

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE - DICIEMBRE 2006



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 60, octubre-diciembre 2006

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
Pasco del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
CERDÁ GIMENO, José: “De los precedentes de la prohibición de la sucesión contractual. III. De los precedentes próximos (Derecho Intermedio)”	9
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías: una aproximación a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad”	75
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “La familia en 2006”	97
MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”	105
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “La autotutela en el Derecho Civil común”	161
NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu: “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”	197
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Nulidad matrimonial por error en cualidades personales: en torno a la sentencia de 26 de febrero de 2003”	219
ROMERO PAREJA, Agustín: “Nulidad de las disposiciones de última voluntad”	237

JURISPRUDENCIA

Pág.

ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada: “Acceso al Registro de Propiedad español de contratos sobre inmuebles autorizados por notarios extranjeros”	307
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004”	355

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

Conclusiones de la XII Jornada Notarial Iberoamericana, Punta del Este (Uruguay), 7 a 10 de noviembre de 2006	377
---	-----

DE LOS PRECEDENTES DE LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL.

III. DE LOS PRECEDENTES PRÓXIMOS (DERECHO INTERMEDIO) (*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

SUMARIO: **I.** UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. **II.** DE LA CONFIGURACIÓN USUAL DEL LLAMADO “*IUS COMMUNE*”. **III.** DEL DENOMINADO “DERECHO INTERMEDIO”. **IV.** DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS “PACTOS SUCESORIOS” EN EL DERECHO HISPÁNICO. **1.** Perspectiva genérica. **2.** Perspectiva hispánica. **3.** Los comentaristas [«*Consilia*», «*Responsa*», «*Tractatus*»]. **1)** *Delimitaciones previas*. **2)** *Supuestos específicos relacionados*. **3)** *Autores españoles seleccionados*. **4.** La aparición probable de la máxima “*quod viventis nulla hereditas*”. **V.** RELACIÓN DE LOS AUTORES [«*CONSILIATORES*», «*RESPONSORES*», «*DOCTORES*», *TRATADISTAS*, *PRÁCTICOS*...] SELECCIONADOS DEL “DERECHO INTERMEDIO”. **VI.** EL SIGLO XVIII ESPAÑOL. **1.** Ideas previas. **2.** Los nuevos comen-

(*) *La relación de autores españoles que figura en la nota 12 de este trabajo se refiere a las obras indicadas en la PARTE I (Derecho Romano) de este trabajo de investigación, publicada en esta REVISTA, número 58, pp. 81-127: en especial, nota 6, pp. 85 y ss.*

tarios a las LEYES DE TORO. 3. La figura de la mejora y los pactos sucesorios. 4. El siglo XVIII desde la Valencia foral. • UNAS REFLEXIONES FINALES.

I. Unas consideraciones previas

1. En otros lugares de esta misma REVISTA me había ocupado de la conveniente referencia a las técnicas de argumentación del discurso jurídico y al uso del canon hermenéutico *histórico*, así como de *los posibles antecedentes* de la reiterada afirmación de “la prohibición de la sucesión contractual” (1).

Resulta muy dificultosa esa perspectiva *historicista en diacronía*, máxime en esta materia relativa a los “pactos sucesorios” (i.e., la “sucesión contractual”), como ya pusiera de relieve el máximo especialista en esta temática cuando en los “años 40” del pasado siglo XX escribía *en el mismo comienzo de su obra* que:

“A quien quiera emprender una investigación histórica sobre los pactos sucesorios, para tratar de la delación contractual de la herencia *en los varios períodos* de la historia del derecho italiano, se le presenta *una grave dificultad* inmediatamente: *la de determinar el objeto mismo* de su propia investigación.”

Sobre todo *se trata de definir qué debe entenderse por «pacto sucesorio»*; y éste no es un preliminar de escaso peso, ya que el éxito mismo de la investigación podría ser fácilmente *desviado* o directamente *dirigido* hacia una falsa o inexacta noción del pacto sucesorio” (2).

2. Es patente que quien esto suscribe ha procedido a lo largo de la presente investigación a la identificación o uso indistinto de las expresiones “sucesión contractual” y “pactos sucesorios”. Esa ambigüedad *termi-*

(1) V. *en esta REVISTA*:

— En relación al DERECHO ROMANO: número 58, pp. 81-127.

— En relación al DERECHO MEDIEVAL: número 59, pp. 91-200.

(2) V. VISMARA, G.: *Storia dei patti successori*, Impr. de Tipografía Mori & C (Varese), Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986 (*ristampa anastatica* de la misma obra, publicada en Milán en 1941); los ahora aquí en cursiva enfáticamente son obra mía (J. C. G.).

Obra fundamental, a cuyo conocimiento accedí en 1979, gracias a los buenos oficios de amigos tan ilustres y excelentes como L. PUIG FERRIOL y J. VERGER GARAU.

nológica, también apuntada por la doctrina reciente (3), viene a significar, en mi opinión, una trasposición al plano semántico de la ambigüedad típica de nuestro tema de investigación [ambigüedad o bien sistemática o bien institucional], ambigüedad que viene a manifestar una confusión intelectual entre el plano teórico-conceptual (abstracto) y el plano realista de la praxis (instituciones vivas).

3. Se había procedido en su día [**¡ya en 1981!**] por mi parte a un tratamiento detenido y casi exhaustivo de los textos –entonces recientes– de autores italianos [G. VISMARA, N. TAMASSIA, M. V. DE GIORGI], de obligada referencia en esta materia, y a lo allí dicho y a tales obras aquí remito (4).

4. Importa ahora el proceder a la consiguiente clarificación del largo período que se extiende desde el 1500 al 1800, período para cuya *denominación* parece existen dudas suficientes –al menos, para España y el Derecho Castellano– que impulsan a un detenido examen de sus distintos subperíodos o fases de evolución.

5. Todas las precedentes consideraciones parecen aconsejar que en esta materia se proceda a una diferenciación básica [“*Ius Commune*”–“*Derecho Intermedio*”] *en el ámbito territorial* [i.e., Derecho Europeo-Derecho Castellano] en la investigación. Por otra parte, parece, a mi juicio, conveniente la delimitación de *subperíodos* en el Derecho Español, y de esta forma podemos efectuar en nuestra investigación unos convenientes distinguos: la evolución general de los “pactos sucesorios” en este largo período; textos de los llamados “comentaristas”; textos de los tratadistas (prácticos, “consiliadores”, etc.); y, finalmente, el siglo XVIII español. Todo ello se desenvuelve en los apartados siguientes.

(3) V. SÁNCHEZ ARISTÍ, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos “post mortem”*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 4 y nota 4.

(4) V. CERDÁ GIMENO, J.: “Comentarios a la Compilación de Baleares”, tomo XXXI, volumen 2.º [arts. 66 a 86], *en la colección de Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigida por Manuel ALBALADEJO*, Impr. de Selecciones Gráficas (Madrid), Ed. Eder-sa (Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1981: pp. 222 y ss., 262 y ss., 299 y ss. y 500 y ss.

De una manera *específica*, en orden al **tema histórico (precedente)** de cada pacto o institución concreta, me ocupé de ello en la obra citada: pp. 232-234 y 273-282 [pactos *afirmativos* o *positivos*] y pp. 517-529 [pactos *negativos* o *renunciativos*].

Mis “comentarios” precitados, obra que quedó enterrada bajo el aluvión de comentarios a la entonces “reciente” reforma del CC por las Leyes de 1981, habían sido objeto de atenta lectura y seguimiento fuera de España *por autores alemanes*, en especial del “Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte” en sus Secciones de Frankfurt am Main y Hamburgo.

II. De la configuración usual del llamado “*ius commune*”

1. Una configuración de las instituciones del Derecho Privado que comprende desde 1500 hasta 1800 es lo que usualmente viene denominándose “*ius commune*”. Así se expresa H. COING:

“Desde la Baja Edad Media hasta finales del siglo XVIII, los territorios del Continente Europeo estaban unidos por un Derecho Común, el llamado «Derecho Común más antiguo». Lo presentamos aquí en la forma de «Instituciones». Se basa en el antiguo Derecho Romano y en el Derecho Canónico, el ordenamiento de la Iglesia Católica de la Edad Media. La ciencia jurídica no era entonces una disciplina vinculada nacionalmente, sino una disciplina europea” (5).

Esta misma es la *habitual presentación de la doctrina italiana* [CALASSO, BESTA, ERMINI...] y es resumida exactamente por E. BUSSI al decir que:

“... a través del examen de las fuentes, desde la edad inneriana al ochocientos, esto es, a la época de la codificación... para descubrir los orígenes, el contenido, el concepto, en fin, del derecho común.

... con el apelativo técnico de «derecho común» debe entenderse aquel enjambre de normas, de teorías, de construcciones jurídicas debidas a la obra de los juristas desde el siglo XIV hasta la codificación, teorías que, aun no habiendo sido reunidas en un sistema, todavía se pueden reconstruir con un paciente estudio, y con una febril acción investigadora, extrayéndolas del centenar de obras generales y especiales, de las colecciones de los jurisconsultos y de los maestros de derecho desde Bartolo y Baldo hasta los decadentes del final del setecientos.

... el derecho común —esta magnífica producción del ingenio italiano— puede ser considerado como la fuente verdadera del derecho moderno; y de nuestras investigaciones el estudioso podrá, en efecto, considerar qué aportación diera el derecho común a la teoría y a la práctica del derecho; cuántas nuevas construcciones fueron intentadas y actuadas; con cuál esfuerzo de ingenio los postglosadores, partiendo muy frecuentemente del texto romano y de la glosa, pero liberándose de pronto de estas quizás inútiles trabas, desplegaron el vuelo poderoso, con alas seguras, hacia altas cumbres” (6).

(5) V. COING, Helmut: *Derecho Privado Europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, traducción y apostillas de Antonio PÉREZ-MARTÍN, edición de la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996: *Prólogo*, p. 5.

Para la noción de “*ius commune*”, indispensable la referencia a la obra de CALASSO, Francesco: *Medio Evo del Diritto*, op. cit., aquí tantas veces aludida: v., en especial, pp. 607 y ss. y la bibliografía de la p. 629.

(6) V. BUSSI, Emilio: “La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Contratti, Successioni, Diritti di Famiglia)”, volumen XXVII bis (ristampa anastatica) de la Colección *Studi di Diritto Privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*, Ed. Cedam, Padova, 1971, *Prefazione*, pp. VII-VIII [*cursiva* a cargo mío: J. C. G.].

Resumía yo en los “años 80” mis dudas acerca de la terminología precitada en orden a ese denominado “*ius commune*”, después de las reflexiones suscitadas por la atenta lectura de la exposición de los historiadores españoles [B. CLAVERO, F. TOMÁS VALIENTE], con estas palabras:

“El renacimiento del Derecho romano en los estudios de las Escuelas origina la aparición de un «*ius commune*» que *sustantivamente es* «Derecho romano» al que se agrega un *plus*: El Derecho canónico. La composición cada vez más compleja de tal Derecho se refleja en su *forma de vigencia*, ya que pasa, de ser considerado como *norma preceptiva*, inmediata y homogéneamente aplicable, a serlo como *doctrina informadora* de las normas particulares de los diversos territorios [Así CLAVERO, *op. cit.*, pp. 71 y ss. Tomás VALIENTE, *op. cit.*, pp. 180 y ss. y 194 y ss.].

Se ha escrito autorizadamente que el tema de la *presencia efectiva* del llamado «Derecho común» en cada territorio en particular es muy complejo: Habría que llegar a conocer qué texto y qué obras del «*utrumque ius*» (y en qué versiones) llegan a cada territorio, en qué momento y alcanzando qué influencia, en qué textos se recoge, cómo se desarrollan los estudios cultos del derecho respecto a los «Estudios» foráneos, qué conocimiento de ambos derechos (civil-canónico) se adquiere de forma operativa, qué inserción social tienen los juristas, qué principios e instituciones de «derecho común» van siendo reconocidos en los derechos particulares y cuáles arraigan por vía jurisprudencial, etc. [Así, CLAVERO, *op. cit.*, pp. 103 y ss.]. Poco que añadir a tan completa descripción de la problemática existente en este punto, salvo que entiendo todo ello aplicable a las Baleares y, por supuesto, a las Pitiusas” (7).

2. En el momento actual, la más completa *descripción genérica* acerca de este llamado “**Ius commune**” es la efectuada por A. MARTÍNEZ SARRIÓN, que recojo en lo sustancial, como sigue:

- Precedentes del “*ius commune*”.

“Enrico Besta (*Introduzione al diritto comune*. Milano, 1938, § 37, p. 29) encuentra la primera alusión al «*ius commune*» en un glosador desconocido de la *Lombarda* de finales del «*trecento*», asimilando a él el derecho romano, «*communi lege vivant, id est lege romana quae communis est omnibus*». Lo que no considera del todo exacto Calasso [*Introduzione al diritto comune*. Milano, 1951, cap. III, núm. 11, pp. 104 s.].—...= Agrega Calasso que en esos mismos años las costumbres de Bari mencionan el derecho romano como «*lex generalis*», según Andrea de Iserna, que, por contra, en otro lugar reputa al derecho consuetudinario local como «*ius civile nostrae civitatis*».

(7) V. CERDÁ GIMENO, José: “Comentarios a la Compilación de Baleares”, tomo XXXI, volumen 2.º [arts. 66 a 86], en la colección de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigida* por Manuel ALBALADEJO, Impr. de Selecciones Gráficas (Madrid), Ed. Edersa (Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1981, en especial, p. 216.

En esta línea avanzaba su estudio Paul Koschaker (*Europa und das römische Recht*, cit. VIII, p. 87), enlazándolo con la idea de que en tanto la «*glossa ordinaria*», por su prestigio en la práctica, gradualmente iba ganando terreno también en la enseñanza del derecho, contribuía a afianzar la unión de la enseñanza con la práctica del derecho, preparaba a su vez desde el siglo XIV la transición a una nueva actitud frente al «*corpus iuris*» y para un nuevo método de tratamiento. Es esta la misión que en su doble vertiente estaban llamados a realizar aplicando su esfuerzo los *postglosadores* (Savigny), «*commentatores*» (Koschaker), «*consiliatores*» (Wieacker).

La orientación por ellos impresa se ha conocido, con manifiesta impropiedad, que como toda visión generalizada acaba desnaturalizando la variedad de los hechos, como «*mos italicus*», por la simple razón de haber procedido de Italia. Dejando a un lado el nombrecito de marras, que sólo se justifica por la necesidad de conferir carta de naturaleza a la introducida por los tratadistas franceses de «*mos gallicus*» para oponerla a la primera, y...= pronto ganaba significación europea y en el interior de los países centroeuropeos imperaba hasta los arbores del siglo XVIII, por la irrupción del derecho romano en la práctica con desigual mayor o menor importancia, como había acontecido en el período de los glosadores. Que, por otro lado, entre los comentadores o glosadores, o como significaba con notoria inexactitud Flach (*Cuías, les glossateurs et les bartolistes*. En *Nouvelle Revue historique*, VIII, 1883, p. 218), de los cultivadores de la «*glossa*» y los del «*mos italicus*», no se producía una abismática oposición, sino más bien una interacción sucesivamente coordinada. La actividad de los glosadores se encaminaba en principio a agilizar la revelación del sentido de la legislación justiniana, por lo que su método era exegético, dado que se proponía averiguar el sentido de cada uno de los fragmentos. Mas determinados textos básicos, cabía reparar en que no era suficiente un interés simplemente teórico, porque la legislación justiniana conservaba un valor eminentemente práctico, por lo que deberían configurarse con arreglo a las partes de la escolástica temprana...=

Todo proceso de sincreción abre las puertas a una investigación discriminada. A la jamás igualada o parangonable forma de clarificación del sentido de las normas del derecho romano hasta el día de hoy, efectuada por los glosadores, debía incorporarse con prontitud la labor de los comentadores para reducir a polvo los obstáculos que surgían de su aplicación práctica, cual suponía la vigencia de los Estatutos de las ciudades, con los que había que compatibilizar; o con los longobardos, que no daban de lado al derecho canónico. Esta euritmia creadora de derecho llevaba a cabo la conformación de un genuino derecho de juristas, facilitando con ello la introducción en la práctica del derecho romano. Colaboraba en gran medida a este objetivo el hecho de que hasta los comentadores se caracterizaban por su absoluta ahistoricidad, unida a la idea de autoridad, que posibilitaba la adaptación de las disposiciones del «*corpus iuris*» a las relaciones de su tiempo según las exigencias de cada institución. Los glosadores —prosigue Koschaker—, únicamente conocían el derecho romano que se presentaba en las fuentes justinianas y con ello les bastaba; mientras que para los «*commentatores*», ciertamente, era lo más importante, pero no dejaba de ser un elemento esencial más para la construcción de su sistema jurídico, que también necesitaba

completarse con las fuentes nativas, como las normas consuetudinarias y estatutarias, y además con el derecho canónico, que se creía no habían podido entrar en él.”

a) La conceptualización del “*ius commune*” por los juristas.

“Los precedentes expuestos llevan como de la mano a la conceptualización del contenido del «*ius commune*», en la consideración de los juristas.—...=

Besta (*Introduzione cit.*, § 2, p. 8), que considera se trata de un puro fenómeno de modernización y adaptación del derecho romano a otras necesidades de vidas, hace suya la posición escéptica de Brugi respecto a la comprensión del hecho histórico «*derecho romano = derecho común*», que requiere admitir el derecho romano como algo que fue y que nuestros antepasados estaban en mejores condiciones para explicar su carácter moldeable y su flexibilidad, por cuanto no nos compete a nosotros, sino que a ellos atañía haberlo hecho y no lo han realizado.

Intentando clarificar las diversas tesis, que se circunscriben a venir a ser unos juegos florales jurídicos, desde un plano real de observación escueta de los hechos, sin ideas preconcebidas, Francesco Calasso (*Introduzione cit.*, núm. 12, p. 106) sienta una orientación definida: «La época del derecho común se iniciaba desde el momento en que la idea fundamental de unidad penetra en el mundo jurídico, creando las bases de una antítesis conceptual entre «*ius commune*» y «*ius proprium*».

Mas con esto la cuestión queda en el aire. Sin embargo, en *Medio evo del Diritto* (II, cap. V, núm. 2, p. 454) ejemplifica el método reconduciéndolo al juez en sede de aplicar el derecho, para lo que contaba con el estatuto municipal que, al momento de su toma de posesión, había jurado observar y hacerlo cumplir, en el que se agotaba el «*ius proprium*», que, referido a supuestos concretos, dejaba fuera de él a numerosos casos que traspasaban los límites jurisdiccionales para injerirse en el ámbito de otro, en las relaciones y negocios surgidos entre los habitantes de unas y de otras ciudades con derechos propios diferentes. Y así, aun sin quererlo el juez, se veía abocado a tener que evitar la «*revuelta intestina*» de los implicados, que cada uno como Shylock en el drama de Shakespeare, estaría aprestado a defender con carne y uñas su derecho, por lo que la solución del conflicto —que no era propiamente de normas, sino de regulación de intereses— debería trasladarse a un plano superior, que acallase la discordia con la afluencia a unos principios de justicia superiores, el «*ius commune*» que bienquiestase, aun cuando no convenciese del todo, a los desavenidos.

Como medida para normalizar este sistema jurídico y contribuir a familiarizarlo entre los ciudadanos, en el siglo XIV, el estatuto del pequeño municipio de Dervio, perteneciente al arzobispado de Milán, declaraba en su proemio: «*iure tripartito sive triformi regulamur et regimur, canonico videlicet, civili etiam et municipali*», por lo que entiende Calasso que se transmutaba el problema en la necesidad «de graduar la validez de estas normas concurrentes», siguiendo la trayectoria de Bérgamo en el siglo XIII, que estructura la aplicación jurídica «*secundum et iura et consuetudines et usantias Communis*».—...=

Calasso (*Medio evo cit.*, cap. VI, núm. 1, p. 470) opina que la construcción

lógica ya había permitido intuir cómo el «*ius commune*» y el «*ius proprium*» debían ser concebidos como elementos de un único sistema normativo: entendidos el primero por el maridaje de los derechos romano y canónico, y el segundo, por los ordenamientos particulares a los que en algún tiempo había que adjuntar también el derecho feudal. Y concluye significando que «la relación fundamental que liga intrínsecamente entre sí estos elementos de un todo y que conjuga la vida de éstos con la vida del todo es lo que forma el sistema del derecho común».

Pienso que los precedentes textos y autores se circunscriben a uno de los importantes aspectos que engendraba incompreensión para los ciudadanos en lo más reducido e íntimo de sus relaciones comunitarias y que acababa centrándose en torno a la determinación de la prelación de fuentes, máxime si se recapacita que la norma estatutaria no es, en definitiva, más que una costumbre, diseccionada en un momento de su desenvolvimiento y conformada por escrito, por lo que, realmente, no es la autoridad la que impone el derecho estatutario, sino que recoge de su uso por el pueblo, porque aquellas ciudades que no estén sujetas al señorío imperial o papal, repetirán los cronistas de la época, no se consideraban acéfalas, ya que el señorío se ejercía por ellas mismas, por lo que las autoridades y jueces, como recogía el *Constituto legis* de Pisa de 1233, a falta de norma estatutaria, deberían juzgar «*secundum bonum usum civitatis vel secundum quod eis iustius visum fuerit*».

b) Presupuestos de hecho que postulan la aplicación del “ius commune”.

“¿Cómo se solucionan los problemas matrimoniales, de hijos, de subsistencia, de regulación de intereses patrimoniales entre un novio napolitano y una joven milanesa? ¿Y qué requisitos deben concurrir para la validez de un testamento otorgado con arreglo a las normas bolonesas respecto a los bienes existentes en Pisa? El Podestà y los jueces que ocupan los puestos por herencia, valga llamarlo así, en que para nada han jugado sus conocimientos jurídicos, porque de haberlos tenido difícilmente habrían accedido al cargo, vinculado a la baja nobleza despojada de bienes, se las veían y deseaban para penetrar en las oscilantes normas estatutarias y sobre todo para invocar la costumbre, enormemente prolija y desvaída al no contar con el soporte de lo escrito, que paradójicamente, a falta de los obligados conocimientos, llevaba a los aplicadores de la disposición estatutaria a cerrarse a cal y canto a una interpretación, más que propiamente literal, a un deletrear «letra a letra» o «*ad pedem litteram*» con el empobrecimiento que conllevaba para el derecho y la sumisión tiránica a la letra con total desdeñamiento de su espíritu.”

c) Las perplejidades de los juzgadores para armonizar las normas estatutarias con la “Glossa ordinaria”.

“Algo análogo se iba a producir en el seno de las relaciones ciudadanas. La solución al dilema que asaltaba al Podestà o al Juez acerca de cómo había que aplicar la ley y concretamente cuál ley, en los problemas surgidos

en el recinto íntimo de la familia, cuando el marido era de un lugar y la mujer de otro; y los hijos habían nacido en un tercero; y los intereses patrimoniales, por lo general inmuebles, radicaban dispersos en varios de ellos. El apego a la letra de la ley, a simple vista, cubría las responsabilidades del juzgador recurriendo a su Estatuto; pero esta solución no era eficaz para derogar o reemplazar a otra norma estatutaria del mismo rango que regulaba diversamente la situación en otra ciudad en que también debería producir efecto.

Cierto que los prohombres y los jueces habían oído campanas y algo sabían del Derecho romano, que como cuerpo de doctrina actualizado figuraba en la «*Glossa ordinaria*», pero no menos cierto también que, por desconocer su manejo y no estar demasiado familiarizados con los estudios, les venía a suceder lo que a la zorra con las uvas. Los remedios que podrían salir de sus manos eran estériles o les conducían a un callejón sin salida. Y es, ahora, cuando levantan sus ojos a la Universidad, y recurren a los «*doctores*» para que amplíen sus «*Tractatus*» con sus «*Consilia*», enseñando con los primeros el derecho romano a sus escolares y dándoselo a conocer ya digerido a los jueces. Esta es la labor que culminará con el establecimiento del «*ius commune*» y que es exclusivamente obra de los «*consiliatores*» que, bien es verdad, dieron sus primeros pasos con la glosa accursiana, que no llegó a relegarse a una función secundaria, por constituir una guía segura a manera de brújula para no desviarse del norte de los problemas jurídicos, y que contribuyó a orientar el estudio de los textos romano-justinianeos en sus «*lecturae*», «*praelectiones*» y «*tractatus*». Pero todo ello, difícilmente podía atravesar el umbral de las puertas para acceder a las calles y plazas. Lo que no ocurría con los dictámenes o «*consilia*», que prodigaban luz a la inteligencia.

