las incontables doctrinas jurídicas expuestas para resolver, o intentarlo al menos, los problemas sinnúmero planteados en la incidencia del Derecho con la Justicia. Todo el estudio, repito, lleva a la visión configuradora y unitaria de "lo jurídico"; al armónico encaje de las instituciones en cada sistema del derecho.

Desde una perspectiva estructural, luego de reseñar las teorías más recientes, VALLET defiende el realismo metódico, que es también la doctrina defendida en todos sus demás estudios metodológicos. Lo propio hace, y sostiene, en cuanto a la perspectiva funcional o dinámica derivada del estudio de los hechos jurídicos mediante los cuales se efectúa la determinación del derecho en la realidad (hechos jurídicos cuya doctrina y configuración estudia VALLET completando en varios aspectos las teorías de CARNELUTTI sobre aquéllos). Así, "el sistema del derecho en su aspecto funcional es un sistema de hechos enmarcado en un sistema de relaciones jurídicas, traducido en una serie de funciones en las que se hace preciso considerar la actuación de profesionales del derecho que las ejercen de modo específico". Tales son las funciones que, desde siempre, se observan: *legislare*, *ministrare*, *iudicare*, *agere*,

postulare y cavere, correspondientes, respectivamente, de un modo hoy casi universal, a los políticos, a los administradores, a los jueces, a los abogados y a los notarios. La ciencia expositiva y explicativa del derecho contempla esas diversas funciones jurídicas profesionales a cuyo estudio se dedica el capítulo final del "Manual IV", último a su vez de estos "Manuales" metodológicos.

El lector comprenderá que estas recensiones dejen en vacío o, al menos, no expliciten lo que hubiera sido tal vez necesario para comprender lo valioso de esta obra. VALLET la califica de "Manuales", pero, en verdad, sólo admite esta denominación si la comparamos con la ingente Metodología estudiada en los libros a los que aludí al comienzo de la recensión y de los que los "Manuales" traen causa. Esto es así, pues en los "Manuales", que contienen una gran cantidad de doctrina de autores, sin embargo, para reducir la materia y para aligerar la lectura se ha prescindido del aparato bibliográfico de la obra matriz. Las síntesis doctrinales son muy claras y expresan con llaneza lo que resumen (VALLET ha tenido muy en cuenta la afirmación de Juan DE VALDÉS: "en ninguna lengua –y menos en materia jurídica– está bien la afectación"). Por otra parte, la exposición, metódica y ordenada, hace sencilla la lectura y prestan –y éste fue uno de los propósitos del autor– una esclarecedora ayuda a los posibles doctorandos en Derecho. También a todo jurista ha de interesar éste, por ahora, último trabajo de VALLET, pues será difícil encontrar otro en el que la metodología jurídica pueda estudiarse mejor y sea más comprensible. En cuanto a los que admiramos las virtudes, méritos y cualidades del autor, y "tenemos la suerte de compartir con él (aunque sea como jubilados) la condición de notarios, debe ser motivo de reflexión el arranque de sus estudios y publicaciones, la búsqueda de la justificación de la solución más justa a problemas humanos que se le plantearon en el ejercicio diario del arte de la notaría" (3).

Al suscribir estas palabras, creo que no hacemos sino dar fe de lo mucho que la ciencia jurídica –no solamente la española– debe a VALLET DE GOYTISOLO y a su constante magisterio.

J. Javier Nagore Yárnoz

(3) BLANQUER UBEROS, R.: "Prólogo", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 1988, volumen I, p. XI.