Como he indicado anteriormente, si los glosadores se aplicaron a desentrañar el derecho romano, había llegado un momento en que, culminada su etapa, se había agotado su labor sincrética, que ciertamente es conservadora, pero no creadora. De aquí que los esfuerzos por sacarle de la esclerosis en que había caído estuviesen condenados de antemano a resultar baldíos. Se imponía repristinar las leyes, despojar de sus vestimentas y atavíos ocasionales con que queriendo enriquecer a los textos romanos se les había empobrecido, algo así como lo que respecto a los sillares de piedra de las catedrales góticas recubrirían con escayola los neoclásicos en el siglo XVIII. Y esto estaba reservado a los «*commentatores vel consiliatores*», que, acoplados a la demanda de los tiempos, atendían a crear una ciencia del derecho con arreglo a los planes de un método científico, que simultáneamente servía a las «*lecturae*» docentes y a la actividad «*discente*» de los «*consilia*» para llevar la justicia a los Tribunales.”

d) El recurso a los “consilia” encomendados a los “doctores sapientes” de los “studia”.

“Engelmann (*Die Wiedergeburt* cit., cap. III, § 12, p. 243) estudia la práctica de los «*consilia*» y su importancia para la administración de justicia y desarrollo jurídico, que desde el siglo XIII, no sólo para el estado de la acti-

vidad judicial, sino para la evolución jurídica, han ejercido un enorme influjo en el campo del derecho común y estatutario. En la aplicación de la administración de justicia laica de los territorios de señorío eclesiástico, el uso de los dictámenes judiciales y la influencia de la práctica de los «*consilia*», por este motivo, estaba sintomáticamente restringido, ya que la Iglesia prohibía severamente toda alteración o discrepancia de la apelación en la Curia pontificia o en la provincial; y por ello, cualquier dictamen comprometido para adquirirlo y observarlo se declaraba inválido.

En las «*Konsiliensammlungen*», la mayoría de los consejos se reconocen como «*consilia*» recabados por los Tribunales, en tanto que los instados por las partes vienen a ser con frecuencia raros. Con todo, ocasionalmente, menciona el jurista en el transcurso del dictamen realizado a favor de una parte o de un inculpado, de los que ha devengado honorarios acomodados, caso de que no estuviesen obligados a satisfacerlos ambas partes. Los dictámenes judiciales, porque ni la exposición de la genuina opinión del dictaminador ni la conclusión ajustada a laudo tienen por objeto un criterio jurídico, sino sólo el beneficio de una de las partes. El decisivo influjo de los «*consilia*» pedidos por los Tribunales debía extender y consolidar la doctrina dominante del «*ius commune*» y con ello asegurar el desenvolvimiento unitario en Italia. Merced a los «*consilia*», las costumbres caídas en desuso, en particular el derecho de los pueblos extranjeros como el longobardo, en razón a que no figuraba indicado en el derecho estatutario, debía por influencia de la práctica de los consejos ser rápidamente eliminado.

.-...=...=

En consecuencia, los dictámenes no constituyen elementos prejudiciales, sino un acto jurídico de un experto con la finalidad de obtener el convencimiento del juez, y, por tanto, no vinculante para él, pues, como refiere Alberico, «*quia a lege non est inventum hoc remedium, ut consiliarios assumat, sed debet judicare secundum quod sibi de jure videtur*», matizando el principio general sustentado por Lambertus de Ramponibus, «*dic, quod si iudex vult, potest consilium habere secundum communem opinionem*».

Los «*commentatores*» lamentan que en el ámbito de los jueces aliente el deseo de contar con los «*consilia*» necesarios para asegurarse en ellos la bondad o justicia de su sentencia, lavándose las manos con ellos, en cuanto a su responsabilidad. Guglielmo Durante, en su *Speculum iudiciale*, se pronunciaba en contra de que cuando el juez no contaba con los consejos o consejeros de la causa, con los que pudiese alcanzar a deliberar, entonces con arreglo a la costumbre general de Italia, de acuerdo con las partes, elegía «*sapientes, qui examinant acta iudicii, ut secundum eorum dictum iudex pronunciet, quam consuetudinem reprobo*».

Angelus, en su comentario a la ley *hac lege C. de sentiis ex periculo recitantis*, C. 7.44.2.pr., comenta que «el juez, por mucho que sea perito y actor solicitado, puede decir que quiere tener un cambio de opiniones con «*sapientibus*», y si esto lo hace, que lo haga cautamente en las cosas dudosas.-...=

El hecho de que aparezca facultado el juez, para, aunque sea doctor, instar la opinión de otros doctores, pese a no contar con la documentación suficiente, permite deducir con cierta seguridad que si inicialmente se recababa

la presencia de los «*sapientes*», y por ende los informes que realizaban, contribuirían, ciertamente, a formar el criterio del juez, pero sin dejar rastro perdurable alguno, por cuanto «*verba volant, scripta manent*»; por otro lado, el pensamiento que se exterioriza sobre la marcha no tiene la reflexión acumulada en el trayecto de la mente a la pluma, así como suele interpretarse «*grosso modo*» a base de la primera impresión causada. De aquí que, como en el curso de los capítulos correspondientes de este libro se podrá comprobar, los dictaminadores, que contra lo que algunos han creído ver, no actúan pericialmente, sino como «*sabedores del derecho*», como juristas y precisamente por ser notoriamente reconocidos como tales, prefieren dejar constancia de sus opiniones, que no son fruto espontáneo de las circunstancias ambientales, como se muestran los hongos, sino complemento práctico concebido a manera de ejemplo de sus enseñanzas teóricas en las Universidades, de sus «*prelectiones*», «*lecturae*», «*selectiones*» y «*tractatus*», que permiten conjugar en sus «*consilia*» la profundidad y familiaridad con el derecho romano, enriquecido por los factores asimilados de otros campos jurídicos, en el «*ius commune*» y la llaneza y sencilla claridad por aplicar la genuina pedagogía que hace fácil lo difícil y desentraña lo intrincado, y que no es otra que el saber.

—...= a diferencia de las normas legales y consuetudinarias que más bien son códigos de intenciones de lo que entienden debe ser el derecho, en tanto que los «*consilia*», por ser historia vivida y recogida tal cual, pero no históricamente narrada, nos dan cumplidamente cuenta de cuál era este derecho. Los libros y compilaciones se nutren a base de reproducir o copiar la ley. Los «*consilia*» reflejan la realidad dejándola aprisionada en su retrato.

Consecuencia de todo este proceso ha sido la arraigada obstinación de que los juristas, aunque hubiesen formalizado oralmente su consejo, con posterioridad y en la tranquilidad de su aposento o en diálogo fecundo de escolares y maestros en el seno del «*studium*», dejaran pergeñados los argumentos del «*consilium*» para tras sucesivas «*lecturae*» plasmarlos en la forma definitiva. Ello contribuye a explicar el porqué algunos jueces de campanilla, como se verá, den a la publicidad sus más importantes sentencias, como si fuesen «*consilia*» emanados de él, como de cualquier otro doctor.

Los que ejercían la actividad docente en la Universidad como tratadistas o «*commentatores*» la simultaneaban en la práctica forense con la discente en sus «*consilia*». Y fue mediante su acción que se cercenaba el libre arbitrio del juez para desplazar su estudio al «*consilium sapientis*» que, si el caso era claro, y no había para qué acudir a él, conservaba todavía un aliciente tranquilizador para él, consistente en compartir la responsabilidad, aligerándose, por lo menos de ella.—...≈

Que esta práctica venía a ser viciosa por la reiteración con que se realizaba y lo cómodo que resultaba a los jueces acogerse a ella alcanzaba, incluso, a trascender de los juristas a los estatutos de las ciudades, que no escatimaban la ocasión de tener que introducir modificaciones o revisiones de sus preceptos, para intentar descabalarla.—...≈

Que, *item* más, no se ponía en tela de juicio a los «*consilia*», sino a la ausencia de la deseable preparación del que ejercía las funciones de juez, que a modo de salvaguarda le empujaba a las soluciones cómodas o a su desen-

tendimiento, que lo abandonaban en la holganza, recurriendo al parecer acreditado de un tercero. Sin embargo, aunque los Estatutos muy raras veces lo prevén, se desarrollan al margen de ellos, dada la proliferación de los dictámenes o «*consilia*», los Colegios de dictaminadores, que buscan acabar con la dispersión hasta encontrar al jurista que mejor cuadre en su consejo con sus aspiraciones o intereses. Por eso, los «*statuti mercatorum*» de Plasencia de 1321, en su rúbrica 5, disponían «*consilium legaliter pro utraque parte petam*» y añadían «*ita tamen, quod utraque pars cum sapiente suo, si voluerit, suam rationem alleget*».

La práctica de los dictámenes de los juristas «*sapientes*» reviste, por otro lado, una perceptible actuación fructífera en la doctrina jurídica. La continuada intervención en la práctica ha motivado ya en el siglo XIV la necesidad de tener que considerar la práctica en la doctrina y emplear las propias experiencias extraídas del ejercicio de la enseñanza. La experiencia de años en la elaboración de los dictámenes ha permitido conocer al jurista todas las dificultades que envuelve la práctica. Desde entonces se enriquece la práctica con las más importantes teorías, y el tratamiento de hecho de las más intrincadas cuestiones muestra a los pasajes de las fuentes y glosas un amplio y dilatado campo para impregnar las «*lecturae*». Alegaciones y críticas, por regla general, integran la interpretación predominante; alusiones y deliberaciones de los asesores, del juez y de los abogados, se produce diariamente respecto a la responsabilidad judicial en el proceso sindical. Todos los juristas «*sapientes*» tratan meticulosamente la responsabilidad del juez en relación a su decisión técnica y a menudo también ocasional. Preferentemente estarían motivados los «*sapientes*» por todas las explicaciones y decisiones importantes que en consideración a la estricta responsabilidad sindical defendible en la práctica o que solamente debería soportarle el juez, que se destacaría ya en opinión de la doctrina.

Los dictámenes no constituyen, ya sean producidos a instancias de las partes o del juez, decisiones prejudiciales o de carácter incidental, sino asistencia jurídica (*Rechtsrat*) de expertos (*Sachverständigen*) dirigidos a persuadir al juez, por lo que esencialmente no son obligatorios para él. Semejante informe está al servicio del tribunal para prestar consejo respecto a la solución del problema del juez y en modo alguno para limitarlo o anular una parte. Tal consulta es un informe jurídico con arreglo a la propia opinión del juez, por lo que fundamentalmente y por lo general, con arreglo al «*ius commune*», no se considera un deber jurídico-procesal, sino una facultad oficial del juez, que por el juramento que presta públicamente está obligado expresamente a ajustar su decisión con arreglo a los Estatutos, a la costumbre y al «*ius commune*». Así pues, no puede juzgar con arreglo a su opinión personal (*conscientia sua*), sino a tenor de un riguroso convencimiento (*conscientia legalis*)."

f) El germen humanista y su displicente atonía respecto a la herencia del medioevo.

"El fenómeno humanista, cuyo proceso de evolución en el tiempo conducirá al «*Renacimiento*», implica, según Voigt (*Die Widerbelebung des klassis-*

chen Altertums oder der erst Jahrhundert des Humanismus. Berlín, 1859, 3.^a ed., 1893, p. 35), el «reencuentro» del hombre y el «retorno» a la naturaleza, pero no producido de una manera directa, sino «reconducido» a los grandes arquetipos decantados por la antigüedad clásica, movidos por la intención de que, con las menos adaptaciones posibles, infundiesen su acusada individualidad al espacio acotado por el siglo xv.

Ya desde sus primeros tiempos el humanismo aparecía exclusivamente referido a una actividad cultural, la que se comprendía en su homófono «humanista», aplicable únicamente a los maestros de los estudios literarios, «*studia humanitatis*», que surgían recabando una metodología y campo propio, frente a los «juristas», «médicos» y «teólogos», con los que se cerraba el círculo de las profesiones «*intelectuales*» del tardío medioevo, al que los humanistas hace blanco de sus invectivas para pretender significar con él la «*aetas tenebrarum*», a la que vinieron a poner fin los «*studi humanitatis*».

—...=...=

Como dice Calasso (*Medio evo* cit., § 50, p. 598), el humanismo nace fuera del recinto de los juristas, en el mundo de literatos y de eruditos que se afanaban, a todas prisas, en el ardiente sueño de vivificar los restos conservados de la antigüedad clásica. Y son, precisamente, estos «*devoti dell'antichità*» quienes ven en la compilación justiniana no sólo un código o cuerpo legal de derecho vigente, sino que iluminadas sus mentes divisan en él un fragmento del mundo clásico, que, con nuevas ilusiones, se esfuerzan en recomponer; de suerte que, en esta concepción, el «*corpus iuris*» viene a representar un testimonio de la antigüedad, como un texto de Cicerón o de Tito Livio y como tal debe estudiarse con los mismos instrumentos de la filología y de la historia. Instrumentos estos que los juristas habían ignorado por completo.

Pensamiento de Calasso que no comparto, porque fue precisamente este derecho romano vulgarizado el que, al margen de todo perfeccionismo plagado de imperfecciones y contradicciones, dotaba de juridicidad a todo el medioevo, generaba el «*ius civile*» y colonizaba al «*ius canonicum*» para con toda humildad, pero con la grandeza de espíritu que requerían los duros momentos de la existencia, dar consistencia al «*ius commune*».

—...=...=

g) La enemiga de los humanistas por los “commentatores” o “consiliatores”.

“Refería Roderich Stintzing (*Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München-Leipzig, 1880, cap. III, *Humanismus und Reformation*, 1, p. 88) que Teología y Jurisprudencia, a través de toda la Edad Media, se encontraban ya en íntima relación mutua, dado que los exponentes de esta última pertenecían predominantemente al clero. Pero más aún, el contenido de ambos, según los datos que suministran los más viejos documentos, han conseguido dejar palpable su parentesco con el derecho canónico en conexión directa, por lo que ambas ramas, civil y canónica, experimentan un desenvolvimiento paralelo. Y por ello acontece que en ambas, de manera uniforme, la dialéctica escolástica determina el trabajo científico: Lo que para la Teología era

la patristica, fue para los primeros tiempos de la Jurisprudencia, los glosadores, que sus cuatro doctores, los «*vier Lilien des Rechts*» transmitían su alta autoridad a la época siguiente, al igual que la Teología veneraba sus «*quatuor Doctores Ecclesiae*».

—...= No, no es precisamente el *Humanismo* el que influía a los juristas alemanes, sino los «*commentatores*» o «*consiliatores*», de los que, aunque no los cite, es continuadora la pandectística o el «*usus modernum pandectarum*», por cuanto, como derecho vivo, no era «*scientia*» exclusiva de unos pocos teorizantes, sino «*ars*» patrimonio del pueblo que lo asumía.

—...=...

Calasso (*Medio evo del Diritto* cit., cap. VII, *Scuola e scienza del Diritto*, § 53, p. 602) aclara precisando los conceptos: «Si la más feliz e indiscutida definición del *Humanismo* es el *descubrimiento del hombre*, se puede serenamente decir sin riesgo de tergiversación que un humanismo en el mundo del derecho —*el solo y verdadero humanismo que el mundo del derecho podía vivir*— comenzaba con la obra de Imerio, que había descubierto (esto es, pienso por primera vez) un derecho que se declaraba por boca de Ermogeniano constituido enteramente '*hominum causa*': Y este hombre, sujeto del derecho, se había definido en el corazón del '*trecento*' por el canonista Juan de Andrés, '*harmonia, omnis creaturae*', '*consonantia plurimorum causarum*'. Afirmaciones que en la obra del jurista no quedan en teorías abstractas, sino que significaron, en la historia de la civilización, la abolición del derecho del señor a heredar al intestado, la limitación de la tortura, la condena de las represalias, la denuncia del tiranicidio, la creación de una ciencia de los delitos y de las penas, de un derecho de la guerra y de la paz» (8).

III. Del denominado “derecho intermedio”

Sin poner en duda la relevancia y la importancia de tantos autorizados pareceres en torno al denominado “*Ius Commune*”, retomando ideas de los historiadores del derecho españoles y volviendo a las reflexiones del magisterio de D. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, cabría repetir, con F. DE CASTRO, que:

“La ofensiva contra el Derecho Común [se refiere aquí a la de los Humanistas y su nuevo estilo —el *mos gallicus*—] no llega a tener en España la estridencia que en otros países, quizás porque en parte era innecesaria, ya que se había hispanizado con las *Partidas*. El influjo romanista se deja siempre sentir; en las Universidades se continúa en-

(8) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: *Testamento y codicilos. La cláusula codicilar*, tres volúmenes, Ed. del Consejo General del Notariado, 2001: tomo I (2001), tomo II (2002) y tomo III (2003): en tomo I (*Introducción histórico-documental. Elaboración romanista de la cláusula codicilar*), cit., §4 y ss., pp. 542 a 573.

señando sólo el Derecho romano y el canónico; ... algunos comentaristas, como Antonio GÓMEZ Y BURGOS DE PAZ, hablan de una recepción en España del Derecho romano, e incluso el humanista COBARRUBIAS utiliza el argumento de doble filo de que *Las Partidas* no son mas que extractos en lengua vulgar de las leyes canónicas y romanas.

Sin embargo, el **Derecho Real** ha conseguido el monopolio jurídico. Con toda seguridad se puede afirmar por Martín DE OLANO que «nadie duda que el Derecho común, entre nosotros, españoles, no tiene autoridad de ley»: ...=... la autoridad del Derecho Real llega a ser tal, que algunos autores le reservan el título de Derecho común, e incluso el de Derecho, cuando no se indique a cuál se hace referencia.–

...= El Derecho nacional no surge, por tanto, como se ha asegurado, por la decadencia del Derecho Canónico: al contrario, el sentido nacional de nuestro Derecho no sólo se afirma en momentos de máximo respeto al Derecho canónico, sino que se fortifica en lucha con la Reforma protestante.–...” (9).

Intencionadamente, calificaba en su día L. Díez-PICAZO a este período como “**El Derecho Intermedio**”, haciendo las consideraciones siguientes:

“Bajo la denominación, probablemente equívoca, de Derecho Intermedio, nosotros comprendemos aquí todo el esfuerzo, realmente gigantesco, que la Ciencia del Derecho realiza en el continente europeo desde el redescubrimiento del «Corpus Iuris Civilis» en los siglos XI y XII hasta el momento histórico de las codificaciones y de la formación de los derechos nacionales. Se trata de un período histórico no bien conocido y de una doctrina difícilmente accesible. Es, sin embargo, de una gran importancia, pues no cabe duda de que la mayor parte de nuestros dogmas y de nuestros conceptos tienen su origen en la especial manera como esta doctrina ha realizado, tratado y elaborado los materiales que el Derecho romano petrificó en el «Corpus Iuris Civilis».–...” (10).

(9) V. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General*, tomo 5, Ed. del IEP, Madrid, 1955, pp. 166-167 y 169-170.

Don Federico se enfrenta a los autores extranjeros que combaten el Derecho canónico y demuestra sus falsedades [v. *nota 1* en p. 170] y diferencia con gran sutilidad *dos cosas*: “No hay que confundir la *catolización del Derecho* con el *influjo de los canonistas*, *aquella* tuvo significado general y esencial, *este último* hay que valorarlo teniendo en cuenta que la formación romanista de los cultivadores del Derecho canónico les lleva a un respeto igual, si no mayor, que el de los civilistas por las fórmulas de Derecho romano («*ius romanum canonicatum*»)...” [op. et loc. cit.: *cursivas* mías, J. C. G.].

(10) V. Díez-PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1963, pp. 43 y ss.

Todas las precedentes reflexiones de los grandes maestros y tratadistas, unidas a consideraciones tomadas –incluso *recibidas* verbalmente– de **Historiadores del Derecho**, permiten el disenso de los consabidos compases doctrinales reiterativos de una proposición *tópica* más referida a un global y proteico “*Ius commune*” como nacido y originario de Italia. Por consiguiente, como *recurso semántico*, no parece inapropiada la denominación ofrecida por L. Díez-Picazo, que tomo sin hacer de ello tesis específica.

IV. De la evolución histórica de los “pactos sucesorios” en el Derecho hispánico

1. Perspectiva genérica.

Una visión *genérica* muy resumida, referida tanto a ESPAÑA como a PORTUGAL, puede verse en la obra de F. CALASSO (11), adonde remito.

A la perspectiva, también *genérica*, referida exclusivamente a nuestro país, dedica la doctrina española algunas consideraciones de interés, en las que ahora no cabe entrar, por lo cual hago en este lugar la remisión a la exposición de nuestros autores más representativos, en este concreto punto (12).

(11) V. CALASSO, F.: *Medio Evo del Diritto*, op. cit., pp. 614-616 y 616-617, respectivamente.

Consideraciones éstas de F. CALASSO a tener en cuenta con la importante *matización* por mi parte de que es muy dudoso el poder compartir la visión global “italianizante” del concepto.

(12) En páginas anteriores de esta misma REVISTA, en lo relativo al estado actual de la materia investigada en nuestra doctrina *en cuanto al Derecho Medieval Español*, se ha presentado una extensa *relación de autores* [v. en R. J. Not., núm. 59, julio-septiembre 2006, pp. 91-200, en especial la nota 124, pp. 180 a 182]. De la referida lista o relación de autores selecciono aquí –en lo que nos interesa ahora– los que siguen:

— *Reflexiones genéricas*:

- GARCÍA HERREROS, E.: op. cit., capítulo IV, pp. 103 y ss.
- MARTÍN RETORTILLO, C.: op. cit., pp. 226 y ss., 336 y ss., y 342 y ss.
- ROCA SASTRE, R. M.^a: op. cit., pp. 344 y 346.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: op. cit., p. 782 y número 1.
- PELAYO HORE, S.: op. cit., p. 831.

— *Reflexiones específicas*:

- VALLET DE GOYTISOLO, J.: op. cit., “Panorama...”, número 467 y p. 1029.
- MARÍN PADILLA, M.^a L.: *Historia de la sucesión contractual*, Impr. Cometa, SA (Zaragoza), Ed. de la autora, Zaragoza, 1992, capítulo III, pp. 243-314.

— Para una visión de este período en el Derecho italiano, conveniente la consulta de la obra de F. CICCAGLIONE, voz “Successione (Diritto Intermedio)”, en *IL DIGESTO ITALIANO (Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza...)*, volumen XXII, Parte Terza (Direzione speciale del professore Pasquale FIORE), Ed. Unione Tipografico-Editrice di Torino, Milano-Roma-Napoli, 1889-1897, pp. 268 a 382, en especial, “*Della successione contrattuale*”: v. en Cap. I (Diritto Romano-greco), § 5, n. 32; Cap. II (Diritto germanico), § 4, n. 78, pp. 309 y ss.; Cap. III (Diritto feudale), § 1, n. 92, pp. 320 y ss.; Cap. V (Diritto Civile Intermedio), § 6, número 199 y ss., pp. 379 y ss.

Para una detallada visión de conjunto de este período nada mejor que acudir a la exposición de H. COING, como sigue:

"I. Bases

En la vida jurídica de la Edad Media, en los contextos más heterogéneos, en diversos territorios y en grupos estamentariamente diversos, se desarrolló la práctica de regular contractualmente cuestiones de derecho sucesorio.

Se trataba en concreto de cosas muy diferentes. Había renunciado a la herencia por parte de las hijas dotadas. Se encuentran disposiciones de derecho sucesorio de los variadísimos tipos de contratos matrimoniales. No sólo los cónyuges mismos podían hacerse donaciones *mortis causa* a sí mismos y a sus futuros hijos; en Francia uno se encuentra con acuerdos en los que los padres o los parientes de los novios nombran a éstos o a sus hijos sus propios herederos. En España eran usuales contratos en los que los padres aseguraban a un hijo que no utilizarían su libertad de testar sobre la *quinta* para situar mejor a otros hijos o al revés, que sólo uno recibiría una «*melioratio*». En Francia se dan declaraciones similares emitidas en favor de uno o de ambos cónyuges en conexión con contratos matrimoniales, en particular en la nobleza la seguridad de la posición privilegiada de heredero como de más edad (*ainé*). Entre la burguesía alemana se encuentran los llamados probigamientos (*Einkindschaften*), por los que en caso de segundas nupcias los hijos de varios matrimonios eran equiparados en el derecho sucesorio. Se dan también donaciones de derecho sucesorio en contratos matrimoniales y de sociedad. En la nobleza alemana se encuentran las llamadas *Ganerbschaften*, en las que varias familias poseen en común un castillo y cuando se extingue una línea aumenta la parte alícuota de las demás.

Finalmente, se conocían especialmente en Alemania los hermanamientos sucesorios de la alta nobleza y de las casas gobernantes. Todos estos fenómenos de la vida jurídica ciertamente no eran recogidos bajo el concepto de contratos sucesorios.

II. Clases.

Los legistas se dieron cuenta, en primer lugar, de que en comparación con el Derecho Romano se daba aquí una figura jurídica nueva, de otro tipo, particularmente un título nuevo para la adquisición de la herencia. El punto decisivo por lo que aquí concierne es que se da un fundamento para la adquisición de la herencia; el derecho a la *hereditas* fue considerado como un derecho real. En primer lugar se tuvo que hacer el intento de recoger en una ordenación sistemática cada una de las configuraciones. En el *Usus modernus* esto también constituye todavía la base de su tratamiento jurídico. Los legistas de la Edad Media y del *Usus modernus* crearon el concepto de contratos matrimoniales. Desarrollaron el siguiente sistema: en primer lugar, se distingue entre contratos sobre la herencia proveniente de un tercero (cfr. C. 2.3.30) y los contratos sobre la sucesión de una de las partes del contrato. Los últimos constituyen propiamente los contratos sucesorios de BARTOLO son tratados especialmente ante todo *pacta de acquirenda hereditate, de non succedendo y de conservanda hereditate*.

III. Clasificación del llamamiento contractual.

1. Se intentó de diversos modos aclarar la peculiaridad de los contratos de *acquirenda hereditate*, contratos sucesorios en sentido estricto, pero sin llegar a una concepción plenamente uniforme. Por una parte, se los compara con el testamento, ya que proporcionan una situación jurídica similar a la de un heredero testamentario. La *successio conventionalis* opera junto con la *testamentaria* o la *ab intestato*. El jurista francés LAURIÈRE (siguiendo a COQUILLE) lo denomina un testamento que tiene la particularidad de no ser revocable. La analogía del heredero contractual con el heredero testamentario se acentúa particularmente para dejar claro que tanto éste como aquél responden de las deudas de la herencia. Por otra parte, el contrato sucesorio se considera como transmisión de patrimonio, particularmente como *donatio omnium bonorum praesentium et futurorum* y después o como *donatio inter vivos* —así particularmente la práctica de los *Parlements* franceses en la zona de *droit écrit*— o como *donatio mortis causa*. También en Cataluña los acuerdos hereditarios usuales en los contratos matrimoniales son concebidos como *donationes*.

.-...=

La concepción dogmática dominante hoy en Alemania de que el contrato sucesorio constituye un título de adquisición del derecho sucesorio, es propia del siglo XIX.

2. La primera cuestión que se plantea a los juristas es la de la *validez* de tales contratos.

Un llamamiento de herederos mediante contrato debe ser calificado como nulo según el Derecho Romano, a la vista de disposiciones como D. 34.4.4. Choca contra *bonos mores*, en particular porque anula la capacidad de testar garantizada en C. 1.2.1. La decisión en otro sentido contenida en C. 2.3.19 es considerada como derecho especial de los soldados y por consiguiente no extensible.

Cosa distinta es la concepción como *donatio omnium bonorum praesentium et futurorum*. Una parte de la doctrina la considera lícita y con ello se pueden mantener contratos sucesorios. No obstante la opinión mayoritaria declara que incluso este tipo de donaciones es inválido porque va contra las buenas costumbres. Pero hace importantes limitaciones: algunos consideran válidas estas donaciones, si han sido juradas e incluso la opinión mayoritaria las defiende si el donante se reserva el usufructo. Para otros tales *donationes* son lícitas, si son recíprocas, ya que entonces falta el «*odium*» de una situación vital desventajosa; otros, en cuanto se ha acordado que solamente el heredero debe cumplir las donaciones y se eviten fórmulas como «*heres*» o «*successio*».

De modo similar la *communis opinio* mantiene como lícitos los contratos en que se acuerda que determinados bienes o partes del patrimonio, por ejemplo, los que proceden del padre, en caso de muerte de uno de los contrayentes deben corresponder al otro. Se discutía si para su validez bastaba la confirmación jurada. Incluso si el contrato sucesorio es nulo según el Derecho Romano, no por ello de acuerdo con la concepción de los juristas cultos va ni contra el *ius divinum* ni contra el *ius naturale*. Esto posibilita reconocer contratos sucesorios si son admitidos mediante la correspondiente

costumbre o estatuto. Este es en concreto el punto de vista del *droit français*; el contrato sucesorio también es reconocido en Alemania en el siglo XVIII como institución del *ius germanicum*.—...=

3. Por lo que se refiere a los efectos del contrato sucesorio, el heredero contractual es tratado como un heredero testamentario. Según la opinión más antigua en el Derecho Común con la apertura de la sucesión adquiere el *ius hereditatis*; por consiguiente, le corresponde la *hereditatis petitio ex moribus* [Cfr. a este respecto, v. gr. STRYK (n.9), cap. 6, nr. 17 sobre la eficacia de la *unio prodium*]. Son inválidos los testamentos posteriores del *deuius*.

Por lo que se refiere a los efectos *inter vivos*, la transmisión del patrimonio por donación según esta opinión imposibilita al *deuius* vinculado enajenar (*alienare*) objetos de su patrimonio. Tales disposiciones —al menos frente al heredero contractual— son nulas, descontando muy pocas excepciones.

No obstante, para el *droit français* LAURIÈRE no acepta esta eficacia real de una *institution contractuelle*.

En el siglo XVIII se impone en Alemania la concepción de que los contratos sucesorios tienen solamente eficacia obligatoria. Por consiguiente, una enajenación posterior *inter vivos* de objetos del patrimonio, por parte del *deuius*, es válida; el heredero contractual con la apertura de la herencia solamente tiene una *actio personalis*, no la *hereditatis petitio*. No obstante, es tratado como un heredero universal.

IV. Regulaciones especiales territoriales.

1. Los contratos de prohijamiento (*unio prodium*) fueron reconocidos desde el principio por la doctrina y por la jurisprudencia del tribunal *cameial* imperial.

2. Fueron confirmados y regulados por las *leyes de Toro* los contratos españoles, por los que un padre se obliga a no privilegiar a ningún hijo, es decir, a no hacer ninguna *melioratio*. Las instituciones correspondientes del *droit français* son válidas en virtud de cada una de las *Coutumes*. También excluyen una disminución del patrimonio mediante disposiciones *inter vivos*.

V. Renuncia a la herencia.

Las renunciaciones a la herencia (*pacta de non succedendo*) son también nulas según el Derecho Romano (D. 38.16.16), pero bajo determinadas condiciones están permitidas por el Derecho Canónico. Se trata de la Decretal VI.1.18.2 (*Quamvis*); se refiere a la renuncia jurada de una *filia dotata* a la herencia en favor de su padre. A esta Decretal se le dio también vigencia en la esfera del derecho secular. El juramento debe ser proferido frente al *deuius* individual.

Según la opinión predominante la renuncia se extiende incluso a una legítima que eventualmente le corresponda. Excluye la *querela inofficiosi testamenti*. La norma contenida en la Decretal parcialmente se amplía en el sentido de que en general son válidos los *pacta de non succedendo*. A este respecto se suavizan también los requisitos; así, por ejemplo, debe bastar para asegurar el honor nobiliario.

La validez de las renunciaciones a la herencia es confirmada por muchas leyes de la época. Se discutía si la renuncia de una mujer *dotada* se extendía también a sus hijos.

VI. Contratos de conservar la herencia.

Los *pacta de conservanda hereditate* en general son considerados válidos.

Lo mismo vale para las *Ganerbschaften* y para los hermanamientos hereditarios de la alta nobleza" (13).

2. Perspectiva hispánica.

Refleja perfectamente esta **trayectoria hispánica**, esto es, tanto la castellana como la de las antiguas Regiones Forales, la obra de M.^a L. MARÍN PADILLA, de la que no me resisto a transcribir las siguientes consideraciones:

"A los juristas del Derecho Común los pactos sucesorios les crearon numerosos problemas. La tradición les mostraba un mundo en el que los pactos sucesorios habían constituido, si no la única manera de disponer de los propios bienes para después de su muerte, sí una de las más frecuentes, ya entre los príncipes e ilustres familias, entre los militares, en disposiciones *mortis causa* a favor de la Iglesia o causas pías, entre padres e hijos, entre éstos con ocasión del matrimonio, de la constitución de la dote, de donaciones *propter nupcias*, de la emancipación de los hijos, sin contar con los pactos sucesorios celebrados con ocasión del ingreso en religión.

Frente a esta realidad, los juristas del Derecho Común suelen repetir que para el Derecho civil estos pactos sucesorios están prohibidos y reprobados en todos los tiempos y por todas las personas, además de por todas las leyes, tanto divinas como humanas: *omni tempore, odiosissima apud gentes fuerint, ab omnibus legibus, tam Divinis, quam humanis improbata*. El que los pactos sucesorios no valen, ha llegado a ser, dice De Castro [CASTRO, P. de, *Commentaria in primam Codicis partem, in secundam Codicis partem* (Venetiis, 1594); *Commentaria in primam et secundam Digesti veteris* (Lugduni, 1553); y *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1570). En *L. de Quaestione*, ns. 1 y 6.], *lex vulgaris*, o es regla general, *est regula generalis*, dice Tholosano. El que tiene la memoria sana, señala Giurba, repite y ha oído repetir que, según el *iure civilis*, tales pactos están reprobados por ser contrarios a las buenas costumbres, según las leyes *De quaestione, Stipulatio hoc modo concepta, Pactum, Haereditas extraneis* y las demás citadas en el capítulo I de este libro.

—...—=

Pero si ésta era la creencia general según el Derecho civil, otra muy distinta era la creencia y realidad de los pactos sucesorios según el Derecho canónico, el Derecho feudal, los estatutos y costumbres inmemoriales. Los mismos juristas, que repiten constantemente como regla que los pactos sucesorios están reprobados, reconocen a continuación que *pacta futurae successionis, apud omnes gentes, semper fuerint in usu*, además de que, en su tiempo, algunos pactos sucesorios, muchos, producen verdaderas y lícitas estipulacio-

(13) V. COING, H.: *op. cit.*, tomo I, § 126 (Contratos sucesorios), pp. 738 a 745.

nes, y no inútiles promesas: *et hodie pacta futurae successionis fiunt stipulationibus, non inutilibus promissionibus.*

Entre los militares, los pactos sucesorios suelen hacerse siempre: *ad aliam pactorum speciem, quae saemper fieri solent.* Entre los príncipes y demás familias ilustres, los pactos sucesorios son lícitos y están así aprobados en Europa entera: "...= Por costumbre general e inmemorable tales pactos sucesorios se observan entre los nobles del reino, porque por los estatutos y por las costumbres así puede hacerse: *De consuetudine generali et immemoriabilis consuetudinis, tale pactum inter nobiles regni servari. Per statutum vel consuetudinem hoc posset fieri.*

Frecuentemente y con el consentimiento de todos, las hijas, al ser dotadas, celebran un pacto de *non succedendo et hic frequentissimo et unanimi consensu*, porque también por el estatuto y la costumbre estos pactos pueden hacerse: *Per statutum vel consuetudinem hac posset fieri*, y de tal manera es antigua esta costumbre, que ya no se tiene memoria de ella: *a tempore unius non extat memoria. Statutis tam Regni Nostri, quam totius fere Europa, exclusivis foeminarum propter masculos, ut bona in agnatione, et familia conserventur*, de manera que puede decirse, dice Schettino, que estos pactos sucesorios constituyen una costumbre universal: *tam validitas ex vi universalis consuetudinis.*

Los contratos sucesorios hechos en contratos matrimoniales también eran frequentísimos, según atestiguan todos los doctores: "...=

También *quotidiana sunt* los pactos sucesorios hechos a través de la donación de todos los bienes presentes y futuros, con reserva o no de usufructo o de cualquier otra cosa de la que poder disponer libremente.

...=...

Prueban muchos doctores, dice Schettino, que cuando por las leyes, estatutos y costumbres de la patria, los pactos sucesorios son considerados válidos, es porque por los estatutos y las costumbres puede inducirse otra nueva manera de suceder: *quod ubi ex lege, statuto, vel consuetudine patriae pacta de futura viventis haereditate reciperentur, valida sunt, eo quia statuto, aut consuetudine nova succedendi forma potest induci*, como es el caso del *agermanamiento Hispani vocant, et nos fraternitatem iuratam*, y estos pactos valen con la fuerza o la naturaleza de una última voluntad y, por tanto, revocables, *etiam si iuramentum accesserit.*

Pero no sólo eran leyes, estatutos y costumbres de toda Europa los que aprobaban los pactos sucesorios, que tan bien respondían a sus necesidades familiares, sino que también los consideraba válidos nada menos que el Derecho canónico, con la autoridad que este Derecho tiene para todos los juristas del Derecho común. Los pactos afirmativos sobre la futura herencia del que contrata son válidos para el Derecho canónico si son confirmados por juramento: *iuramento confirmatur*, en base a los siguientes argumentos:

1.º En base al c. *Quamvis pactum*. Lib. VI de los Decretales de Bonifacio VIII, siempre que no vayan contra la salud eterna.

2.º En base al estatuto que declara válido el pacto sobre la herencia del que todavía vive.

3.º En base a que el juramento hace, *ut actus, qui alioquin non valet, confirmetur.*

4.º En base al Génesis, cap. 25, donde Esaú, hermano de Jacob, vendió su primogenitura: *vendidit primogenituram et valuit contractus propter iuramentum*.

5.º En base al cap. *Quemadmodum, 25 De iure iur.*, en el que se dice que si estos pactos sucesorios son contrarios a las buenas costumbres, no lo son contra las buenas costumbres naturales, *non esse contra bonos mores naturales, vel canonicas, sed tantum civiles*, ni contienen torpeza y pueden observarse por juramento.

Para el Derecho canónico, el juramento no valdrá en los pactos sucesorios si va en contra de la salud eterna, incluso aunque sea pecado venial, porque iría en detrimento del alma y predispone al pecado mortal; así que para el Derecho canónico una cosa son las buenas costumbres naturales, otras las canónicas y otras las civiles: *bonos mores naturales, et canonicas, vel civiles*. Al tener los pactos sucesorios la naturaleza de una última voluntad, han de ser siempre revocables, *tanquam habeat vim supremi iudicii*.

—...=...

También el Derecho feudal reconocía ampliamente los pactos sucesorios e, incluso, los juristas del Derecho común admitieron que los pactos sucesorios hechos sobre la herencia de una tercera persona, con su consentimiento manifestado hasta el final de su vida, eran válidos, según la L. *De Quaestione* de Justiniano (C. 2.3.30 *De pactis*): *non improbat, cum eius consensu, si ad mortem ille perserveret*, según Bartolo, Baldo, Saliceto, Gómez, Cagnolo, Bolognino, Curtio, Decio, Gutiérrez, Molina, Serafino, Sotomayor, Vázquez de Menchaca, Tuchi, Fehi, Schettino y otros más.

Según Bartolo, la Glossa considera esta ley como un caso especial, porque aquí el pacto no lo hace aquél de cuya herencia se trata: *quod quis non potest facere per se*; sin embargo, sí puede consentir *potest tamen facienti consentire*.—...=

Estos pactos son lícitos, dice Covarrubias, aunque reconoce que por el consentimiento prestado por aquél de cuya herencia se trata no puede decirse que haya desaparecido el peligro o la *ocassio captandae mortis non tollitur per consensum istum*. Aunque Justiniano rechaza estos pactos sucesorios, en justicia hay que decir que estos pactos no son torpes *si accesserit consensu illius, eius succedendum est*, y así deben de interpretarse las Ls. *De Quaestione*, *Ex eo instrumento* y *Stipulatio hoc modo concepta*. Es justo, dice Covarrubias, que estas leyes vayan en contra de los ávidos y ambiciosos de las herencias ajenas y que intenten, mediante la invalidez y prohibición, impedir la insaciable avaricia: *quo eorum insatiabilem avaritiam reprimat*. Pero de esto no puede concluirse que toda promesa simple o jurada sea contraria a las buenas costumbres: *non tamen ex his sequitur, promissionem simplicem vel iuratum bonis moribus adversam esse*, como prueban que son lícitos y válidos los pactos sucesorios hechos con ocasión del matrimonio y cuando los mismos legisladores los consideran útiles para la República, y los particulares, en sustituciones y bienes vinculados, en los que se celebran pactos sucesorios por excelentes hombres: *scelentis hominibus*, o en el derecho de primogenitura, en donde *licite sunt et honestissime permittuntur*.

Los pactos sobre la herencia de un tercero son válidos, por tanto, si éste consiente y persevera hasta el final de sus días; pero siendo estos pactos tan

perjudiciales, el consentimiento *debet esse expressus, et per modum iussus, unde non sufficit sola scientia, et consensus tacitus*, según Bartolo, Castro, Alejandro, Baldo, Ancharano, Jasón, Socino, Guido Papa, Cagnolo, Cravela, George Natta, Rolandino, etc. Si quisiera revocar su consentimiento al pacto hecho por otros sobre su herencia *DD. allegati requeritur expressa revocatio, sed sufficit tacita, contra formam pacti disponenti, sive per ultimam voluntatem, sive per actum inter vivos*.

Cuando los pactos sucesorios se refieren, no a toda la herencia sino sólo a parte, la casi unanimidad de los doctores se inclinan por su validez, ya que la libre facultad de testar se podría ejercitar sobre los demás bienes que tuviera y los que en el futuro llegara a adquirir.

Sobre los pactos sucesorios reconocen los juristas del Derecho común que se daban arduas y controvertidas cuestiones: *ardua et controversa est quaestio*, no sólo entre los juristas, sino también *quotidiana disceptationes in Foro versantur circa ea pacta*, buscando todos ellos llegar a una concordia, *pro concordia* entre los diferentes Derechos, tratando siempre de salvar, en base incluso a los textos romanos, la validez de los pactos sucesorios ante la realidad de su uso y práctica frecuentes, como medio de satisfacer necesidades e intereses de casta, de estamento, familiares, sociales e, incluso, de sobrevivencia" (14).

El conjunto de supuestos seleccionados por M.^a L. MARÍN PADILLA es también muy representativo y sugerente, y a su cuidada relación remito en este lugar (15).

La pertinente *delimitación jurídica* de las distintas modalidades de pactos sucesorios ha sido efectuada entre nosotros por la autora citada, de cuya abundantísima argumentación selecciono en este lugar las consideraciones que siguen:

"Los pactos sucesorios, dice Torre, no son otra cosa que promesas, convenciones, pactos o estipulaciones, sobre la herencia o la sucesión de los hombres que todavía viven: *nihil aliud sunt, quam promissiones, conventiones, pacta, vel stipulationes, super hereditate, vel successionem hominis viventis*.

Los pactos sucesorios son una especie dentro de la categoría de últimas voluntades. No es nada fácil, dice Mantica, decir lo que es una última voluntad, porque muchas leyes hacen referencia a ella *in genere*, como ocurre, por ejemplo, en la L. *Licet inter privatos*, y en la L. *Habeat, De Sacrosanctis ecclesiis*: «No sean nulas las últimas voluntades», dijo el emperador Constan-

(14) V. MARÍN PADILLA, M.^a L.: *op. cit.*, pp. 243, 246 y ss., y 248 a 250.

— En la doctrina italiana, v. CICCAGLIONE, F.: *op. cit.*, en especial número 93, pp. 320 y ss. y n. 199, pp. 379 y ss.

(15) V. MARÍN PADILLA, M.^a L.: *op. cit.*, pp. 253 y ss.

La autora recoge las modalidades siguientes de pactos sucesorios hispánicos: de príncipes, de militares, familiares (hijos, hermanos, cónyuges), de hijas dotadas (pactos renunciativos), de quienes ingresan en Religión, de Derecho Feudal (mayorazgos), de *donatio omnium bonorum* (bienes presentes y futuros).

tino, porque son últimas voluntades los pactos sucesorios celebrados entre los militares: *quae generaliter ultima voluntas dicitur*, aunque con otro nombre: *absque alio nomine speciali*.

.-...=

Dentro de estas últimas voluntades se encuentra, dice Mantica, el acto que se dice celebrado *inter vivos*, porque verdaderamente los contratantes pueden celebrar contratos *post mortem*, aunque éstos, al adquirir la naturaleza de última voluntad, han de ser revocables: *ad eum etiam actum, qui dicitur inter vivos celebrari. Verum, quia contractus etiam post mortem contrahentium conferri possunt*, porque según todos los doctores *ultima voluntas non posset dici, nisi esset revocabilis*.

¿Cuántas especies hay de últimas voluntades?, se pregunta Mantica: *Quod sint species ultimae voluntatis*, y contesta que son *quatuor species. Prima est testamentum; secunda codicillus; tertia epistola; quarta mortis causa donatio*. También los legados y fideicomisos son últimas voluntades, que pueden establecerse en cualquier de las tres primeras especies de últimas voluntades.

Son muchos los documentos medievales en los que los pactos sucesorios aparecen bajo las expresiones de: *charta, littera, pactum vel testamentum*, porque de que estos pactos sucesorios tienen la naturaleza de las últimas voluntades nadie duda: *quae in vim vel per modum ultimae voluntatis inita sunt*; porque tienen la razón de las últimas voluntades: *quia habent rationem ultimarum voluntatum*; o porque se induce o extrae del tenor del documento en el que se insertan: *aut ex instrumenti tenore desumendum*; y porque verdaderamente parecen tener razón de última voluntad: *licet videantur habere rationem ultimae voluntatis*.

.-...=...=

Las últimas voluntades se equiparan por los estatutos, dice Bolognetto: *ultimae voluntates statutis aequiparantur*, ya se haya hecho la vocación: *sive vocatio fiat a lege, vel statuto, vel hominis dispositione testamentaria, vel alia*. La sucesión de los feudos no es propiamente una sucesión abintestato, sino que depende de una precedente convención: *successio feudorum non est proprie ab intestato, sed a praecedenti conventionem dependit*. La sucesión se defiere *in testamento, vel contractu, secus in successione quae difertur a lege ab intestata*, según dice Alejandro de Tartagnis y Decio.

Cuando se habla o se refieren a los pactos sucesorios, no se están refiriendo ni al testamento, ni al codicilo, ni a las donaciones *mortis causa*, sino a *caeteris ultimis voluntatibus*, dice Covarrubias.

Los comentaristas suelen decir que los pactos sucesorios se consideran últimas voluntades por un derecho especial o privilegio, haciendo siempre referencia al privilegio militar o al privilegio concedido a los padres e hijos, a la Iglesia y a las familias nobles. Entre los militares, dice Gabriel, los pactos sucesorios tienen, *in quoquo modo*, la naturaleza de una última voluntad; entre padres e hijos estaríamos ante un *quasi testamentum inter liberos*.-...=

También por un privilegio especial, son válidos los pactos renunciativos de la herencia del padre o la madre, hechos por las hijas al ser dotadas, y tienen la naturaleza de una última voluntad, dice Boerio: *privilegium aequiparet favorem dotis et ultimae voluntatis*, y ésta es la verdadera y común opi-

nión de todos los Doctores: *opinio videtur verior et iure, tunc tale pactum de non succedendo videtur valere loco ultimae voluntatis patris*.

Según Baldo, una es la sucesión ordenada por el Derecho común, otra la ordenada por contrato y otra la ordenada por la propia naturaleza del acto: *quaedam est successio ordinata per viam iuris communis, quaedam ordinata per formam contractus, quaedam ordinata per propriam naturam actus*, refiriéndose a la sucesión según el Derecho feudal.

Entre los romanos, dice Schettino, sólo podía deferirse la herencia por testamento o abintestato y, entre estos modos, no se encontraba la posibilidad de deferir la herencia por pacto, cosa que ignoraban: *inter quos modos non est is, ut pacto dari possit, non oportet novos modos, et legum authoribus ignotos, privata authoritate ex cogitare, quibus haereditas pacto detur, et in contractu haeres instituitur*. Aunque existe sobre esta materia una gran confusión, *magna esset confusio*, muchos jurisconsultos sostienen que se puede suceder en virtud de un testamento y de un contrato, como lo demuestran Bertrand, Cornelio, Romano, Cagnolo, además de algunos filósofos como Raudensi.—...=

Sin embargo, sigue diciendo Schettino, por la autoridad de las costumbres, estatutos y leyes, muchos doctores sostienen que puede inducirse de ellos una nueva forma de suceder.—...=

.-...=...=

Del concepto amplio de última voluntad, en el que están comprendidos los pactos sucesorios, se puede extraer una nueva forma de suceder, dice Peregrino: *nova forma succedendi potest induci*; un tercer género o categoría de sucesión, dice Calà: *heredum tertium genus continent pacta futurae successionis*; ya en Tholosano vemos que los pactos sucesorios aparecen estudiados bajo el epígrafe de: *De successionibus conventionalibus*.

El problema que plantearon los pactos sucesorios, por su naturaleza de última voluntad, es si era posible una última voluntad irrevocable. Generalmente se decía que como los pactos sucesorios tenían la naturaleza de una última voluntad, debían ser siempre revocables hasta la muerte: *Pacta futurae successionis naturam ultimae voluntatis adsumit et revocabilis ex natura*, lo que sostuvo también el Senado Pedemontano, pues, si fueran irrevocables, no serían últimas voluntades: *ultima voluntas non posset dici, nisi esset revocabilis*. Los pactos sucesorios deben ser revocables, *sicut quaelibet ultima voluntas*. La herencia, dice Andreolo, ya se defiera por testamento o por pacto ha de ser revocable.

.-...=...=

Que se celebraban pactos sucesorios irrevocables fue confirmado ampliamente en una S. romana de 14 de mayo de 1657, ante el eminentísimo cardenal Celso: *unde latissime probatur statuta et consuetudines confirmantes pacta successoria valere irrevocabiliter et in Italia hoc absolutum ponit, multis congenites*. La misma realidad reconoció el Senado Pedemontano, según Thesauro. *In Galia*, lo atestigua y manifiesta Delfin, e *in Lusitania*, Valasco y Caldas Pereira" (16).

(16) V. MARÍN PADILLA, M.^a L.: *op. cit.*, pp. 308, 310 y 312-313.

3. Los comentaristas [“Consilia”, “Responsa”, “Tractatus”].

1) *Delimitaciones previas.*

Mi particular punto de vista acerca de este extensísimo período histórico, cualquiera que fuere su exacta denominación, pasa por unas concretas *delimitaciones* –más bien, “limitaciones”– personales, como son:

1.^a El presupuesto de la advertencia, reiterada ahora (17), de no ser quien suscribe un experto en la “Historia del Derecho”.

2.^a La conveniencia de acudir a las fuentes de los grandes Tratados magistrales, tanto en el ámbito *histórico* como en el estrictamente *iusprivatista*, y, por ende, la referencia a los maestros en cada ámbito: A. GARCÍA GALLO (18), F. DE CASTRO Y BRAVO, R. M.^a ROCA SASTRE, J. Bms. VALLET DE GOYTISOLO.

3.^a El recuerdo de que este trabajo de investigación es estrictamente *civilista* y no pretende, ni lo quiere ser, un análisis *histórico* en profundidad de la materia amplísima acerca de los “pactos sucesorios”, sino que consiste en la paciente pesquisa acerca de la formación y evolución de un pretendido *dogma* prohibitivo de la “sucesión contractual”.

4.^a El punto de partida de las fuentes magistrales, indicadoras en esencia de quiénes pueden ser los autores a consultar en nuestro hispánico “Derecho Histórico”, parece puede completarse con la consulta de los “Repertorios” y “Diccionarios” de los autores consagrados [v. gr., el de E. DE CASTEJÓN].

5.^a La selección, resúmenes, notas y traducción de las obras de los autores elegidos tan sólo son imputables a quien esta investigación suscribe.

2) *Supuestos específicos seleccionados.*

Observo en este lugar cómo la doctrina ha dado diferentes denominaciones a los juristas de este largo período histórico del “**derecho intermedio**”, conocidos como tratadistas, prácticos, “consiliadores”, etc.

He de mantener, sin embargo, por coherencia, la misma denominación –un tanto equívoca, pero significativa– de “comentaristas”, para recoger

(17) La *reiteración en este momento* alude a la característica de no ser especialista en el punto de la HISTORIA DEL DERECHO, como tampoco lo era *en el otro momento* de la etapa del DERECHO ROMANO al que ahora se alude.

(18) V., en especial, su inigualada obra *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1964, y allí la relación completísima de la literatura jurídica española y los autores de cada período histórico concreto.

tanta abundantísima información y argumentación imposible de reconducir a este lugar, pero de imprescindible consulta para quien o quienes traten de profundizar en alguno de los aspectos históricos del tema de investigación.

• Información importantísima es la recogida por mi compañero notario Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, de cuya exhaustiva investigación *selecciono* aquí los supuestos muy *específicos* relacionados con nuestro tema.

Recojo en este lugar una serie de textos de los llamados tratadistas [“prácticos”, en la denominación de L. DÍEZ-PICAZO], *entresacados* pacientemente de la larga enumeración prácticamente exhaustiva [en orden a su tema de análisis] efectuada por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN y *ubicados* precisamente en los prototípicos supuestos de los textos romanos clásicos antes presentados.

La recopilación –entresaca, más bien– por mi parte practicada comprende los siguientes supuestos:

- 1.º Testamento del militar.
- 2.º Donación universal del padre.
- 3.º Legítima *inter vivos* dejada al preterido.
- 4.º Institución de heredero a una hija, y preterición de todas las demás hijas, en el testamento de la madre.
- 5.º Pacto sucesorio entre herederos (hermanos).
- 6.º Renuncia a la sucesión por ingreso en religión y preterición posterior del renunciante en el testamento del padre.
- 7.º Mayorazgos.

La transcripción *de cada supuesto de hecho* se efectúa muy esquemáticamente y para su comentario y desenvolvimiento remito –en la oportuna *nota*– a la obra de Á. MARTÍNEZ SARRIÓN [tomo II]. Todo ello en la forma que sigue:

1.º *Testamento del militar*. [Udalricus Zasius: “Responsorum iuris sive consiliorum”: Consilium VI.]

“c) La «*voluntas testantis*» en el testamento del militar.

Principia afirmando que al hermano, contra el testamento de su hermano, no le compete la «*querela inofficiosi*», salvo que hubiesen sido instituidos herederos personas torpes.

Número 2. Los militares ocupados en expediciones militares, de qué modo tienen la facultad de testar, ya quieran o ya puedan. (*Milites in expeditionibus militaribus occupati, quoquo modo vel velint vel possint testandi facultatem habent.*)

Número 3. Es suficiente en la milicia que fallezca aquel que haya testado por derecho militar. (*Sufficit in militia decessisse eum qui iure militari testatus sit.*)

.-...=-

Número 5. No sólo los militares, sino también los aldeanos existentes en el campo enemigo pueden testar militarmente. (*Non solum milites, sed etiam pagani in hostico existentes, militariiter testare possunt.*)

.-...=-

Número 11. La voluntad en el testamento se dice perfecta siempre que el testador la tenga por perfecta (*testamenti voluntas tunc perfecta dicitur, quando testator eam pro perfecta habet*).

El testamento queda plenamente perfecto con la voluntad que lo origina y le confiere soporte, siempre que el testador entienda que lo consignado en él constituye la expresión genuina de su última voluntad.

Número 15. En los codicilos, en la donación por causa de muerte y en la ordenación del fideicomiso se requieren cinco testigos. (*In codicillis, causa mortis donationis et fideicommissi ordinatione, requiruntur quinque testes.*)” (19)

2.º Donación universal del padre. [Cardenal Ioannes Baptista de Luca, “Theatrum veritatis et iustitiae”.]

“g) La donación universal del padre y su preterición por el hijo donatario premuerto: *Discursus XL. Romana legitimae* [De Luca, *Theatrum veritatis*, cit. Tomus IX, fol. 83]. *An legitima patris vel matris in bonis filii cum testamento decedentis, qui germanos fratres quoque habeat, sit tertia tertiae vel tertia totus.*

Facti series.

El Príncipe Carbognanus, Julio César, hacía donación universal de sus bienes presentes y futuros y la libre disposición de ellos, conteniéndose en ella la legítima a otros dos hijos y cierta suma reservada para el efecto de testar, a su hijo primogénito, Stephano Bassanella, al que concedía en el mismo acto la emancipación plena.

Como Stephano, el hijo, premuriese a su padre «*turbato ordine naturae*», con testamento en el que instituyó heredera a la Duquesa Lucrecia, su mujer. En el expresado testamento estaban preteridos el padre y dos hermanos germanos. Por tal título de donación llegaba a Stephano una sustanciosa herencia.

El padre y los hermanos pretendían que accediesen *ab intestato*, anticipando la nulidad del testamento por una causa doble: Primero, a saber, por preterición del padre. Segundo: qué ímpetu iracundo e injusto odio contra el padre y los hermanos había concentrado para que por causa de ingratitud cesase el beneficio de la emancipación.

(19) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo II (La cláusula codicilar y los “consiliatores”. Su decaimiento y abandono posterior), *parágrafo* 282 [UDALRICUS ZASIUS: “*Responsorum juris sive consiliorum*”, pp. 2108 y ss.: *en especial*, pp. 2112 a 2114.

Summarium.

Número 2. De operatividad de la cláusula codicilar en torno al defecto de preterición. (*De operatione clausula codicillaris circa defectum praeteritionis.*)

Con mayor razón se somete, asimismo, a juicio de la total validez del testamento. Aunque, en efecto, la pretendida invalidez se considera con toda probabilidad superable, si está acoplada en el propio cuerpo del testamento y de mano del mismo testador, redactada en su lengua materna, por lo que perdía valor la cuestión. Pero, además, los hechos parecen excluir aquella circunstancia de la impetuosa ira o aquel odio, por los cuales suele deducirse la causa de invalidez como introducida.

El testamento era nulo por causa de preterición del padre y porque, asimismo, dos hermanos subsistentes reconocían su sucesión intestada junto con su padre; y como todos, en fuerza de la cláusula codicilar, estaban gravados a restituir sus porciones íntegras al heredero instituido, sin detracción en modo alguno de la trebeliánica, en virtud de la conclusión unánimemente aceptada de que, al tratarse de un fideicomiso puro, no se dan las dos detracciones de legítima y de trebeliánica.

Número 20. De las causas respecto a las que la legítima no está comprendida en la donación. (*De rationibus, ob quas legitima non sit comprehensa in donatione.*)

Número 21. A qué causas se deba atender y argumentos o certidumbres. (*Ad quid attendi debeant rationes et argumenta seu verisimilitudines.*)

Y este caso, que fácilmente se puede presumir mentalmente contemplado, tanto por el renunciante, por el renunciatario, como por la inveterada costumbre de que las hijas dotadas adecuadamente no deban tener algo más, porque los bienes han de conservarse para los varones o en consideración a otras hijas no dotadas o a los agnados, que se presupone que, con arreglo al orden de la naturaleza, el hijo superviva al padre o a la madre.

En el caso inverso, que el padre done al hijo «*qui turbato seu interverso ordine naturae*» le premuera. Y entonces no entra, con facilidad, la previsión que en la intención del testador hubiere. Mucho más en esta especie, en que, por circunstancias particulares, por las cuales, según el Cardenal De Luca, sería inevitable» (20).

3.º *Legítima inter vivos dejada al preterido.* [Aymo Cravetta de Saviano, “*Consiliorum sive responsorum*”]

“*Legítima inter vivos dejada al preterido: Consilium DX* [Aymo Cravetta, *Consiliorum sive Responsorum*, cit., tomo III, fol. 314].

Ioannes Franciscus Cravetta advierte que fácilmente podrá constatar el que se allegue al libro que el texto de este *Consilium* está mutilado y que en consecuencia es imperfecto y que, a falta de otro manuscrito que no ha hallado, opta por ofrecerlo, más que por silenciarlo.

(20) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo II, cit., *Epígrafe XXV* [“*Consilia*” contenidos en el *Theatrum veritatis et iustitiae* del Cardenal IOANNES BAPTISTA DE LUCA], pp. 1637 y ss.: *en especial, sub g*), pp. 1650 a 1652.

Summarium.

Número 1. El preterido, al que le dio su padre la porción legítima *inter vivos*, no destruye el testamento. (*Praeteritus cui portionem legitimam inter vivos pater dedit, non evertit testamentum.*)

Se propone el supuesto de Petro Boxius de Verzolio asignante de la legítima a Paulo, su hijo, en vida, por lo que no parece que se vicia el testamento de Petro por preterición del mismo Paulo, al que se debía su legítima en mayor extensión que la asignada.

Número 2. El preterido cuya porción legítima no le es debida, si la obtiene, aceptada aquélla, no revoca al testamento írrito. (*Praeteritus cui portio legitima debita non est, si acceptam eam tulit, ad irritum testamentum non revocat.*)

No viciaría la preterición si Paulo renunciase a la herencia paterna, por lo que no se debería legítima alguna. Así en la ley *si quando § illud etiam sancimus C. de inofficioso testamento*, C.3.28.35.1, «si un hijo hubiere recibido de su padre ciertos bienes o cantidades y pactado que en manera alguna se promovería por él la querella de inoficioso testamento, y después de la muerte de su padre no aceptare su disposición, mandamos que en modo alguno se grave al hijo con tal pacto» (*si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querela adversus testamentum patrum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit eius iudicium, huiusmodi pacto filium minime gravari*).

Número 4. La cláusula codicilar obliga al preterido a restituir la herencia al heredero instituido, exceptuada únicamente la cuarta. (*Clausula codicillaris restituendae haeredi scripto haereditatis praeteritum obligat, quarta unica excepta.*)

El padre preteriere en su testamento a Paulo, que en vida aceptó su porción legítima. Asimismo, cuando por la cláusula codicilar se restituye la herencia, precisamente deducida únicamente la cuarta. Pues a Paulo se le ha dado la legítima *inter vivos*" (21).

4.º *Institución de heredero a una hija, y preterición de todas las demás hijas, en el testamento de la madre.* [Ioannes Franciscus Purpuratus, "Consiliorum"]

"LA INSTITUCIÓN DE UNA HIJA Y LA PRETERICIÓN DE LAS DEMÁS HIJAS EN EL TESTAMENTO DE LA MADRE.

Consilium CCCCVII. Redemptoris D. nostri Iesu Christi crucifixi nomine invocato [Purpuratus, *Consiliorum, Liber secundus, cit.*, fol. 23.].

Facti species.

La voluntad esforzadamente declarada de la señora Anna de Novocastello era que Ioanna, su hija, fuese instituida heredera universal si llegase a

(21) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo II, cit., *Epígrafe XL* ["Consilia sive responsa" y "Consiliorum sive sponsorum" de Aymo Cravetta de Saviliano], pp. 1693 y ss.: *en especial, sub a*), pp. 1720-1721.

casarse con Georgius de Greguy. Y por esta razón laudable de que o bien se case o se concierte con sus hermanas sustitutas.

Si bien, y en razón a las dudas que se suscitan acerca de la validez del testamento en el que las hijas se entienden preteridas y, en consecuencia, se puede sostener que el testamento es nulo.

Y aunque se haya legado a Antonia diez mil francos y a Loysia veinte mil, sin embargo, no cesa la nulidad del testamento.

Summarium.

Número 1. La institución o bien la desheredación se requiere actualmente en el testamento de la madre. (*Institutio aut exhaereditatio hodie requiritur in testamento matris.*)

Que el testamento de la madre contenga la institución o la desheredación de los hijos como se hace en el testamento del padre. Brevemente aparece descrito en la *auth. non licet C. de liberis praeteritis vel exhaereditis*, C. 6.28.4.3, «no le es lícito a un ascendiente desheredar o preterir a alguno de sus descendientes, si no se probase que éste es ingrato y si en el testamento no insertase específicamente las causas de esta ingratitud» (*non licet parenti aliquem ex liberis exheredare vel praeterire, nisi is probentur ingratus, et ingratitudinis causas nominatim inserat testamento*).

Número 2. Lo que el testador no dice quiere que no se presuma. (*Testator quod non dixit, velle non praesumitur.*)

Por otro lado, no parece acogerse a la cláusula codiciliar, porque ninguna indicación o referencia se lee aplicada que posibilite su deducción, y como nada dice al respecto, la testadora tampoco quiere que se presuma, pues, advierte Baldus, no es suficiente que quisiese, si correlativamente no dispusiese.

Número 3. La disposición no puede decir lo que no está concebido con palabras. (*Dispositio non potest dicere, quae ex verbis non concipitur.*)

Cierto es que la disposición no puede decir aquello que no está concebido con palabras, en base al texto de la ley *Gallus § quidam recte ff. de liberis et posthumis*, Scaevola, libro 6 *quaestionum*, D. 28.2.29.1,—...=

—...=...=

Número 6. Donde puede constar la voluntad, se presume por su validez. (*Voluntate ubi constare potest, pro eius validitate praesumitur.*)

Número 7. La voluntad del testador hace todo. (*Voluntas testatoris totum facit.*)

Número 8. La voluntad aun tácita es suficiente. (*Voluntas etiam tacita sufficit.*)

Si Ioanna no pudiese contraer matrimonio con Georgius ni llegase a convenirse con sus hermanas. En la duda se ha de responder por la posible validez de la última voluntad de esta matrona, en virtud de la regla establecida en la ley *si pars ff. de inofficioso testamento*, Marcelo, libro 3 *digestorum*, D. 5.2.10.pr., —...= e igualmente en el texto de la *quotiens ff. de rebus dubiis*, Iulianus, libro 50 *digestorum*, D. 34.5.12: —...=

Y persuade la razón porque la voluntad del testador todo lo hace, *L.cum quaestio C. de legatis*, C. 6.37.23.2., «porque en todos los casos queremos que prevalezca la voluntad del testador, que es legítima» (*in omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus*); y, señaladamente en

el fideicomiso, según la ley *fideicommissa § item si quis ff. 3 de legatis*, Ulpiano, libro 2 *fideicommissorum*, D. 32.11.19: —...=

E incluso es suficiente la voluntad tácita, ley *cum proponebatur ff. 2 de legatis*, Papiniano, libro 2 *quaestionum*, D. 31.64, «porque tratándose de un fideicomiso, siempre que se investigase la voluntad precaria, se pudo admitir la conjetura» (*utcumque precaria voluntas quaereretur, coniectura potuit admitti*); y la *licet Imperatur ff. 1 de legatis*, Ulpiano, libro 4 *disputationum*, D. 30.74, —...=

—...=...=

Número 10. Las palabras no deben ser superfluas. (*Verba non debent esse superflua*).

Número 11. Y cuando la copulativa se resuelve en disyuntiva. (*Copulativa quandoque resolvit in disiunctivam*.)

Número 12. La cópula no siempre retiene su naturaleza. (*Copula non semper retinet suam naturam*.)

Ni el testamento, a que se alude, ni las palabras deben ser superfluas, cual significa la ley *si quando ff. 1 de legatis*, Africanus, libro 6 *quaestionum*, D. 30.109.pr., «si uno lega a su mujer lo que en vida le había donado, se considera que no se refirió a otras donaciones, sino a aquellas que no han de ser válidas en derecho» (*quae vivus donaverat, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his, quae iure valiturae non sunt*); de lo que se desprende que la «*ordinatio ultimae voluntatis*» no se podría referir a una «*donatio causa mortis*», porque no estaban presentes las hijas ni otro que estipulase por ellas, por lo que no puede ser una propia «*ductio causa mortis*». Luego, necesariamente, se ha de referir a los codicilos, dado que no se tenga otra especie de última voluntad.

—...=...=

Número 13. La cláusula codicilar se sobreentiende en el testamento entre los hijos. (*Clausula codicillaris intellegitur in testamento inter liberos*.)

La voluntad se determina porque esta señora ha testado entre sus hijas dilectas, como demuestra expresamente su mayor dilección con la instituida Ioanna, por lo que en este caso la cláusula codicilar se entendería en el testamento «*inter-liberos*», operando solamente en lo que atañe a la hija predilecta instituida.

Número 14. El privilegio concedido a los padres de testar entre los hijos, se entiende cuando se los instituye igualmente. (*Privilegium concessum parentibus testandi inter liberos, intelligitur quando aequaliter eos instituit*.)

Los privilegios que se conceden a los padres de testar «*inter liberos*» tienen lugar sólo cuando los instituyeron igualmente, según Decius (*Consilium 631*). Si bien la generalidad de los doctores mantiene un criterio amplio, que posibilita que en casos como en el que nos ocupa opere la cláusula codicilar. Y además se ha de considerar que la visión limitativa de Decius no es la más adecuada cuando tiene en su contra la «*communem opinionem*».

Número 15. La última voluntad genéricamente no se produce de nuevo. (*Voluntas ultima in genere non reperitur*.)

La cláusula codicilar se encuentra en la cláusula final, «*volendo et ordinando quod ista ordinatio de ultima voluntas sit bona et valida et quod ponaturque et redigatur in forma authentica*», pues la última voluntad genérica-

mente no se reproduce en el acto, aunque pueda ser considerada intelectualmente como abstracta.

Esta voluntad regularmente o está en el testamento, o en los codicilos, o en la *donatio mortis causa*, en aquellos que no son militares.

Como, consiguientemente, no puede aquella ordenación y última voluntad ser «*bona et valida*» en fuerza del testamento ni en fuerza de la *donatio causa mortis*, se sigue que quería el testador que valiere como codicilos, cual especialmente aparece en el texto de la ley *postumus § si paganus ff. de iniusto, rupto, et irritato facto testamento*, Ulpiano, libro 4 *disputationum*, D. 28.3.12.1, «...=...» (22).

5.º Pacto sucesorio entre herederos (hermanos). [Marianus Socinus Iunior, “Consiliorum”.]

“PACTO SUCESORIO ENTRE HEREDEROS Y LA CLÁUSULA CODICILAR.

Es la temática desenvuelta en el *Consilium CXLIII* [*Prima pars consiliorum Consilium CXLIII. Dirigat Dominus verba mea in viam veritatis et iustitiae*, fol. 293.], que a manera de supuesto singular merece destacarse por la ingeniosa argumentación que emplea Mariano Socinus Iunior para lograr que la cláusula codicilar no sea desplazada o desdibujada por la generalización que en los actos entre vivos se atribuye a la cláusula *omni meliori modo*.

Facti narratio.

Ioannes, Franciscus y Michael, hermanos, convinieron que si alguno de ellos falleciese sin hijos legítimos y naturales, los demás hermanos supervivientes adquirieran la herencia, excepto XXXV ducados, para que el que muriendo sin hijos pudiese testar libremente.

Supuesto que la convención establecida no fuese jurídicamente válida, querían quedase plenamente eficaz de hecho y que si aún así no valiese establecieron una estipulación expresa para su validez.

Concedían licencia al notario para extender esta convención y pacto «*ad sensum et consilium sapienti*» para que valga «*omni meliori modo, etc.*». Y los tres hermanos, para observancia de todo lo estipulado, se obligaron por sí y con sus bienes presentes y futuros. Y, asimismo, seguidamente, de forma espontánea, tocando corporalmente la escritura, juraron a Dios por los Santos Evangelios cumplir lo acordado, como aparecía consignado en el instrumento sin contravención alguna.

Summarium.

Número 13. El docto elegido para extender la convención y el pacto de suceder recíprocamente, en aquel modo y forma que pudiese valer en derecho, puede declarar, como dicho pacto y convenio se entienda hecho por vía de donación entre vivos. (*Sapiens electus ad extendendum conventionem et pactum de succedendo ad invicem, eo modo et forma quibus de iure valere possit, potest declarare, ut dictum pactum et convenio dicatur facta per viam donationis inter vivos.*)

(22) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo II, cit., Epígrafe LX [“Consiliorum” de IOANNES FRANCISCUS PURPURATUS], pp. 2002 y ss.: *en especial, párrafo 263*, pp. 2026 y ss.

Los tres hermanos quisieron que la convención fuese hecha «*ad consilium sapientis*»; el arbitrador elegido como «*sapiens*» podía y debía declarar y hacer extender la convención referida, que se reputase hecha por medio de la donación *inter vivos*.

Número 14. El testamento cuando se hace «*ad consilium sapientis*», si en él se dejan cien ducados a la hija, *sapiens consultus* se debía añadir «*por derecho de institución*».

Ya que es verosímil que el testador quisiese que valga el testamento.

Número 15. La costumbre preserva para mantener lo dicho por el prudente en aquello que considerase que se debía de añadir al testamento. (*Consuetudo servat, ut sapientis dicto stetur, in eo, quod dixerit instrumento esse addeundum.*)

Para que este acuerdo entre los hermanos valga debe extenderse «*ad sensum sapienti*», que en nuestro caso aparece fortalecido al decirse hecho «*ad consilium sapientis*», para que valga no sólo en su mera formulación, sino «*omni meliori modo*».

.-...=...=

Número 18. La voluntad emanada del disponente, cuando consta que algo se hace, para que valga si aquello que se hizo, no puede valer como se hizo, deba valer como pueda. (*Disponentis enixa voluntas, quando constat quod aliquid fiat, ut valeat si id quod fit, non potest valere, ut fit, valere debet, ut potest.*)

Los mentados hermanos quisieron extender la convención y hacerlo «*ad consilium sapientis*» del modo y forma que en derecho valer pudiese, el «*iuris prudente*» elegido, actuando de árbitro lo llevó a ejecución por medio de la aplicación de la donación *causa mortis*.

Número 21. La donación de todos los bienes simplemente hecha sólo comprende los presentes y no los futuros. (*Donatio omnium bonorum simpliciter facta, solum praesentia et non futura comprehendit.*)

Esta donación no se entiende hecha más que de los bienes presentes, por lo que los futuros se mantienen libres para que de ellos se pueda testar, ya que en el instrumento no se hace mención de ellos.

Número 22. La palabra *haereditas* se toma por bienes cuando aparece en un acto celebrado entre vivos.

No obsta que se haga mención de la herencia allí en donde se dice *haereditatis et bona*; siempre que se tenga constancia de que quisieron donar entre vivos, la palabra *haereditas* se asimila a *bonus*” (23).

6.º *Renuncia a la sucesión por ingreso en religión, y preterición posterior del renunciante en el testamento del padre.* [Jasón de Mayno, “*Consiliorum sive responsorum*”.]

“La materia constituye el objeto del *Consilium CIIII* [*Consilium CIIII*, fol. 16. *Volumen quartum*. Venetiis MDLXXXI. *De nulitate testamenti prop-*

(23) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo II, cit., *Epígrafe XI* [De “*consiliorum*” emitidos por la dinastía de los SOCINUS], apartado B), pp. 1246 y ss.: *en especial, párrafo 166*, pp. 1287 y ss.

ter praeteritionem filii in potestate et quid operetur tunc clausula codicillaris in tali testamento posita.] y aparece formulada en los siguientes:

Hechos.— Benedictus renunciaba a la sucesión paterna y materna *ab intestato*, a favor de su hermano Joannes. Tal renuncia fue causa y fundamento de que su padre, Jacobus Galganeti, ciudadano y comerciante de Luca, dividiese sus bienes entre sus hijos, sin efectuar asignación alguna a dicho Benedictus. Y posteriormente en testamento pretería a Benedictus, al no hacer mención de él.

De donde para extraer la verdad de la consulta, hay que insistir preferentemente en tres extremos:

Primero, respecto a la renuncia, si sería jurídicamente válida o no.

Segundo, acerca de la división de los bienes, que el padre hizo entre los hijos, si es válida y si en algo perjudica a Benedictus.

Tercero, sobre la nulidad del testamento por preterición del hijo en potestad y la cláusula codicilar agregada a él.

1. Las palabras enunciativas se han de mantener cuando son necesarias para la validez del acto. (*Verbis enunciativis standum quando sunt necessaria ad validitatem actus.*)

«Asumo lo primero la renunciación», dice Jasón de Mayno, «que hizo Benedictus a su hermano Joannes, de la sucesión *ad intestato* paterna y materna, con el consentimiento, presencia y voluntad de Jacobus, su padre, prometiendo también al mismo padre estipulante por sí y por sus herederos, causa o modo, ni por otra causa legítima que invocase o le asistiese en el futuro». En efecto, parece que tal renuncia fue jurídicamente válida, ya que en el tiempo en que se hizo Benedictus era un joven prudente y discreto con arreglo a lo que confirma el notario al principio del instrumento de dicha división: y con tales palabras enunciativas del notario, debe conservarse, cuando son necesarias para la validez de acto, como en el caso presente.

2. Se presume estar en su cabal juicio en el momento de realizar el acto. (*Mentis suae quis praesumitur tempore actus gesti.*)

Además, se presume, en caso de duda, que gozaba de mente sana al tiempo de ejecutar el acto, a no ser que se pruebe que no estaba en su cabal juicio, por ser *furiosus* o *demens*.

3. La sospecha de dolo y fraude desaparece con la presencia del padre. (*Suspicio doli et actus tollitur patris praesentia.*)

En tal renuncia interviene la presencia y el consentimiento del padre, por lo cual se desvanece la sospecha de dolo, de fraude o de miedo. Porque si esto se opera con la presencia de amigos o consanguíneos, cuanto más en la del padre, ya que ningún amor vence al paterno.

4. La renuncia de la herencia viviendo el padre no produce efecto. (*Renunciatio super haereditate patris viventis non valet.*)

Mas, no obstante, considera Jasón, jurídicamente más veraz, que la renuncia de Benedictus no valga. Y si, ciertamente, al tiempo en que renunciaba, no era un demente, sino permanecía con bueno y sano juicio, sin embargo, la herencia viviendo el padre, no puede renunciarse, porque si tal renuncia se hace, se puede suceder *ab intestato*, al padre. La renuncia así efectuada carece de eficacia, tanto para el derecho civil como para el canó-

nico, siempre que no haya intervenido juramento; que por supuesto no se ha producido en la renuncia de Benedictus.

5. Cesando la causa final, cesa la causa de la misma renunciación. (*Renunciatio cessat causa ipsius finali cessante.*)

La renuncia efectuada por Benedictus no fue realizada simplemente, sino por una causa expresa: Ya que Benedictus expuso el por qué la hacía: Entraba en religión, en los hermanos jesuitas, en que entendía que había de perseverar y hacer profesión. Pero esta causa no fue seguida, ni tuvo efecto, por lo que, cesando la causa final de la renunciación, cesa la renuncia.

6. Aunque la renuncia sea jurada, se considera *rebus sic stantibus*. (*Renunciatio etiam iurata intelligitur rebus sic stantibus.*)

Una tal renuncia, aunque jurada, se entiende *rebus sic stantibus*. La renuncia se reputa tal perserverando Benedictus, como confiesa públicamente.

7. Dos actos, cuando se hacen uno inmediatamente después del otro, si uno existe, el otro se reputa existente. (*Actus duo quando fiunt unum post alium immediate, quod uni inest, alii creditur inesse.*)

Joannes no seguía puntualmente ni cumplía lo que estaba obligado respecto a la persona de Benedictus, acerca de alimentos y demás, al tenor del instrumento de división, que simultáneamente y ante los mismos testigos y el propio notario, se celebraba (seguidamente a la renuncia), con lo que Benedictus, de derecho y *de facto*, quedaba privado de toda ventaja, en virtud de su renuncia. Asimismo, de la mitad de los bienes en dicha división, según se expresa en el instrumento. Análoga razón contextual juzga a ambos actos como uno solo y por ello se debe disponer como de un mismo acto. Porque cuando se hacen dos actos inmediatamente uno detrás de otro, cual en el caso presente, en el que luego de la renuncia de Benedictus, se efectuaba por el padre la división entre los otros hijos, en razón de esta contextualidad y a la vecindad de los actos, es por lo que existe un único acto.

8. En modo alguno se cumple por el incumpliente. (*Impletur minime non implenti.*)

Joannes prometía en la última cláusula del instrumento de división hacer efectivo y cumplir con buena fe, respecto a Benedictus, aquello que específicamente se consignaba en el documento; y que, si no lo cumplierse efectivamente, la mitad de todos sus bienes pertenecerían a los herederos de su padre, para que satisficiesen cierta promesa anual a los jesuitas. Y como Joannes no cumplió lo que le incumbía y estaba obligado respecto a Benedictus, en consecuencia, ni éste ni sus herederos pueden justificar su falta de cumplimiento en dicha renuncia.

Por todo lo cual, la renuncia a la sucesión *ab intestato* paterna y materna, que hizo Benedictus a su hermano Joannes, sería inválida e ineficaz y considerarse revocada. En lo que atañe a la división de los bienes, que el padre hizo entre los hijos, sería válida aunque en algo perjudicase a Benedictus, ya que el Estatuto de Luca procura que la división de los bienes hecha por el padre entre los hijos consiga pleno efecto y que no se pueda impugnar. Es evidente y expedito que tal división y el Estatuto de Luca nada obsta a Benedictus, en lo que atañe a su herencia materna, ya que el Estatuto lucense se limita a los bienes que dejare el padre que efectuó la división, pero no a los que de otro modo perteneciesen a los hijos; y, sin embargo, el

padre hizo la división de la dote materna y la asignó a Joannes, obligado como su heredero.

...=...=

13. El Estatuto recibe una interpretación declarativa por el derecho común. (*Statutum recipit interpretationem declarativam a iure communi.*)

Se afirma por lo doctores que el Estatuto lucense recibe su interpretación declarativa del derecho común. Pero con arreglo al *ius commune*, la división debía hacerse por el padre entre todos sus hijos.

Como en el caso presente, el padre no hizo la división de sus bienes entre todos sus hijos, ya que había preterido a uno, Benedictus, tal división era imperfecta, por lo que tampoco vale por el derecho común, como sucedía ya por derecho estatutario, y en consecuencia tanto por uno como por otro derecho la división era nula.

14. Los testamentos del padre entre los hijos son privilegiados cuando tienen lugar. (*Testamenti paternis inter liberos privilegia quando habent locum.*)

El privilegiado testamento hecho por el padre entre sus hijos sólo se produce cuando el padre, si tiene varios hijos, dispone en favor de todos. De manera distinta a si dispusiere el testamento a favor de uno y odiosamente para otros.

15. La división hecha por el padre entre los hijos tiene la fuerza de la última voluntad. (*Divisio facta a patre inter liberos habet vim ultimae voluntatis.*)

La división hecha por el padre entre los hijos tiene fuerza de última voluntad. Por consiguiente, la preterición del hijo en potestad, hecha *inter liberos*, la convierte en nula. La preterición de un hijo en potestad hecha por el padre en la división de sus bienes, cuando se realiza entre otros hijos, vuelve *ipso iure* tal división nula, ya que no se ajustó a las formalidades legítima a Benedictus. Los bienes paternos divididos entre otros hijos deben dividirse equitativamente de nuevo; así, Benedictus, además de la mitad de la dote materna, debe tener su porción viril en aquellos bienes paternos.

16. Si al hijo que renuncia a la sucesión paterna, se preteriere, no se considera nulo al testamento. (*Filius renuncians successionis patris, praeteritus non dicit testamentum nullum.*)

Si un hijo renuncia válidamente a la sucesión de su padre, preterido en el testamento posterior, no lo hace nulo, por no haberse instituido al hijo renunciante.

17 y 18. El testamento en el que el hijo en potestad está preterido es nulo *ipso iure*, aunque el hijo preterido no lo considere nulo. (*Testamentum, in quo filius in potestate este praeteritus, est ipso iure nullum, etiam quod filius praeteritus non dicat nullum.*)

Pese a lo expuesto en el precedente párrafo 16), la verdad desnuda se encuentra en el argumento contrario, según Jasón de Mayno, porque el testamento en que está preterido el hijo en potestad es *ipso iure nulo*. Y, por tanto, tiene lugar la sucesión *ab intestato*. Consecuentemente, Benedictus sucede *ab intestato*, junto con todos los llamados a heredar, si bien los legados y demás disposiciones establecidas en el testamento, al margen de la institución, permanecen firmes" (24).

(24) V. MARTÍNEZ SARRIÓN, Á.: *op. cit.*, tomo II, cit., *Epígrafe III* ["Consiliorum sive responsorum" de JASÓN DE MAYNO], pp. 1086 y ss.: *en especial párrafo 137*, pp. 1100 y ss.

7.º Mayorazgos. [Alexander Raudensis, “Variarum resolutionum”.]

“*Consilium XXXVII* [Raudensis, *Variarum Resolutionum*, cit., fol. 183].
Argumentum.

La difícil extensión de la controversia de gravado a gravado, de caso a caso, de llamado a llamado, que debe ser entre la hija del último difunto y la persona sustituta por agnación de la misma, o verdadera, o creada de modo artificioso asumiendo el apellido y escudo de armas del testador, en materia de caducidad de las sustituciones, o de su no caducidad; de nuevo se discute, con mayor amplitud y diligencia en este capítulo, como en el siguiente, que en cualquier otra parte, para que sea evidente lo que Luis de Molina y Melchor Peláez en el *Tratado de mayorazgos o de primogenitura* no deciden todo, sino que muchas cuestiones faltan, por lo que se suplen con lo que en este *Consilium* se escribe señaladamente respecto a los preceptos que para los llamados serán el apellido y el escudo de armas del testador, según las leyes municipales comunes y paccionadas del Reino de Valencia, el Fuero 44 de Pedro II y la Partida 6, tít. 5.1.12, de Alfonso el Sabio.

En líneas generales se plantea el problema delicado y frecuente motivo de disputa si la hija del difunto excluye al hijo de la tía cuando se trata de la sucesión en capítulos matrimoniales o en otra especie de disposición, incluyendo el mayorazgo en España, en la ciudad de Valencia, entre los nobles de la familia Pont. La lucha se produjo entre clarísimos abogados hispanos, mas como disintieron, sin establecer puntos de contacto, el ilustre don Ioannes, «*requisivit meam resolutionem*» y como «*era amplísima la materia, copiosísimamente escribí y a esto di principio*».

Y no se desdijo de su palabra con los hechos, pues la resolución ocupa 291 números, en una infrecuente extensión de los folios 183 al 224.

Facti species.

Presupuesto que por instrumento de Capitulaciones matrimoniales efectuado entre el abuelo don Nicolás de Pont y su hijo Juan Bautista, padre de Pedro, de una parte; y don Onofre Seneglier Sentenglies y su mujer Castellana Martorell con su hija común Brianda, soltera, de otra. Manifestando los intervinientes que por causa y ocasión de matrimonio a contraer entre sus expresados hijos Pedro y Brianda, se convino que en el mismo acto se donaba a Pedro por su padre la propiedad de las pensiones con los réditos de mayor valor, de los cuales seguidamente se hacía mención, así como se establecían los pactos, vínculos y condiciones que se referían:

Muriendo Pedro con hijos legítimos y naturales y de legítimo matrimonio nacidos y procreados, aquel hijo varón que quisiese y eligiese será su heredero.

No teniendo hijos, pero sí hijas, análogamente aquella que quiera y como tal heredera elija. A su vez, la hija heredera de entre sus hijos varones instituirá heredero «*qui ipsi placebit et eligebit*» con «*pacto et conditione quod talis nominatus et electus debent possidere et possident nominansse de Ponte et faciens arma eiusdem cognominis et non aliter*», y, si no lo cumpliese, entonces deberá suceder el hermano del heredero que fuese de mayor edad, «*cum iisdem pactis, vinculis et conditionibus*».

Si Pedro, al tiempo de su muerte, no hubiera nombrado a un hijo o a

una hija, en su caso, pasará a ser heredero, respectivamente, el hijo o la hija de mayor edad.

En el supuesto de que Pedro falleciese sin hijos o hijas –lo que Dios no quiera–, serán herederos su abuelo Nicolás y su padre, Ioannes Batista de Pont, de sobrevivirle. De haberle premuerto, «*veniant et pertineant dominam Franciscam*» y también a «*dominam Marianam de Pont et de Coreglies sororem dicti Petri*», dividida en dos partes iguales, con derecho preferente de elegir su parte a Francisca, si bien ambas podrían disponer «*simplicem et liberam suam voluntatem*».

Con posterioridad a estos Capítulos matrimoniales, el abuelo don Nicolás de Pont hace donación singular a su nieto Pedro de la Baronía y Castro de Reglieu «*cum vassallis cum Christianis antiquis quem mauris*», sometida a los mismos pactos y condiciones que los bienes contenidos en los Capítulos y como parte que completa los mismos.

Celebradas las proyectadas nupcias de Pedro y Brianda nacieron sus hijos Henricus, Iosephus, Ángela, Marchesa y Francisca. Redactado su testamento fallecía Pedro, el padre de todos ellos, que aún permanecían en la menor edad. En él legaba a Ángela «*unam doplam auream*»; a Marchesa y a Francisca cierta suma de dinero para su ingreso en religión; a Iosephus le prelegaba unos predios de los que percibiría los frutos al cumplir los veinticinco años. Y, finalmente, instituía heredero universal en el remanente a Henricus.

Muriendo Henricus con hijos podía disponer a favor del hijo varón de legítimo y carnal matrimonio nacido y procreado que gustase elegir; y el mismo hijo elegido, análogamente, posea y disponga en sus hijos varones.

Producido el fallecimiento de Henricus sin hijos varones pasarán los bienes a su hermano Iosephus, «*sine diminutione legitimae, falcidiae, trebellianicae nec alterius iuris*».

Si Iosephus al tiempo de su muerte no tuviese hijos, sino únicamente hijas, podrá disponer y disponga en aquella hija que gustase y que eligiese. Si la hija elegida tuviese hijos varones deberá disponer en uno de ellos, el cual llevará el escudo de armas de Pont y no otro.

En el supuesto de que Iosephus no hiciese uso de este derecho en uno de sus hijos y en defecto de ellos en una hija, corresponderá la herencia a su hijo mayor, y de sólo haber hijas, a la mayor de ellas.

Fallecido Iosephus sin hijos o hijas –«*quod Deo minime placeat*»– lleguen y pertenezcan a Ángela. Y si ésta no viviese o fuese viuda sin hijos o hijas, pasen a Marchesa, su hija, si no fuese religiosa. Y de no tener esta última hijos o hijas, debería adquirir la herencia Francisca, la menor de sus hijas, sin disminución alguna de legítima, trebellánica o falcidia.

Y si todos sus hijos e hijas muriesen sin hijos y otros descendientes legítimos y naturales –lo que ni por asomo Dios quiera– y, respectivamente, sobreviviesen los nobles D. Ioannes Bautista «*pater et dominus meus*», vayan y reviertan al mismo, caso de vivir; y de no existir, a las nobles Francisca y Mariana.

La cláusula final estaba concebida en estos términos: «*Hoc est meum ultimum testamentum et haec est mea ultima voluntas quod et quam volo et ordino quod valeat iure mei ultimi testamenti et ultimae voluntatis aut iure codicilli codicillorum aut testamenti nuncupativi aut illo meliore iure, foro et privile-*

gio, beneficio aut auxilio, quo melius valere et tenere potest. Valentiae 21 octobris 1555».

Summarium.

Número 1. La mujer, siempre que recibe en atención a la muerte de sus hermanas sin hijos varones, ha de devolver los bienes a la stirpe masculina por sí y por lo convenido. (*Uxor ducitur quandoque contemplatione quod per obitum sororiorum absque filiis masculis, bona devolvantur ad solem masculina, ex se et ex sponsa.*)

Doña Francisca está obligada a restituir a favor de Ioannes por causa de fideicomiso, tanto convencional como por última voluntad, los bienes que se preindicaron, máxime porque no puede negarse en lo más mínimo que el padre de Ioannes contrajo matrimonio (*duxevit in uxorem*), no sólo por aquella dote que recibió, sino también por lo recibido en consideración a sus mismas posibilidades que por el óbito de sus hermanas sin hijos varones, ha de devolver los bienes a la descendencia masculina a procrear por él y por la propia Ángela; y de la cual Ángela (que por su expectativa durmiente sólo subsiste en cada uno de los hermanos y de sus descendientes masculinos), transmite la esperanza de la sucesión a Ioannes, su hijo heredero, causa favorable que como gravamen recibe con destino a su existencia, con exclusión de los nietos de los hermanos de ella.

Número 120. La cláusula codicilar opera en confirmaciones de aquello que dispuso el testador. (*Clausula codicillaris operatur confirmationem eorum testator disposuit.*)

Dado, asimismo, y en modo alguno concedido que se hubiese abierto el camino de la causa intestada, entonces, en virtud de la cláusula codicilar, está obligada Francisca a restituir la herencia al hijo de Ángela cuando opera tal cláusula en confirmación de aquello que dispuso el testador, según las *Decisiones Bononienses* compiladas por Caesar Barcius" (25) (26).

3) Autores españoles seleccionados.

Efectuada esta previa delimitación, quiero resaltar aquí la importancia de algunos autores españoles, a mi parecer de ineludible referencia en este lugar, como son: F. VÁZQUEZ DE MENCHACA, D. DE COVARRUBIAS LEIVA y L. DE MOLINA (27).

Tomadas cada una de las citas de referencia en el orden seguido por cada autor en su exposición, son como sigue.

(25) V. Martínez Sarrión, Á.: op. cit., tomo II, cit., Epígrafe XLVII ["Variarum Resolutionum" de Alexander Raudensis], pp. 1843 y ss.: en especial parágrafo 237, pp. 1844 y ss.

(26) Para todo este conjunto de supuestos de hecho, remito de nuevo al tomo II de la obra precitada de Á. MARTÍNEZ SARRIÓN.

(27) En cada una de las referencias se cita la obra directamente por mí consultada. En algunos puntos tomaré la licencia de la directa transcripción latina, y en la mayoría lo haré en lengua castellana.

Obsérvese también, por otra parte, cómo los autores continúan tratando de **pactos sucesorios** (de *succedendo*, de *non succedendo*), y para nada hablan de "sucesión contractual".

• Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA (28):

Selecciono los siguientes supuestos:

— *Pactum de succedendo utroque* ["Si me haeredem non feceris, aut si testamentum in quo me haeredem scripsisti mutaveris, centum dabis nomine poene"]: dicho pacto *iure torpe est*, y la "*viventis haereditatis sollicitudo*" debe ser rechazada y punible, tanto en el derecho civil como en el canónico.

— *Pactum iuratum de non succedendo*: no se extiende a los bienes posteriores pretendidos "si postea patris bona augeantur".

— *Pactum filiam non succedendo, stantibus masculis*: no vale, porque "*pacto haereditas dari non potest*" [ex l. haereditas, C. de pact. conven.].

— *Pactum de hereditate dividenda*: no engendra obligación natural ni civil, porque solamente está prevista la *via succedendi ex testamento* ("per nullam aliam viam admitti poterit").

— *Pactum futurae successionis favore Ecclesiae vel piaae causae*: no vale. Argumenta que "ad haeredis institutinem inter vivos fieri non potest", porque "dari potest haereditas testamento, at pacto dari non potest".

— *Pactum de non succedendo*: contiene la deshonra aun por parte del renunciante.

— *Pactum futurae successionis inter liberos*: no vale, porque se presume el *votum captandae mortis*.

— Supuestos previstos en estatutos ["De successione cognatorum"]:

- De exclusión de la hermana en la sucesión de los hermanos.
- De exclusión de las mujeres en la sucesión del marido.
- De exclusión de las mujeres dotadas en la sucesión paterna: no debe entenderse respecto de la sucesión materna.

En todos los supuestos presenta opiniones de los Doctores a favor y en contra.

— *Comentarios a la L. SI QUANDO, § ILLUD C. de inofficioso testamento*: de los diferentes supuestos previstos, he referido los señalados en la nota.

• DIEGO COVARUBIAS LEIVA (29):

Selecciono los siguientes supuestos:

• *La renuncia de futura sucesión*. Según el Derecho Civil está prohibida, sin embargo puede ser confirmada por juramento [según consta en la

(28) V. VASQVII PINCIANI MENCHACENSIS, D. Fernandi: *De successionum progressu tractatus*, LIBRI TRES (1.^a parte y 2.^a parte), Impr. Apud Hieronimum Scotum, Venetiis, 1573.

— *Liber Primus*: § 1, n. 191, p. 51; § 2 (*Qui ex testa. capere non poss.*), n. 75, p. 60 y n. 82, p. 61; § 3 (*De haered. instit.*), n. 24, p. 66, y n. 109, p. 92; § 13 (*De pupill. subst. pars. j.*), n. 23, pp. 153-154; § 17 (*De exempla. substit.*), n. 65, p. 209.

— *Liber Secundus*: § 12 (*De successione cognatorum*), nn. 6-7-8-9, pp. 92-93.

— *Lex si quando*: § ILLUD, C. de inofficioso testamento: nn. 12-13-17-30-31-33, pp. 218 y ss.

(29) V. COVARUBIAS A LEIVA, Didaci:

1) "Opera omnia", con posteriores notas de JOANNIS UFFELII, Impr. a cargo de Fratrum de Tournes, Genevae, 1762, en los siguientes lugares:

— "*Constitutionis secundae ex rubrica de pactis, Lib. VI*":

• *Prima Pars* (Hujus relectionis; cujus initium tractat de dictionis. Juramentis, significatio-

Constitución del Romano Pontífice, que explicaremos, *Deo duce* –dice el autor– *in tertia hujus relectionis parte*]. Cita expresamente en esa “*Tertia*” el **canon de Bonifacio VIII** que ya conocemos y antes he transcrito: “*Quamvis pactum patris factum a filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta...*”

El autor analiza *las razones tradicionales en contra de* los pactos sucesivos *renunciativos*, considerando los sucesivos argumentos y distinguiendo diferentes casos de pactos dotales de las hijas con el padre o con los hermanos.

Cita en apoyo de la *tesis afirmativa*: Bald. in l. pactum dotali. C. de collat. q. 18; Roman. in singul. 182; Nicol. Boër., decis. 3.

Refiere el supuesto de la *prohibición tradicional* de la reprobación del pacto de renuncia en el caso que fuere *de hereditate viventis absque ejus consensu.*, por tratarse de *manifesta turpitudine*. Por lo tanto, *si se presta el consentimiento* por el padre en el pacto hecho con los hijos, entonces será válido. Y consecuentemente, valdrá el pacto entre los hermanos, consintiendo el padre.

Distingue los supuestos de hermanos y hermanas renunciantes presentes o ausentes, de si el padre revocare o no posteriormente su consentimiento, de los casos de división de la herencia por el padre, de los casos de renuncia *simpliciter* o con institución posterior de una porción a favor de la hija o de renuncia a favor de alguno o algunos de los hermanos o hermanas.

Distingue en varios **apartados** [§ Primus, Secundus...] una serie de *supuestos*: si el pacto es o puede ser confirmado por el hijo pactante (*filius-familiae* menor de edad, impúber, hija alegante de ignorancia *iuris*...); si el pacto relativo a la hija valga (aún no casada, que ingresa en religión, en la herencia de un padre respecto de la del otro, ingresada en religión y si el monasterio puede rescindirlo, si la dote no fue recibida...); efectos de la renuncia de la hija (caso de segundas nupcias, frente a los herederos del hermano, legítima, hermanos varones fallecidos en vida del padre, herencia intestada del padre, bienes feudales, consecuencias en orden a los hijos y descendientes de la renunciante...); si el juramento prestado añadido al pacto puede ser confirmado (juramento falso, dolo, miedo, foro secular...).

•• *Razones contrarias al “pacto de futura sucesión”*. Examina el autor dicho pacto en otro contexto [“*De contractibus ac caeteris actibus juratis*”, en

ne); *Pars II* § SEXTUS (De juramento confirmatorio defectuum stipulationis ac actuum), n. 13, y TERTIA HUIUS RELECTIONIS PARS (BONIFACIUS OCTAVUS), pp. 309 y 386 a 404 (TERTIAE PARTIS INITIUM - De pactis ac renuntiationibus successionum).

• *Pars II* (De viribus juramenti confirmatori, quoad contractus, caeterosque actus humanos), nn. 8-10, pp. 352-354.

— *Secunda rubricae pars*:

• *In qua de testamenti revocatione*, nn. 49 y 53, pp. 3 y ss., 10 y ss.

• *De haeredibus instituendis* [Cap. Raynutius, XVI, §§ 1, y III], nn. 5, 7 y 13, pp. 85 y ss., 88, y 90.

• *De gravaminibus ac imputatione legitimae* [Cap. Raynaldus, XVIII, § II], n. 4 y 7, pp. 126 y ss.

2) “*Operum tomus secundus*”, con *notas* posteriores de CORNELIO BREDERODIO y JOANIS UPELLII, Impr. a cargo de Fratrum de Tournes, Genevae, 1762, en los lugares que siguen:

— *Variarum Resolutionum*, Lib. I, Cap. XIV (*De conditionibus Donationi adjectis*), nn. 10, 11 y 12, pp. 87 y ss., y Lib. III, Cap. XII (*De donatione omnium bonorum*), pp. 338-340.

el apartado “de viribus iuramenti confirmatorii...”, tomando como punto de partida que el juramento prestado de obligaciones no va *contra bonos mores*, conforme al derecho canónico. Pero, añade, según el derecho canónico sólo va contra las buenas costumbres *quod peccatum inducat*.

Como consecuencia, si el pacto de futura sucesión *sin el consentimiento del de cuius* **no es confirmado** con juramento, es torpe y va *contra bonos mores* por el llamado *votum captandae mortis*. De manera que **si el pacto es confirmado** por el consentimiento del de cuius, entonces el pacto es lícito [remite a l. ex eo. C. de inutil.stipul.; y *nota suya* in rubr. de test. 2.par.n.15].

•• *Pregunta acerca de la validez del “pacto de futura sucesión”* [en el apartado “In qua de testamento revocatione”]. Después de analizar la promesa con juramento de no revocar el testamento, considerada tradicionalmente que es *contra bonos mores*, entiende que si tal promesa es tolerada aun sin el juramento, ¿por qué negar que pueda confirmarse con juramento? Niega el que repugne a los “bonos mores”.

Por lo tanto, en orden al “pacto de futura sucesión”, en virtud del cual se aparta la libertad de testar, rechazado por el derecho civil por dicha razón, al llevar implícita la inquietud acerca de *viventis haereditate*, tampoco cabe deducir que dicho pacto vaya *contra bonos mores*, ni sea ocasión de pecado o crimen. Ni tampoco es voto *captandae mortis*, como consta cuando se trata de las sustituciones hereditarias.

•• *Acerca de la institución de herederos por testamento*. Analiza los posibles supuestos:

— *División de la herencia hecha por el padre con los hijos*:

Parte de la premisa de que la división, en la duda, debe entenderse por partes iguales: si es en testamento solemne y con asignación de cosas, parece que conlleva institución; si es en testamento menos solemne, no se considera hecha la institución, a no ser que la división se haga por onzas o cuotas partes.

— *Pacto de “non succedendo” entre padre e hijo, si se imputa la legítima al hijo*:

Diferencia según se hiciera *sin* o *con juramento*. Si fuere *sin juramento*, considera que es práctica común y la doctrina principal lo estima válido [arg. Jac. Butr. in d.l.pactum; Roman in d.l.stipulatio; Georg. Nat. in c.quamvis pactum col.2. de pact. in 6.; Nicol. Boër. decis. 62 col.; Gulielm. Bened. in hoc c. Raynutius. in verb. duas.nu. 242]; si se hiciera *con juramento*, la doctrina lo estima válido. Ello no obstante, para el autor, considera opinión no verdadera respecto del pacto *sin juramento* [arg. Gulielm. Bened. verb.in eo de mar. n.220; Joan. Lup. in cap. per vestras, 3. notab. § 23. de donat. inter vir. et uxu; Thom. Gram., dec. 57, nu.30].

— *Si un estatuto excluye a las mujeres de la sucesión*, existiendo varones, si se produjese el abintestato: debe admitirse a las hijas en concurrencia con los varones.

•• *De los gravámenes e imputación de la legítima*:

Pacto “de non succedendo”, con consentimiento del hijo prestado en el mismo acto de desheredación: no es válido [arg. l.pactum C. de pact. l. pac-

tum. C. de collat.]. No impide el ejercicio posterior de la *quaerella inofficiosi testamenti*.

La cuestión principal –para el autor–, deducida de la anterior premisa, es si cabe añadir el gravamen a la porción de la legítima, consintiendo el hijo. Tal afirmación no se ha atrevido a hacer la doctrina [Joan.Lup., Roder.]. El autor entiende que todas estas *controversias* en parte alcanzan a la *definición*, en parte ponen de manifiesto el *conocimiento*, y presenta diversas modalidades o casos (si el contrato se mezcla con el testamento, si el pacto puede gravar la legítima, etc.).

•• *De las condiciones añadidas a la donación:*

Interesantes son los *supuestos* siguientes: juramento del donante que impide la revocación del pacto o de la condición añadida a la donación, estipulación del notario expresada en nombre del donante o del ausente que impida la revocación, etc.

•• *De la donación omnium bonorum:*

Interesante el supuesto en virtud del cual el donante *se reserva* alguna cosa, y los diferentes *supuestos* que promete el autor [reserva de disponer en vida, alimentos, usufructo, libertad de testar, etc.].

• LUIS DE MOLINA (30):

Selecciono los siguientes supuestos:

•• Renuncia del derecho de primogenitura (por cesión o venta) a favor del siguiente en grado, aun viviente el precedente poseedor mayorado.

•• Pacto matrimonial, por el que se cambia el antiguo orden de sucesión en los mayorazgos instituidos.

•• Pacto entre los hijos, de modo que el primogénito suceda en la herencia de los padres, dejando a los demás hijos los alimentos pertinentes.

•• Renuncia de la herencia no deferida hecha gratuitamente, si puede ser revocada por superveniencia de los hijos.

(30) V. LUDOVICI DE MOLINA: *De Primogeniorum hispanorum origine ac natura*, Libri QUATUOR, NOVA editio, con “additiones” de los señores BALTHASAR GILMON DE LA MOTA, ANTONIO DE LA CUEVA y SILVA, JOSEPH MALDONADO y PARDO, y FERNANDO ALFONSO DEL AGUILA y ROXAS, Impr. Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis, 1757, en los siguientes lugares:

— *Liber I, Caput VI* (Plura, quae adversus communes ac generales iuris regulas ex primogeniorum perpetuitate deducuntur), nn. 44 y 45, pp. 43 y ss. y 51 y ss.

— *Liber I, Caput VIII* (Hispanorum primogenia utrum jure sanguinis, an haereditatio deferantur), nn. 5 y 34, pp. 60 y ss., y 64 y ss. [y 69-70].

— *Liber II, Caput II* [figura, quizá por error, en un lado como Cap. II, y en otro como Cap. III] (Qualiter ex legitima ascendentium, vel descendentium primogenium absque Regia facultate institui possit), nn. 2, 3, 4, 31, 33, 41 y 48, pp. 210 y ss. y 217.

— *Liber II, Caput IX* (Quis possit primogenium instituere), pp. 285 y ss.

— *Liber II, Caput X* (Ex quibus bonis possit majoratus institui), pp. 295 y ss.

— *Liber III, Caput II* (In quibus casis primogenitus a majoratus successione excludatur), nn. 21, 22 y 33, pp. 385 y ss., y 388 y ss.

.. Renuncia de la hija a la herencia paterna por causa de primogenitura de varón, si puede ser rescindida una vez muerto el hijo primogénito y sus descendientes.

.. Hija primogénita excluida de la sucesión del mayorazgo por el varón segundogénito.

4) *Recapitulación parcial.*

Hay que hacer notar en este lugar con especial énfasis que **en ninguno** de los textos de los autores hispánicos aquí transcritos aparece **la máxima** –luego repetida– **“viventis non datur hereditas”**.

Abundaban bastantes textos después de la aparición de la imprenta que, en forma de compendios, epítomes, diccionarios, etc., ofrecían un resumen de las doctrinas jurídicas más en circulación y, por consiguiente, las colecciones de “brocardica” podemos suponer fundadamente que continuaron teniendo cierta fortuna.

4. La aparición probable de la máxima **“quod viventis nulla hereditas”** (circa a. 1694).

Acudiendo a uno de los *repertorios* más nombrados [el de ELOY DE CASTEJÓN] podemos hallar una pista segura en nuestra investigación: por primera vez –**estamos ya en siglo XVIII(!)**–, **aunque se trate de una cita referida al Derecho Feudal**, aparece el “brocardo”, o máxima, **“quod viventis nulla hereditas”**. He aquí las referencias y citas que nos presenta CASTEJÓN:

“Super viventis hæreditate an pacisci liceat? Covarr. *rubr. de Testam.* 2. part. à n. 48 et cap. *Quamvis*, part. 3. de pactis in 6. num. 104. Gom. lib. 1. var. cap. 11. num. 14 et 31. et l. 22. *Taur.* à num. 17. et in l. 69. num. 1. Molin. lib. 2. de *Primog.* cap. 3. num. 2. et lib. 3. cap. 2 à num. 21. et lib. 1. cap. 6. à num. 44. Sanchez lib. 7. *Sum.* cap. 1. Faber de *Errorib.* decad. 12. error. 4 et feqq. et decad. 13 et 14. error. 1. Robert. lib. 2. *rer. judic.* cap. 4. et 15. Barbos. l. 1. part. 5. a num. 41 et seq. *solut. matrim.* Molin. de *Just. tract.* 2. disp. 579. Castillo lib. 3. *controv.* cap. 9. Riccius p. 4. *collect.* 1043. et part. 7. *collect.* 2700. Cyriac. *controv.* 88. Carlev. in *Apolog.* à num. 13. Ayllon. ad Gom. lib. 2. var. cap. 14. num. 25. vers. *Pactum.* Olea de *Cess. tit.* 3. *quæst.* 3. num. 8. et 12. Antunez lib. 1. de *Donat.* part. 3. cap. 31. Giurb. de *Feud.* § 1. *gloff.* 7. et *gloff.* 15. à num. 5.

Et an fieri possit de reciproca successione, inter duos pactum ? l. 33. tit. 11. part. 5. Roder. in l. *quoniam*, in *declarat. l. Regni*, limitat. 5. num. 9. et 16. Robert lib. 3. *rer. judic.* cap. 13. Castillo lib. 4. *controv.* cap. 49. num. 31.

Et an de dividenda hæreditate inter filios æqualiter in contractu matrimonii? Gom. in l. 22. *Taur.* num. 30 et feqq. Covarr. cap. *Quamvis*, part. 3.

de pact.in6. Faber de Errorib.decad.14.error.1. Castillo tom.6.controv.cap.148. num.fin. Giurba ad consuetud.cap.6.gloss.1. à num.5.

Et an inter eos de patris viventis hæreditate pacisci queat? Covarr. *cap.Quamvis,part.3.de pact.in 6. Molin. lib.2.de Primog.cap.3. à n.1 & vide infrà, num. 96.part.1. Seneca de Consol. ad Marc.cap.9. ubi de paternæ successionis cogitatione.*

Et de pacto quo duo paciscuntur, ut superstes eorum alterius bonis fruatur, & an sit ultima voluntas? Covarr. *rubr. de Testament.3.part.num.37. et cap.13.à num.1.eod.*

Et an quis possit præmio, vel contractu, vel alia dispositione alterius voluntatem allicere ad hæreditatem? Covarr. *d.cap.13 à num. 19. Seneca epistol.95. ubi de eo qui ejus spe amico affidet.*

Et de pactis institutionis reciproæ. Covarr. *3.part.rubr. de Testam.num.37 et cap.13.à num.10.eod.*

Et quod viventis nulla hæreditas. Giurba *de Feud. §.1.gloss.7.*

De pacto hæreditatis viventis, vide verbo *Hæres* (31).

V. Relación de los autores [“consiliatores”, “responsores”, “doctores”, tratadistas, prácticos...] seleccionados del “derecho intermedio”

Resulta tremendamente complicado efectuar una selección de entre el cúmulo de **autores** (“consiliatores”, “responsores”, doctores, tratadistas, prácticos...) de este período de “Derecho Intermedio” en cuyas respectivas obras exista una mínima referencia a nuestro tema de investigación.

En consecuencia, llevando a efecto algunas ideas contenidas en lo que anteriormente he denominado “delimitaciones” personales, ha parecido oportuno reconducir la búsqueda de nuestro tema hacia los autores que figuran en la *relación* que sigue, y la referencia al *punto central* –o a puntos colaterales– de la investigación que se contiene en la obra de cada autor aquí seleccionado, y al lugar y página respectivos. Por lo tanto, a *esta amplia cita* habrá de atenerse cualquier investigador que en lo futuro quisiera efectuar una especial profundización *en el tema o en algún perfil de este aspecto histórico.*

La *relación de autores del “Derecho Intermedio” precitada* es como sigue:

(31) V. AEGIDI DE CASTEJON: *Alphabetum juridicum* (canonicum, civile, theoricum, practicum, morale, atque politicum), duobus tomis Distributum, Editio nova diligentius recognita et multo auctior, Impr. a cargo de Fratrum de Tournes, Coloniae, 1738:

— *TOMUS PRIMUS*, voz “HAERES, HAEREDITAS”, pp. 407-419, en especial número 11, p. 408.

— *TOMUS SECUNDUS*, voz “VITA, VIVENS”, pp. 479-480, en especial, número 10, p. 480.

- J. P. FONTANELLA.
- G. ÁLVAREZ DE VELASCO.
- J. DEL CASTILLO SOTOMAYOR.
- F. N. CIRIACO.
- J. B. LARREA.
- T. CARLEVALE.
- A. BARBOSA.
- J. DE AYLLÓN LAINEZ.
- J. TORRE.
- J. SCHETTINO.
- J. BRUNNEMANN [S. STRYKIO].
- A. DE OLEA.
- D. ANTÚNEZ DE PORTUGAL.
- B. MICHALORI.
- P. FABRE.
- D. IBÁÑEZ DE FARIA.
- D. GOTHOFREDO (32).

(32) Relación de tratadistas y/o prácticos del Derecho Intermedio.

Las referencias y las citas a las obras de los autores que figuran en la relación aquí presentada han sido consultadas y seleccionadas por mí personalmente.

El orden en que cada autor figura se ha determinado en función de las fechas de edición de las obras consultadas, esto es, rigurosamente cronológico. Las citas respectivas no siempre mencionan el supuesto objeto de glosa del autor, por la razón fundamental de que son una repetición o reiteración de las primeramente recogidas.

La selección de las obras es como sigue:

• JUAN PEDRO FONTANELLA:

“De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus”, TOMUS PRIOR, Expensis MICHAELIS MENESCAL, Barcinonae, 1612; Tomus POSTERIOR, Expensis MICHAELIS MENESCAL, Barcinonae, fecha borrosa (al parecer, 1612):

— TOMUS PRIOR: *Cláusula IIII, Glosa IX* [pp. 99 y ss.]:

N.º 3. Haereditas pacto dari non potest.

N.º 4. Haereditas in Cathalonia donare significat.

N.º 8. Heredes contractuales qui apellentur.

N.º 16. Pacta de succedendo universaliter favore matrimonis de consuetudine approbatur in multis provinciis mundi.

N.º 18. Donatio universalis, ac pactum de succedendo in Cathalonia non sustinetur etiam si fiant favore matrimonii ex aliqua consuetudine, cum talis non adsit, ubi decisiones nostri Senatuss. Donatio universalis quomodo debeat esse concepta ut talis dicatur, et de iure reprobata, ubi tres formulae diversa, ibidem.

N.º 19. Haereditamenta tota sunt in pactorum conditionibus.

N.º 20. Promissio de haereditando an fit haereditamentum.

N.º 37. Haereditamenta facta per verbum praesens, veluti hereditamus, quadripliciter fieri solent, quod est attendendum ad eorum validitatem, vel invaliditatem.

N.º 38. Haereditamenta per solum verbum, haereditamus, equiparat Senatus cum factis per verbum, haereditamus, cum adiectione indefinita bonorum, ut utraque valeat de bonis praesentibus, ac ex qua ratione.

N.º 39. Verbum haereditare significat, ac importat potius donationem universalem om-

nium bonorum praesentium et futurorum, quam praesentium tantum, et sequentibus, et signanter num. 93.

N.º 42. Haereditas, quod sumatur pro bonis praesentibus, violenta interpretatio appellatur.

N.º 45. Hereditamentum factum per verbum, haeredito, simpliciter, nullum videtur tanquam complectens universa bona praesentia, et futura, secus est si dicatur, haeredito de bonis meis, et num. 89.

N.º 92. Haereditamenta quod in Cathalonia intelligantur de bonis praesentibus tantum, nullus practicus dicit, nec ita esse debere vulgus intelligit.

N.º 93. Haereditamenta, quae fiunt per verba, haeredito, et sit haeres, secundum ius commune intelligenda sunt de bonis praesentibus et futuris, ac propterea non sustinenda.

N.º 105. Pactum de futura successione aliquando validum est.

N.º 106. Promissio bonorum simpliciter facta non comprehendit futura.

N.º 118. Pactum de succedendo super re particulari factum valet, ubi decisis. Senatu Pedemon.

N.º 119. Pactum de succedendo sustinetur ex consuetudine.

— TOMUS POSTERIOR: Cláusula XI, Glosa UNICA [pp. 823 y ss.]:

N.º 41. Pactum agermanamenti factum inter duos de bonis tenendis communiter de vita, et de acquirendis super viventi post mortem, validam de iure est modo infra declarando, ubi decisis. Senatus.

N.º 42. Pactum de succedendo de iure non valet, quamvis sit reciprocum.

N.º 43. Pacta agermanamenti ex consuetudine, et ex statuto sustinentur.

N.º 44. Pacta agermanamenti sustinentur ex reservatione ad testandum.

• GABRIEL ÁLVAREZ DE VELASCO:

“Axiomata, et loca communia iuris” [a SIMONE BARBOSA quondam deprompta, facie post modum fucata, mutataque paululum, dum haec praelo mandarentur, ab AUGUSTINO BARBOSA transcripta, ab utroque; tamen minute, defectuosèque edita.— Nunc, multis superanditis locis, axiomatibus, ampliacionibus et limitationibus selectis], Impr. Expensis DOMINICI GONZÁLEZ, ex Thypographia Regni, Matriti, 1631.

— Voz “VIVENTIS”, n. 149 [pp. 467-468]:

“**VIVENTIS nulla est haereditas**, i.e. D. de haeredit. vel action. vendit. 1.2 D. de vulg. ac pupill. substit. 1. Qui superstitis, D. de adq. heredi. Cravet. consil.22.núm.9 ac consil.131. numer.1 Ioann. Anton. Mangil. de imputationib. quaest. 91. núm. 11. et q. 181. num. 5”.

• JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR:

“Quotidianarum controversiarum iuris”. LIBER TERTIUS [In quo diversae et utilissimae quaestiones ad usum forensem accommodate explicantur, et accuratus DE IURE REPRAESENTATIONIS, circa fideicommissarias ac primogeniorum successiones, tractatus inferitur. OPUS REVERA PRAGMATICIS FORENSIBUS utilissimum...], Impr. a cargo de LAUR. ANISSON Y IO. BAPT. DEVENET, Lugduni, 1658.

— LIB. III (Quotidianarum...), CAP. IX (De pacto haereditatis viventis), (pp. 106 a 114).

[Otros autores —M. L. MARÍN PADILLA— mencionan el Lib. 17, Cap. VIII, n. 13 y el T. IV, Cap. CL, n. 24-25]:

Glosa CAPUT VI [pp. 106 y ss.] [Pactum de futura successione, aut de haereditate patris, vel alterius cuiusque viventis certo modo habenda, seu dividenda, usque adeo non valere, ut nec iuramento firmetur, idque tam de iure canonico, quam de iure Civili, ac etiam de iure Regio procedere, prout *hoc cap.* latissime probantur, et multorum doctrinis exhortatur. Deinde, ipsummet pactum de haereditate viventis an valeat in foro conscientiae, an etiam pactum mutuae successionis initum inter aliquos, iuramento firmetur, exacte, et dilucide magis, quam antea fuisset, explicatur: Et in casu occurrenti, Anthorique commissio, ipsius responsum, seu consilium hic transcribitur, et nonnulla adnotantur per eundem. quae sit congesta, et distincte adnotata antea non erant].

Notas núm. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 [referentes a distintos tipos de pactos “de certo modo succedendo”].

• FRANCISCI NIGRI CYRIACI:

“Controversiarum Forensium”, LIBER PRIMUS [In quo ultra rerum iudicatarum casus frequentes, et communes opiniones ubique observatas, accesserunt Decisiones aliquae Rotae Romanae nondum impressae], Impr. apud Brogiolum, Venetiis, 1664.

— CONTROVERSIA FORENSIS LXXXVIII (pp. 263 y ss.) [M. L. MARÍN PADILLA cita también las *controversias* núms. 401, 445, 474, 560 y 651. A nuestros efectos parece suficiente esta que selecciono]. ARGUMENTUM: “Pactum, quando sit de futura successione, et reprobatur, et quando secus. Promissio dotis collata in tempus, quo matrimonium solvitur, non valet. Promissio haereditatis etiam per viam contractus onerosi non obligat. Pactum de futura successione, nec etiam iuratum, nec in contractu matrimonii, nec favore dotis, valet.”

Notas números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14 [sobre diversos tipos de pactos “de futura successione”].

Nota núm. 7: “Haereditas nulla est viventis”. En el comentario respectivo solamente existe una cita [leg. 1 ff. de haereditat. vel action. vendit], y la alusión previa (n. 6) a la cuestión propuesta por CRAVET [Consil. 139]. Alude a la “opinión común” de veintitrés autores, de los que cita a RAUDENS (Consil. 26, núm. 89 y 90, vol. I), HONDED (Consil. 40, núm. 12, vol. I), ANTONIN (lib. 2, resolution. 59, casu 21 in fine, fol. 385), FACHIN (lib. 5, contrav. iur. cap. 85, in princip.).

Nota núm. 15: Se refiere al supuesto de “pactum de futura successione, an validetur iuramento”, presentando opiniones a favor y en contra, inclinándose por estas últimas.

• IOANNE BAPTISTA LARREA:

— “Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis, Regni Castellae”, PARS PRIMA, Editio postrema, Impr. a cargo de HAERED. PETRI PROST, PHILLIPPI BORDE et LAURENTII ARNAUD, TURNONI, 1667.

.. DISPUTATIO XXXVI (pp. 303 y ss.):

QUAESTIO: “Utrum nostris legibus valeat pactum pro maritanda filia factum a patre, qui duas habebat, de non melioranda alia, nisi illam, vel filios eius, quam nuptiis destinabat, ac post hanc conventionem, si pater ei, et alii filiae, aequaliter bona sua reliquit in tertio fideicommissi gravamine utrique adiecto, et legatum dederit nepoti ex filia, in cuius favorem pactum adiectum, qualiter haec dispositio procedat”.

La DISPUTATIO [nominada “De pacto de non meliorando filios rationae dotis factum, quo modo nostris legibus procedat”] presenta una diversidad de *supuestos* y, de entre ellos, selecciono aquí los que siguen:

N.º 1. Pactum de non meliorando videtur respicere donationem quae consideratur in non adimendo quod adimi poterat.

N.º 4. Pactum de non meliorando liberam testandi facultatem restringit.

N.º 9. Pactum negativum de non meliorando non comprehendit eum cuius causa factum.

N.º 13. Pactum fieri potest de non meliorando unum ex filiis.

N.º 24. Pacto de non meliorando haereditas dari non videtur, sed caveri ne adimatur.

En todos los referidos casos las razones de la prohibición son las tradicionales ya conocidas: voto corvino, limitación a la facultad de testar, la herencia sólo puede darse por testamento [arg. *l. haereditas, C. de pact. convent.: de donde deriva* que “pacto haereditas dari non possit”], la obligación de guardar igualdad entre los hijos [arg. DECIUS, Consil. 183. n.º 9, *l. si donatio, C. de donat.*], etc.

.. La DISPUTATIO XXXVIII, en N.º 5 (p. 317) contempla el supuesto de un pacto “de haereditate viventis” efectuado *in iudicium*. Presenta hasta ocho argumentos que expone L. MOLINA y enumera una larga relación de autores que se decantan en sentido favorable a la admisión.

— “Novarum Decisionum Granatensium”– PARS SECUNDA [Centuria absoluta. Accessit tractatus DE REVELATIONIBUS, cum Decisione consultiva S. Inquisitionis], Editio Postrema, Impr. a cargo de HAERED. PETRI PROST, PHILIPPI BORDE y LAURENTII ARNAUD, TURNONI, 1668.

.. DECISIO GRANATENSIS LI (pp. 9 y ss.):

N.º 9. Pactum pro filiis accipiendum ut haereditas ["non habet effectum": arg. autores; lo prueba CASANATE. *consil.* 45, num. 55, cum sequentibus].

.. DECISIO GRANATENSIS LII (pp. 14 y ss.):

N.º 21. Pactum Haereditas viventis non potest considerari, nec acceptari, nec repudiari [Arg. en contra: "ut concursum faceret contra iuris regulas, in quibus nunquam admittitur". Cita a los autores (COVARR., GUTIÉRREZ, MENCHACA, MORLA) y la ley 1. *pactum quod dotali*, 1. fin. C. de pactis].

.. DECISIO GRANATENSIS LX (pp. 55 y ss.):

N.º 8. Pactum reciprocum de successione inter coniuges sustinetur, nec potest revocari [arg. 1.9. tit. 6. lib. 3 fori].

N.º 14. Pactum de haereditate alicuius valet ex eius voluntate, sed revocari potest donec paciscens moriatur.

.. DECISIO GRANATENSIS LXV (pp. 88 y ss.):

N.º 12. Pactum negativum de non meliorando alios filios differt ab eo, quo omnes aequaliter succedere comprehenditur [Citas interesantes de ARETINUS, *Consil.* 73. n.9 y 10, y BALD. in 1.3 n.14. C. de collatio, y el argumento "saepe in contractibus plus attenditur factum, quam contemplatio"].

• THOMAE CARLEVALII:

"Disputationes iuris variae (Ad Interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, et illis similium, tam ex iure Neapolitano, quam ex utroque Communi Civili, ac Canonico).- DE IUDICIIS, Tomus PRIOR (Complectens Titulum Primum DE IUDICIBUS, et eorum legitima potestate cum integro Tractatu de Foro competenti, ac aliis spectantibus ad Iudicium potestatem)", Novissima editio Lugdunensis longè prioribus emendatio, Impr. a cargo de LAURENTII ANISSON, LUGDUNI, 1668.

— APOLOGIA (Pro quibusdam Authoris Sententiis). ADVERSUS QUASDAM DECISIONES Scipionis Roviti [pp. 238 y ss.].

DISPUTATIO PARERGON:

N.º 13. (AD DECISIONEM LXXXVII): "L. ult. C. de pact. cum similibus habet locum in contractu patris de bonis filii viventis facto ab eo, qui in illa successurus est". [Arg. contra ROVITUS: que la principal razón por la cual se prohíbe el "pactum super patrimonio viventis" no es la presunción del voto corvino, sino la inmoralidad de quien pretende disponer de bienes a los que no tiene derecho si no es por la muerte del otro, lo cual —dice— va contra bonos mores].

N.º 18. (AD DECIS. LXXXVII): "Pactum de haereditate viventis valet, quando sit in executionem, et consequentiam alterius pacti". [Arg. THOMAMM SANCHEZ: Y dice finalmente "qui facit contractum de bonis viventis, est obligatus ad faciendum, et potest compelli facere id, ad quod se per novum contractum obligat, ex vi contractus praecedentis liciti, et validi"].

N.º 25. (AD DECISIONEM LXXXVII): "Contractum esse de haereditate, ac patrimonio viventis" [Supuesto en que, premuerta la madre y estando la hija en edad pupilar, se celebra un contrato por el padre sobre los bienes del patrimonio de la madre muerta y luego muere la hija en edad pupilar. Para el autor, no cabe negar la existencia del pacto sucesorio, referente a los bienes de la hija viviente y no sobre los bienes de la madre muerta, ya que deja hija heredera y la herencia no puede estar en suspensión].

• AUGUSTINI BARBOSAE:

"Collectanea in Codicem Iustiniani, ex Doctoribus tum priscis, tum neotericis", TOMUS PRIMUS (TRES LIBROS PRIORES CODICIS CONTINENS. Cum Summariis, et sex. Iudicibus, I et II. Titulorum, III. Legum, IV. Authentiarum, V. Legum incidenter discussarum, VI. Rerum ac Verborum notabilium). Editio ultima prioribus emendatio, Impr. a cargo de LAURENTII ARNAUD, PETRI BORDE, JOANNIS et PETRI ARNAUD, Lugduni, 1679.

IN LIB. II. CODICIS: DE PACTIS. TIT. III [pp. 185 y ss.].

— Glosa a L. *Pactum quod dotali*. XV (Impp. VALERIAN. et GALLIEN. AA. et VALERIAN. nobilis caes. *Pactumeio*):

N.º 3. Pactum de succedendo nullum est, et invalidum.

N.º 4. Pacisci non licet de haereditate viventis... (Amplia ut num. 5, ac limita ut n. 6 et 7).

— Glosas a L. *Cum proponas*, j. XVI (Imp. DIOCLET. et MAXIMIAN. AA. *Diaphanto*):

N.º 1. Fideicommissum fratribus reciproce iniunctum pacto remitti potest, ac n. 2.

— Glosas a L. *Licet inter XIX* (*Idem* AA. *Victoriano militi*):

N.º 1 a 8.

— Glosas a L. *quaestione*. XXX, ac ult. (*Idem* A. Ioanni P.P.):

N.º 1 a 9.

N.º 16.

• IOANNIS DE AYLLON LAYNEZ I. C.:

“Ultrariensis Illustrationes sive Additiones Eruditissimae ad varias Resolutiones Antonii Gomezii” (Quibus non solum ipsius Gomezii doctrina novum splendorem accipit, verumetiam difficillima de TESTAMENTIS, CONTRACTIBUS ac DELICTIS Quaestiones doctissimis Scholiis enodantur et elucidantur), Impr. a cargo de ANISSONIORUM, JOAN. POSUEL, et CLAUDII RIGAUD, Lugduni, 1691. [**ADVERTENCIA IMPORTANTE:** LA CITA DE ESTE AUTOR ES IDÉNTICA A LA CONTENIDA EN UNA OBRA SUYA PRECEDENTE, TITULADA “Illustrationes sive Additiones ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii”, Impr. a cargo de NICOLAUS RODRIGUES, S.I., 1654; CAPUT I, n.21, p. 5B].

— Glosas ad Cap. I (*De Haeredit. ex testamento*) (pp. y 7 y ss.):

N.º 21. Ibi, *tertius effectus pocerit esse*, etc.

— Glosas ad Cap. XIV (*De Restitutione Minorum*) (pp. 264 y ss. y 277 y ss.):

N.º 25.— De pacto super hereditate viventis.

N.º 27.— De renunciatione futurae haereditatis, et text, in cap. quamvis pactum.

• IOANNE TORRE:

“De pactis futurae successionis. Tractatus tripartitus” (Additis supra ducentas Sacrae Romanae Recentissimis, ac gravioribus Decepcionibus nusquam impressis, quorumvis Capitum materias punctualiter tangentibus), Impr. Apud NICOLAUM PEZZANA, VENETIIS, 1694.

Obra ésta completísima, de imposible resumen en este momento, dividida en tres tratados o libros: el PRIMERO, el dedicado a los pactos adquisitivos de futura sucesión, bien de los mismos otorgantes, bien de un tercero viviente [capítulos Primum a XXXII]; el SEGUNDO, dedicado a los pactos renunciativos, o negativos de futura sucesión [Capítulos Primum a XLVII]; el TERCERO, dedicado no sólo a otros pactos (“Comunia quaedam...”) de otras formas de transmisión de sucesión, sino también por testamento [Capítulos Primum al XIV].

• Del Capítulo Primum del Libro PRIMERO son de resaltar las glosas a los números 1 a 8, 28 a 30 y 34 a 39 [con una completísima recopilación de *antecedentes históricos*, unos extraídos “ex Sacra Scriptura” —*sic*—, otros de textos de autores clásicos romanos, otros “in iure Canonico”].

Del Capítulo II del Libro PRIMERO menciono las glosas a los números 1 a 5 y 14.

Del Capítulo III del mismo Libro, las glosas 1 a 8 y 10.

Del Capítulo IV (cuándo hay pacto de futura sucesión y cuándo no) del mismo Libro, las glosas 1, 2, 4 a 8, 12, 13, 17, 30, 31 y 46.

Del Capítulo V de mismo Libro, las glosas 1, 21 y 39.

El Capítulo VI del mismo Libro se refiere a los pactos que recaen no sobre toda la sucesión, sino a una cuota o parte, o a cosa particular.

El Capítulo VII del mismo Libro comprende la relación de pactos de futura sucesión por favor de dote o matrimonio, abarcando una multitud de distinciones en la materia.

• En los restantes Libros podríamos efectuar la misma selección, que entiendo no procede ya.

• Es de notar también que, de entre las DECISIONES [SACRAE ROTAE ROMANAE RECENTISSIMIS] cabe destacar la DECISIO III- n.12 (p. 3) y la DECISIO CXXVIII- n.3 (p. 133): allí se menciona “*quia viventis non datur haereditas*” y se argumenta: *I. in suis II. ff. de lib. ac posth.*, CASTRENS. Cons. 453, núm. 1. lib.1; ROT.COR.BURATT. deciss. 639, n.11, in

rec. dec. 262, num. 1, par. 5 et in Interammen. Bonor. 15. Masj 1656. cor. Reveren diss. decan, ff. quod certius.

• De las numerosas glosas y comentarios interesa aquí la relevancia en orden a estas citas:

“**Viventis non datur haereditas**”: en LIBRO TERCERO, Cap. I, n.85, p. 272. [además de en las DECISIONES referidas].

“**Haereditas propiè non dicitur viventis**”: en LIBRO PRIMERO, Cap. IV, n.17, pp. 7-8 [aquí, la fundamentación es otra: *1. prima. ff. de haered. vel act. vend., 1. haereditas 62 ff. de regul. iur., 1. nihil est, 24 ff. de verb. signif.*, HONDED. Consil.40, núm. 31 in fine lib., etc.].

• Otros supuestos notables con interesantes glosas de especial incidencia, clasificados por mi parte, pueden ser éstos:

— Super haereditate viventis nemo ius habet: DEC. IV, n.16 (p. 5).

— Haereditate viventis non potest adiri, nec repudiari: Lib. II, Cap. I, n.31 (p. 4).

— Haereditas pacto dari non potest: Lib. I, Cap. II, n.31 (p. 35).

— Haereditas per pactum dari non potest: Lib. I, Cap. II, n.11 (p. 5); lib. 5, Cap. IV, n.7 y 12.

— Haereditas datur testamento non pactis; Lib. I, Cap. XXIX, n.97.

Bastan estas menciones para resaltar el interés de la obra y de las citas presentadas.

• J. SCHETTINI:

“Tractatus de Pactis Successionum, tam Affirmativis, quàm Negativis” (In quo frequentiores juris articuli, Et difficiliores Quaestiones ad materiam pertinentes, facili methodo enucleantur), Impr. Apud PAULUM BALLEONIUM, VENETIIS, 1702.

Obra ésta también de indispensable consulta y de también muy difícil y laboriosa síntesis en este lugar. Dividida en *tres partes*: PARS PRIMA (De Pactis affirmativis Super futura haereditate contrahentium), que comprende cuatro Secciones; PARS SECUNDA (De Pactis affirmativis super haereditate Tertii viventis), con una única Sección; PARS TERTIA (De Pactis Negativis, sive de Renuntiatione haereditate viventis), con nueve Secciones –y, dentro de cada una, diversas QUAESTIONES–.

Cabría aquí proceder en la misma forma que en el autor que le precede, por lo que, a mi juicio, vendría a ser una repetición de ideas, de conceptos y de argumentos.

• JOH. BRUNNEMANNI, J. C.:

“Decisionum Centuriae V” (Casus Rariores, Facultati Juridicae Franco-furtanae oblatis, breviter et nervose, subjectis Rationibus praecipuis deciduntur: Olim publicis Lectionibus propositae, hactenus plurimum desideratae) [Ex B. Auctoris Manuscripto revisae, hinc inde auctae ac publici Juris factae, curante SAMUELE STRYKIO, JC.], Impr. Apud JOH. CHRISTOPH. HARTMANNUM, FRANCOFURTI, 1704.

— DECISIO XCII [Gener uxoris haereditati maternae nisi jurato renunciare potest] (p. 206).

• SAMUELIS STRYKII, J.Cti.:

“Tractatus de Cautelis Testamentorum” [In quo pleraque, Quae in testamentis condendis, tam quoad solennia externa, quam quoad formam illorum internam, circa heredis institutionem, et exheredationem, substitutionem vulgarem et pupillarem, circa fidei commissam familiae constituenda, legitimam sine gravamine relinquendam, legata ordinanda, Falcidiam prohibendam, codicillorum ordinationem, et testamentorum mutationem ad conservationem, caute observanda, perspicue exponuntur]: Editio IV, revisa et emendata; Impr. a cargo de ORPHANOTROPHII, HALAE MAGDEBURGICAE, 1726.

— CAP. III [DE CAUTELIS CIRCA TESTARI PROHIBITOS] (pp. 42 y ss.):

§ XII. Agnati quoad successionem Impuberis nondum habet jus perfecte quaesitum [Arg.: “Successio enim ipsis demum defertur in momento mortis, **cum viventis nulla sit hereditas**.”]

— CAP. XXIV [DE MUTATIONE ET CONSERVATIONE ULTIMARUM VOLUNTATUM] (pp. 1043 y ss.):

§ II. Pacta de futura hereditate jure R. non prohibita fuerunt simpliciter [Cita a PETR. HEIG., Part. 1. qu. 23, num. 8: CARPZOVIO, Part. 2. Consil. 35, Definit. 17, n.3; HARTM. PISTOR. Qu.1, p.4, n.2; y la famosissima –sic– L. ult. C. de pact.].

• ALPHONSI DE OLEA:

“Tractatus de Cessione Jurium et Actionum” [In quo insertae sunt, suo loco, Additiones, seu Resolutiones, cum S.R. Rom. Decisionibus ad hancce MATERIAM facientibus], Editio Postrema [In qua praeter hactenus editas DECISIONES, aliae NOVISSIMAE, D. CAR. ANTON. DE LUCA...], Impr. a cargo de ANISSON et POSUEL, Lugduni, 1720.

Completada esta obra con otra titulada “Repertorium Generale, Rerum Notabilium, seu materialium Omnium, Quae in Quaestionibus, et Additionibus D.D. ILDEPHONSI DE OLEA continentur” [Necnon Aliud S.R.R. DECISSIONUM, Non Solum Propositum, quae in principalioribus numeris continentur, sed etiam quae incidenter in eis et versiculis, tam remissivè, quam redecessivè ejus occasione tractantur....], Opus Novum (Eleganti Ordine compositum, et facili methodo digestum à D. ANTONIO IGNACIO DE OSSORO), Impr. a cargo de LAURENTII FRANCISCI MOJADOS, MATRITI, 1725.

— TITULUS III. QUAESTIO III [Ius primogeniturae et majoratus an sit cessibile....] (pp. 111 y ss.):

N.º 8. Primogeniturae effectus, seu haereditatis paternae expectatio, cessibilis non est. [Arg.: “cum viventis haereditas non siti; nec vendi, aut cedi possit, neque super ea pactum initii, etiam inter fratres, nisi consentiente eo de cuius bonis agitur, 1. fin. C. de pactis, MOLINA lib. 2, Cap. 3, à núm. 2. HERMOSILLA, in 1. 9, tit. 4, part. 5, gloss. 1 à n. 29, ac in 1. 13, tit. 5, part. 5, gloss. 5 à núm. 1, latè CYRIAC. lib. 1, contr. 88....] (Presenta diversidad de pareceres, a favor y en contra).

N.º 12. Pactum super viventis haereditate iniri non posse, quomodo intelligatur. [Arg.: ... “nisi consentiente eo de cuius bonis agitur.... latè probat GRATIANUS 4. tom. discept. 693. per tot. qui núm. 64 in terminis cessionis loquitur... (Distingue entre el pacto “super bonis et haereditate viventis”, al que se aplicaría la regla general y la excepción, y el pacto “super progenitura”, ya que en éste no se trata de bienes y de sucesión de un viviente, sino de bienes de un primer instituyente ya difunto: citas de GIURBA, HERMOSILLA, CANCER, GUTIÉRREZ...)].

N.º 16. Pater si renunciaret majoratum in filium, an fructus ex eo percepti in vita patris debeant ei in legitimam imputari? [Arg. que los frutos deben ser imputados a la legítima; distingue entre la “renunciatio” traslativa (que propiamente es cesión) y la extensiva: en ésta debe cesar la imputación, dado que el hijo no tenía los frutos como procedentes del padre, sino del primer instituyente].

— TITULUS III.—QUAESTIO IX [Actiones passivae an cedi posint, vel transeant in singulares successores?] (pp. 149 y ss.):

N.º 5. Successio namque universalis per contractum dari non potest [Arg.: 1. haereditas. C. de pactis convent., 1. fin. C. de pactis (MOLINA, FABER, CANCER, FUSARIO, AMATO...)].

— TITULUS VII.—QUAEST. V.—(pp. 504-505):

N.º 27. Ex haereditate avi delata nepoti, premortuo patre, creditores paternos sua credita exigere non posse; et quid si pater praemortuus in vita hereditatem renuntiaverit; pactum, renunciatio haereditatis, vel alia quaelibet caessio super viventis hereditate factum intelligitur, si renuntians, vel caedens supervixerit, et ei sit delata; haereditatis viventis caessio praematura est [presenta diversas argumentaciones, similares a las ya anticipadas].

• DOMINICI ANTUNEZ PORTUGAL:

“Tractatus de Donationibus Jurium et Bonorum Regiae Coronae”:

— TOMUS PRIMUS.—Editio Quarta Lugdunensis, Priori Lusitanà longè emendatior, Impr. a cargo de ANISSON et POSUEL, Lugduni, 1726.—

— TOMUS SECUNDUS.—Nunc Tertio prodiit in Galliis longè Emendatior, Impr. a cargo de ANISSON et POSUEL, Lugduni, 1726.

.. En T. PRIMUS: LIB. II, CAP. XIII (pp. 196 y ss.):

N.º 63. Pactum de haereditate viventis reprobatum, nisi is, de cuius haereditate agitur, consentiat; qui tunc validum est. [Arg.: 1. fin. C. de Pact., 1. Quidam § 1. cum seqq. ff. de donat... Repite el peligro del voto corvino].

.. En T. SECUNDUS: LIB. III, CAP. XXXI (pp. 237 y ss.):

N.º 57. Pactum de haereditate viventis factum sine ejus consensu nullum est.

N.º 62. Pactum de haereditate viventis, eo consentiente, validum est.

N.º 63. Pactum de dividenda quacumque haereditate incertarum personarum viventium appositum in societate validum est.

La *premisa fundamental* de que parte el autor es la de que *el de cujus* ha de ser “consentiente” en el contrato –si ignorante, convierte en indignos a los pactantes–; **repite los argumentos tópicos a favor y en contra**, entre ellos el de que, caso de pacto nulo y de herencia obtenida por los pactantes, ésta pasará al fisco; la razón fundamental de la prohibición es la de que es perverso exigir la herencia de un viviente –quamvis enim **viventis nulla sit haereditas**– [Arg.: *L.1 ff. haered. vel action. vend.*, *L. qui superstitis ff. de acquir. haered.* *L. nihil aliud est ff. de regul. jur. gloss. & BART. in 1. quaesitum, § cum servus ff. de legat. 1. PACIAN. Cons.44, núm. 18, BURSAT. cons. 458, núm. 24, CRASSUS, in § haereditas quaest. 24. núm. 1. GIURBA, de success. feud. § 1. gloss. 7 à n.1 cum seqq.].*

De la premisa va deduciendo *consecuencias*, según los diferentes casos, presentando *excepciones* (“item limitatur praedicta resolutio”) y casos dudosos. El supuesto más interesante –*que no el único*– es el relativo al *contrato de sociedad* emprendido “generaliter”.

• BLASII MICHALORII:

“Tractatus de Fratribus” [In Tres Partes divisus; in quarum Prima Agitur de Fratribus, vivente Patre; In secunda de Fratribus post mortem Patris simul habitantibus; in Tertia ponuntur varia de Fratribus Miscellanea.– Cum DECISIONIBUS SACRAE ROTAE ROMANAE ad materiam facientibus; necnon Indicibus Capitulorum, ac Rerum notabilium], Impr. APUD NICOLAUM PEZZANA, VENETIIS, 1736.

Resulta ciertamente muy difícil resumir en un par de párrafos todo el contenido de este interesante tratado. Me limito a recoger, en extracto, *unos puntos cualquiera*, de incidencia en nuestro tema.

— PARS TERTIA. CAP. XII (De renunciationibus factis a filiabus de bonis paternis ac maternis, et de pactis super haereditate viventis) (pp. 173 y ss.):

Las glosas son numerosísimas. Son relevantes éstas que siguen:

N.º 1. Pactum super haereditate viventis, quatuor modis fieri potest. [Distingue cuatro modalidades: *primero*, de conservar la sucesión perdida; *segundo*, “de succedendo”; *tercero*, de división de la herencia de un tercero; *cuarto*, de “non succedendo”].

Desenvuelve los criterios tradicionales en las glosas núms. 2, 4, 5, 6, 9, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 29, 37, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 73 y ss., 85 y ss.

A las diferentes conclusiones va presentando *limitaciones o excepciones*, en los términos habituales, ya conocidos por nosotros.

• PETRI FABRI:

“Jurisprudentia Vetus ANTE-JUSTINIANEA” [COMPLECTENS FRAGMENTA Legum Regiarum, ac Decemviralium Romanorum, ITEMQUE VETERUM JURISCONSULTORUM, ac Codicum Gregoriani, atque Hermogeniani.– Undequaque Diligentissimè COLLECTA], Impr. a cargo de EMMANUEL IBARRA, CERVARIAE, 1744.

— PAPIANI. TITULUS XXXVII [DE PACTIS, ET TRANSATIONIBUS] (pp. 655-656):

“De pactis haec forma servanda est, si quis major aetate paciscatur, conditionibus pacti maneat obligatus:...= **De successione viventium sua, vel aliena neminem pacisci posse**, nec huiusmodi scripturam nomem pacti legibus vindicare, secundum legem Gregoriani, et Hermogeniani. *Cessionis verò firmitatem ita subsistere, si ejus rei ita per evidentem professionem voluntaria, et evidens cessio teneatur, hoc est, si cessionis nomine scriptura cujuslibet rei cedentis voluntaria professione firmetur.* Quod si de vi, ac metu is, qui cessit, queri voluerit, intra annum similiter instituat, et peragat actionem, secundum Theod. *Legem lib. IV. tit. qui lege Julia cedere possunt*”.

Viene a confirmar las argumentaciones tradicionales [v., con todo, el análisis detenido de los textos de ambos CÓDIGOS –Theod. Hermogen.– en G. VISMARA, op. et loc cit. anteriormente].

• DIDACI YBAÑEZ DE FARIA:

“Novae Additiones, Observationes et Notae Ad Libros Variarum Resolutionum Illustris-

VI. El siglo XVIII español

1. Ideas previas.

Toda la doctrina castellana en los siglos XVI y XVII venía ligando estrechamente la materia jurídica española y la técnica romanista como imprescindible instrumento científico, como con exactas palabras nos resumía D. Federico DE CASTRO (33).

Sin embargo, con el advenimiento al trono de la Dinastía de los Borbones y Felipe V, el mismo F. DE CASTRO nos dice que *el siglo XVIII espa-*

simi ac reverendissimi D. DIDACI COVARRUVIAS A LEIVA", Impr. a cargo de FRATRUM DE TOURNES, GENEVAE, 1762.

El desenvolvimiento de los *puntos* de la exposición de COVARRUBIAS, antes presentados, no aporta ninguna novedad relevante en cuanto a nuestro tema de investigación. Remito a la precedente presentación, respecto de la "Relectio" (Tertia Pars) al canon de BONIFACIO VIII.

• DIONYSII GOTHOFREDI:

"CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI, In quo INSTITUTIONES, DIGESTA AD CODICEM FLORENTINUM EMENDATA, CODEX ITEM ET NOVELLAE, Nec non JUSTINIANI EDICTA, LEONIS ET ALIORUM IMPERATORUM NOVELLAE, CANONES APOSTOLORUM, FEUDORUM LIBRI, LEGES XII. TABB. ET ALIA AD JURISPRUDENTIAM ANTEJUSTINIANEAM PERTINENTIA SCRIPTA" [Cum optimis quibusque editionibus collata, exhibentur. Cum notis integris (...)= Quibus accesserunt FRANCISCI MODII et aliae aliorum iurum celeberrimorum, quas inservit editioni suae SIMON VAN LEUWEN-...] Editio nova, TOMUS PRIMUS, Impr. a cargo de FRATRUM CRAMER, COLONIAE MUNATIANAE, 1756.

Los comentarios y glosas a los respectivos textos romanos del DIGESTO, que figuran en dicho Tomo PRIMERO son como sigue:

— Ad D. 17.2.52.9 (Pro socio: 9. De morte socii). *Glosas 47 a 50* (p. 349):

En orden a la *societas ultra mortem sociorum* [Arg. a favor y en contra: éstos, pues no cabe restringir la libertad de testar, porque es *contra bonos mores*].

— Ad D. 29.2.27. (De acquirenda vel omittenda hereditate: Si vivus sit is in cuius bonis gerendum est. 27. POMPONII [Lib. 3. ad Sabinum]. *Glosa 27* (p. 549):

La cita de la glosa es I. 21 §2., I. 25 §6 ss., I. 32 *pr.j.cod.* y añade —sin justificar— "**Viventis hereditas adiri non potest**".

— Ad D. 38.16.16. (De heredis suis et legitimi: Si pater instrumento dotali comprehenderit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret.— 16. IDEM (PAPINIANUS) [Lib. 12. Responsorum]. *Glosas 29 a 32* (p. 723):

Cita a SOCINUM, *regul. 280 ad l.3, C. de collationib.*: en orden al "pactum de hereditate amittenda" *non valet*.

— Ad D. 45.1.61 [De verborum obligationibus.— *De stipulatione captatoria*. 61. JULIANUS lib. 2. ad Urseium Ferozem]. *Glosas 20 a 22* (p. 859):

Argumenta: *Pactum de futura successione non valet*. Cita a PLACENTINO (feudi investituram), y distingue según la investidura sea del beneficio de una incierta persona o de cierta persona: vale la investidura siempre que *ea persona consentiat*.

Tal estipulación —en general— va *contra bonos mores*: no vale la *conventio de viventis successione* eo non consentiente, ni tampoco la *de mutua successione*, a no ser que sea *inter comilitones*.

(33) V. DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España...*, op. cit., pp. 184 y ss.

ñol se va a caracterizar por estas *notas básicas*: la afirmación del Derecho Nacional [el Derecho Real, como sustitución de los Derechos romano y canónico]; el proceso de unificación jurídica [la Nueva Recopilación sustituye al Digesto]; y la conversión del Derecho Real castellano en Derecho Común de España (34).

Hay que situar, ya *dentro* de este contexto precitado, cómo toda aquella enorme barahúnda de textos en latín de siglos anteriores perdura hasta bien entrado el siglo XVIII y es solamente **en el año 1771** cuando aparece la primera obra jurídica en castellano y exclusivamente referida al Derecho Español: es la obra conjunta de Ignacio JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, titulada *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* (35).

Al presentar la obra precitada los autores precisaban que se abstienen de citar leyes del Derecho romano y remiten a “la ley nuestra supletoria”. En lo que a nuestro tema de investigación se refiere, la única *alusión* que he encontrado es en lo relativo al *modo de delación por testamento* y no parece tener demasiada relevancia a los efectos de la investigación (36).

2. Los nuevos comentarios a las LEYES DE TORO.

Con este progresivo asentamiento del Derecho Real aparecen **nuevos comentarios a las Leyes de Toro**, que van a ser puestas al día con numerosas adiciones y notas que se superponen a las ya clásicas del maestro Antonio GÓMEZ. En este lugar recojo, muy esquemáticamente y en la limitada relación con nuestro tema, *los comentarios* debidos a Pedro NOLASCO DE LLANO Y SANCHO DE LLAMAS Y MOLINA (37).

(34) V. DE CASTRO, F.: *op. cit.*, pp. 186-193.

(35) He manejado *la siguiente edición*, en la que, después del *título* enunciado, continúa: “VAN AÑADIDAS AL FIN DE CADA TÍTULO las diferencias que de este Derecho se observan en Aragón por disposición de sus Fueros”, EDICIÓN QUINTA. CORREGIDA NOTABLEMENTE, Y AUMENTADA la parte histórica que comprende la introducción. EN MADRID; EN LA IMPRENTA DE RAMÓN RUIZ. Acosta de la Real Compañía de Impresores y Libreros del Reino. AÑO DE 1792. [EN REIMPRESIÓN DE 1.000 ejemplares numerados, por Editorial Lex Nova, Impr. de la Sección de Reprografía de dicha Editorial, Valladolid, 1975.]

(36) V. JORDÁN DE ASSO, I. y DE MANUEL, M.: *Instituciones...*, *op. cit.*, § III (Del modo con que el testador debe disponer de sus bienes), pp. 117 y ss. Las *alusiones* que recojo son éstas:

- Que vale la hermandad hecha entre marido y muger, para heredarse recíprocamente, si no tienen hijos, *l. 9, tít. 6, lib. 3, Fuer. Real*.
- Que si los padres prometen por contrato mejorar, o no mejorar, deben cumplirlo, *l. 6, allí. [tít. 6, lib. 5, Recop.]*.

(37) La obra de Pedro NOLASCO DE LLANO que he manejado lleva este *título*: “COMPENDIO de los Comentarios extendidos por el maestro ANTONIO GÓMEZ: a las OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO: En que con presencia de las Notas de su Adicionador, queda comprehen-

Habrá que proceder a un *cotejo* sumario entre los comentarios de uno y otro tratadista, en esa *limitada incidencia* en orden a nuestro tema, en el sentido que sigue:

.. **LEY 17:**

— *En P. NOLASCO*: “No pueden los padres revocar las mejoras del tercio hechas a los hijos por contrato entre vivos, siempre que les fuere entregada la posesión de los bienes en que hubieren consistido, ó la escritura del contrato; ó si el mejoramiento fuese por causa onerosa, como por vía de casamiento...” (N.2); “Para que la mejora sea irrevocable no es preciso que su posesión sea dada por actos físicos y verdaderos, sino bastan los fictos, v. gr. por cláusula de constituto...” (N.7); “La mejora de tercio ó promisión de ella, hecha por causa onerosa, como por vía de casamiento, en favor de hijo o hija para que lo haga con cierta y determinada persona, es irrevocable; mas la executada generalmente sin contraerse á sujeto determinado... sino para que lo celebre en lo futuro: ó la que se practicare estando ya éste contrahido, se puede revocar...” (N.8); “El mejorado en el tercio, aunque sea por causa onerosa, o con entrega de posesión, de forma, que no se pueda por el padre revocar la mejora, no podrá en tiempo alguno deshacer la enagenación hecha por éste de alguna parte de sus bienes por contrato oneroso, y sin fraude alguno...” (N.10) (38).

— *En S. DE LLAMAS*. Presenta una abundantísima relación de 75 notas a esta L. 17.— La N.25 dice que “la segunda parte de esta ley es una limitación de lo que había establecido en la primera” y recoge las opiniones de autores y tratadistas en orden a lo que deba entenderse por posesión, por entrega de escritura, por contrato oneroso con tercero, o por otra cosa semejante (NN. 25 a 33). En las NN. 40 y ss. se refiere a la reserva de la facultad de revocar la mejora, a la distinción con las causas de ingratitud, y a las excepciones a tal reserva (39).

dido todo lo substancial de ellos: y se ilustran infinitas DOCTRINAS del Autor (en los lugares, en que omitió hacerlo el dicho Adicionador), con varias citas, que ó confirman las proposiciones á que corresponden, ó remiten á el Lector, para que sobre ellas tome mas individual instrucción. Lleva también cinquenta y dos Advertencias que explican, extienden, alteran, ó corrigen las especies a que van llamadas.—... MADRID, 1785.— En la Imprenta de D. Joseph Delgado.— [EN REIMPRESIÓN DE 1.000 ejemplares numerados, por la Editorial Lex Nova, Impr. de Gráf. Andrés Martín, SA, Valladolid, 1981].

— La obra de Sancho DE LLAMAS y MOLINA lleva el título de: *Comentario Crítico-Jurídico-Literal a las OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO*. SEGUNDA EDICIÓN. Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, a cargo de D. F. SÁNCHEZ, Madrid, 1852.— [EN REIMPRESIÓN DE 1.000 ejemplares numerados, por Banchs Editor, Impr. de ROMARGRAF, SA, Barcelona, 1974].

— Añado aquí la **advertencia especial** en orden a la inclusión de la obra de S. DE LLAMAS y MOLINA en este lugar y dentro de este espacio temporal, por obvias **razones sistemáticas**: sin perjuicio de su cita posterior en el período siguiente del siglo XIX.

(38) V. en NOLASCO, P.: *op. cit.*, pp. 81 a 88.

(39) V. en DE LLAMAS, S.: *op. cit.*, pp. 153 a 163.

•• **LEY 22:**

— En P. NOLASCO. Presenta en la N.1 su exégesis como sigue: “Para la comprensión de esta ley es de advertir, que **en su razón se pueden verificar quatro especies de pacto**: *Primero*: de no suceder, privándose alguno del derecho futuro: *Segundo*: sobre suceder, en que se trata de adquirirlo: *Tercero*: en razón de conservar el que se tiene para heredar á alguna persona: *Quarto y último*: el que termina á que se practique en cierto modo la división de alguna herencia futura”.

Desenvuelve sus *comentarios* como sigue: al pacto *primero*, en las NN. 2 a 8; al pacto *segundo*, en la N.9; al pacto *tercero*, en las NN. 10 a 13; y al pacto *cuarto*, en las NN. 14-15 (40). Por consiguiente, no cabe en este lugar el reproducir toda esta exégesis, bastando, a mi juicio, algunas alusiones en cada uno de estos puntos referidos.

En cuanto al pacto *primero* (**de no suceder**), dice que “es inválido por derecho por presumir la ley, que mediante una corta cantidad que de pronto recibe el renunciante, se quita una herencia opulenta para en adelante; siendo importante á la causa pública, que cada uno sepa dirigir sus derechos y hacienda en términos que no la disipe con tanta facilidad...; **excepto si aquellos [los hijos] en vida hubieren percibido su legítima íntegramente...**”— “... sin embargo, valdrá la institución hecha en favor de un tercero de consentimiento de alguno de los mismos [padres, hijos], **como sea prestado en el acto de ella, y quisiere el testador instituir al renunciante que consintió...**”— “Como quiera que el pacto de no suceder ni sea contra buenas costumbres, en dispendio de la salud eterna, ó en perjuicio de tercero, **es válido hecho con juramento**, á exemplo de otros actos de la misma naturaleza”— “El pacto de no suceder, **aunque no sea jurado**, es firme y subsistente quando es hecho respecto de herencia dexada por persona que ya haya muerto, aunque sea futura.—...”

En cuanto al pacto *segundo* (**de suceder**), “es nulo: lo primero por ser contra buenas costumbres, como inductivo de ocasión para delinquir...; y lo segundo porque impide la libertad de testar que qualquiera tiene hasta fin de sus días; y por lo mismo tampoco tendría efecto aunque fuese pacto jurado (eod. vers. *ex quo inferitur*). Conteniendo la propia nulidad la convección —sic— recíproca de dos ó mas personas sobre sucederse ó instituirse (eod. n. *secundò inferitur*). De cuya regla se exceptúan los Soldados...”

En cuanto al pacto *tercero* (**de conservación del derecho a suceder**), “es indubitable su validación...” [argumenta en torno a las promesas de mejorar o de no mejorar].

En cuanto al pacto *cuarto* (**de división de herencia futura**), “es nulo aunque intervenga juramento, por ser contra buenas costumbres, como que se trata de herencia de persona que aun vive, y abre puerta para delinquir...: **bien es verdad, que asintiendo el padre valdrá el citado pacto**, como permanezca en su voluntad hasta que muera...” = “la *convención de dividir la herencia futura de alguno es lícita quando se hace sin respeto a cierta y determinada persona*: como si se contraxese sociedad de comunicarse recíproca-

(40) V. en NOLASCO, P.: *op. cit.*, pp. 93 a 103 [cursivas mías: J. C. G.].

mente los bienes que heredasen de qualquiera en general; porque en este caso cesa la causa de la prohibición (eod. n. vers. *Limita tamen*)...”

— En S. DE LLAMAS. El comentario del autor a la L. 22 lo desenvuelve en 209 notas, con una abundancia de distingos, argumentos y contra-argumentos de gran prolijidad, en los que aquí, obviamente, no cabe entrar.

Lo más relevante —salta a la vista— es la **exclusión** deliberada de toda referencia al término “**pacto sucesorio**” que empleara P. NOLASCO sesenta y pocos años antes. Quizá la razón oculta o solapada de ello es que, en ese breve intervalo temporal, han sucedido dos eventos transcendentales: *de un lado*, la Revolución Francesa [y el Code de 1804], y, *de otro lado*, la publicación del Proyecto de CC de 1851 de F. GARCÍA GOYENA.

Sin embargo de todo ello, aquí la inclusión del comentario de S. DE LLAMAS es en orden a esa L. 22 de Toro. De entre su exhaustivo análisis se desprende: en primer lugar [N.2], la distinción de dos partes en dicha ley, “A saber: la obligación que contraen los ascendientes por el pacto de no mejorar a ninguno de sus descendientes, y la que contraen los mismos por el pacto de mejoría á alguno de los hijos”.

De la *promesa de no mejorar* se ocupa en las NN. 3 a 142.

De la *promesa de mejorar* trata en las NN. 143 a 209 (41).

Parece, a mi juicio, que toda esta detenida, interesantísima, exégesis nada tiene que ver con nuestro tema de investigación.

3. La figura de la *mejora* y los pactos sucesorios.

Antes de proceder a otro corte secuencial **temporal** en nuestra investigación quiero precisar que, en mi opinión, todo lo relativo a la figura de la **mejora** —objeto ya de regulación por las precitadas LEYES DE TORO— tiene perfiles o vectores que se entrecruzan con el gran tema de los **pactos sucesorios**, pero que en esencia —*in radice*— no tiene que ver con nuestro tema de investigación. Por todo lo cual, a pesar de la indudable *relevancia* de las aportaciones de los maestros y tratadistas actuales de los que aquí hago expresa mención, parece procedente el que tan sólo deba incluir aquí una alusión incidental (42).

(41) V. en DE LLAMAS, S.: *op. cit.*, pp. 191 a 213.

(42) Como supuesto prototípico de “sucesión contractual” incluye la doctrina española el de la **mejora contractual irrevocable ex artículo 827 CC** [junto con la **promesa de mejorar del art. 826 CC**]. Sobre el tema, en profundidad, la excelente obra del profesor Dr. F. de P. BLASCO GASCÓ: *La mejora irrevocable (Análisis de la mejora ordenada por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero)*, Impr. de Gráficas Guada-PM, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, en especial capítulo cuarto y epígrafe XIII, pp. 87 y ss., y 202 y ss.

— Recientemente, sobre el tema específico de la mejora, véase:

• VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra: *La mejora en el Código Civil español (prólogo del profesor Dr. Antonio Román García)*, Ed. Dykinson, SL, Madrid, 2003.

• HIDALGO GARCÍA, Santiago: “Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aporta-

4. El siglo XVIII desde la Valencia *foral*.

Mirando la perspectiva del siglo XVIII *desde la Valencia foral*, desde el cruce de culturas jurídicas consiguiente a la implantación del Derecho castellano en el viejo Reino, y *en orden a la específica incidencia de todo ello sobre nuestro tema de investigación*, procede señalar en este lugar el importante trabajo del profesor Dr. Pascual MARZAL RODRÍGUEZ, historiador del derecho valenciano, aquí de referencia obligada (43), y del que cabe seleccionar lo que sigue:

“La sucesión contractual

La delación hereditaria contractual se articuló históricamente a través de pactos sucesorios,—...=

Esta forma de suceder en los bienes de una persona fue rechazada en el derecho romano clásico por varias razones. En primer lugar, porque limitaba la libertad de testar e iba en contra del carácter revocable del testamento. En segundo lugar, porque atentaba contra la concepción básica del sistema hereditario romano, para el que la sucesión se concebía como un *subentrar* en la persona del causante; hecho que no podía producirse si el *de cuius* estaba vivo. A pesar de ello, parece que se impuso en la práctica sucesoria y ya fue regulada, de forma indirecta, en algunas normas del derecho romano posclásico y justiniano. Su uso por las clases altas de la sociedad, y su admisión cuando las realizaban determinadas personas —el *milites*, el padre entre hijos, o *ad pias causas*—, fueron minando la rigidez de los principios jurídicos hereditarios, dando paso al llamamiento sucesorio contractual.

—...=...=

La sucesión contractual se encuentra escasamente regulada en los *Furs*, y sólo algunas normas aisladas, relativas a donaciones, tocan aspectos puntuales de estos llamamientos contractuales. **La práctica notarial demuestra su uso en la Valencia del seiscientos**, sobre todo, entre las clases altas de la sociedad —nobleza, ciuda-

ción al estudio de los arts. 825 y 828 del CC)”, en el libro *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, op. cit.*, en el tomo IV (DERECHO DE SUCESIONES), Madrid, 2003, pp. 5305-5318.

— Una extraordinaria ampliación del *tema específico* aludido y del *tema genérico* en orden a **la mejora**, en ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La mejora*, Impr. de J. SAN JOSÉ, SA, Ed. del “Servicio de Estudios del Colegio de Registradores” [Fundación “Beneficentia et Peritia Iuris”], Madrid, 2003. Obra monumental e imprescindible: v. en especial, el *capítulo IX* (La promesa de mejorar o no mejorar), en pp. 261 y ss., y el *capítulo X* (Revocabilidad e irrevocabilidad de la mejora), pp. 287 y ss. y 312 y ss.

Una anticipación de *parte de esa magna obra* pudo detectarse en su importante DISCURSO leído el día 18 de noviembre de 2002 como presidente de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, en la Sección Inaugural del curso Académico 2002-2003, *titulado* “La revocación de la donación mejora”: v. en Publicaciones de la RAJL, Impr. de Gráficas San Marcos, SL, Ed. de la RAJL, Madrid, 2002, en especial pp. 15 y ss., 19 y ss. y 29 y ss.

(43) V. MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual: *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Impr. de Guada Litografía, SL, Ed. Universitat de València, Servei de Publicacions, Sèrie Història.— I, Valencia, 1998.

danos, etc.--. Los diferentes aspectos de esta sucesión se establecen en donaciones *propter nuptias* aisladas, o que forman parte de contratos o capitulaciones matrimoniales pactadas por las familias, cuando alguno de sus miembros se desposa. De ellas es posible extraer algunas *líneas generales*, que coinciden con la división realizada por Bartolo.

Pactos de *non succedendo*

Consisten en la renuncia que uno de los contratantes realiza de un derecho hereditario legal. Esta renuncia la efectúa, normalmente, la hija que ha sido dotada para contraer matrimonio. Su alcance se extiende a los derechos que en la futura herencia pudieran corresponderle por legítima o cualquier otro derecho hereditario, en los patrimonios tanto del padre como de la madre.

.-...=,.,=

En el derecho foral valenciano, *la situación jurídica de la hija dotada, respecto de la renuncia a su futura sucesión*, no planteó los problemas de justificación que tuvo que resolver la doctrina de derecho común. Desde que se reconoció la libertad de testar y, por tanto, la libertad de privar a los hijos de sus derechos hereditarios, fue irrelevante que la hija prestara o no su consentimiento, o jurara o renunciara a la futura herencia del padre. Era éste quien tenía la titularidad de sus bienes y podía disponer de ellos a su antojo, con los gravámenes y cargas que considerara oportunos. Se reconocía al padre la facultad de entregar a su hija cualquier cantidad por dote y privarle de los demás derechos hereditarios. El único requisito que exigía la doctrina era que esta privación se efectuara de forma expresa, del mismo modo que se realizaban las privaciones de legítima en los testamentos. Por ello, en la práctica contractual no era necesario que la hija prestara el juramento de no impugnar el testamento de sus padres.

Pactos de *adquirenda haereditate*

Son aquellos acuerdos en los que el disponente se compromete a entregar todos, o una parte de sus bienes, a un determinado beneficiario. Adquieren eficacia tras la muerte del contratante y llevan implícito un llamamiento hereditario que, por la fuerza obligacional de un contrato, debe cumplirse; además su carácter bilateral los hacía irrevocables.-...=

En la Valencia foral, *los pactos de non succedendo suelen recaer en la familia de la mujer, mientras los de acquirenda haereditate son habituales en la del esposo*. En la práctica notarial se plasman como donaciones universales con efectos tras la muerte del donante –*donationes reservato usufructo*–. **Constituyen la otra cara del sistema económico matrimonial valenciano**. En este sistema, las aportaciones económicas de la esposa son de presente, se estipula una dote y los bienes que la constituirán –casas, tierras, censales y, por lo general, una cantidad en efectivo– se entregan, si no todos, una parte, al perfeccionarse la unión conyugal. Por el contrario, el esposo no suele entregar cantidad alguna en el momento de contraer matrimonio. Su contribución es de futuro, cuando se disuelva el matrimonio, y se centrará en la restitución de la dote que se le constituyó, y el pago del *creix* por la virginidad de la esposa. Junto a ellas aparecen las donaciones con eficacia *post mortem*, que la familia del esposo constituye a favor de éste o de la descendencia que nazca del matrimonio. Los primeros *Furs* negaban su validez, siempre que esta donación impidiera al resto de hermanos heredar por entero su legítima, aunque posteriormente la libertad de testar dejaría sin efecto esta limitación.

Como la entrega de bienes que realiza el donante suele ser universal, la efec-

túa con eficacia *post mortem*, pues, de este modo, se asegura su subsistencia, usufructuando las rentas del patrimonio donado. Del mismo modo que el resto de donaciones *inter vivos*, tienen carácter irrevocable. —...=

A pesar de pactarse su irrevocabilidad, no queda claro si serían de aplicación a estas donaciones las disposiciones forales que regulaban los supuestos de revocación de las donaciones *inter vivos*. En los *Furs* se reconocía que estas donaciones podían revocarse por venir el donador a pobreza, por ingratitud del donatario con el donador, o premuerte de aquél, salvo que la donación se hubiera efectuado, en este caso, en favor de la descendencia del donatario, pues entonces pertenecerían a éstos los bienes donados. El carácter irrevocable de la donación impide al donador disponer de estos bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Para evitar esta situación, el dotador se reserva la posibilidad de disponer de una determinada cantidad por el bien de su alma o de cualquier otro fin: “reservant-se la facultat per a dispondre de aquells en cantitat de mil lliures per la sua ànima [...] y així mateix de poder imposar en los dits béns en última voluntat los pactes, vincles y condicions que li pareixerà...”.

Heredamiento en favor de hijos

Las donaciones *propter nuptias*, además de las circunstancias anteriores, renuncia de futura sucesión, o donación con eficacia *post mortem*, suelen incorporar un *gravamen a favor de un tercero, no participante* en el contrato matrimonial. Se trata de los hijos que previsiblemente deben nacer de la unión conyugal, y que son, en último término, los beneficiarios tanto de la dote como de las donaciones *propter nuptias* del esposo. Las capitulaciones matrimoniales en este sentido son numerosas, valga como ejemplo ésta; «los béns que lo dit... [esposo] posseix et in eventum possehirà així lliures como vinculats hajen de ser y sien per a els fills del present matrimoni...».

Este *gravamen de restitución puede revestir diferentes modalidades* y puede constituirse en el mismo contrato matrimonial, o permitir que el donatario la constituya en otro acto posterior —testamento, donación—. Lo usual es que la restitución comprenda sólo el deber de distribuir la donación en actos *inter vivos* o *mortis causa* entre los hijos, en las porciones y con los pactos que considere oportunos su padre.”

[LA NUEVA PLANTA]

—...=...=

Esta norma facilitó la introducción de las leyes castellanas en el ámbito del derecho privado, pero no pudo acabar con los numerosos problemas generados por un cambio de legislación tan drástico. Sobre todo, desde el momento en que *esta disposición no fue acompañada por una legislación posterior, que llevara a cabo la transición del derecho privado valenciano al castellano*. Ante esta indefinición correspondería a los jueces asumir la tarea de delimitar el alcance y validez del derecho valenciano, al resolver las cuestiones concretas que se irían planteando en los pleitos que ante ellos se interponían. Pero esta solución originaría, a su vez, un problema añadido: la ausencia de criterios homogéneos o generales que sirvieran para dirimir estos conflictos.

La validez de las disposiciones *mortis causa* ante el nuevo derecho.

Una de las cuestiones jurídicas más importantes suscitadas en la Nueva Planta fue la discusión planteada sobre la validez jurídica de los testamentos y otras

disposiciones de última voluntad, dispuestas antes de la abolición de los *Furs*. El miedo a la nulidad de aquellas disposiciones fue real, y los problemas jurídicos que su validez plantearon, también, sobre todo, cuando las personas que los realizaron vivieron el cambio, esto es, cuando los testadores sobrevivieron al 29 de junio de 1707 y hubieran podido acomodar sus disposiciones al nuevo derecho. Así se decía en un pleito incoado en 1709 sobre la nulidad de un testamento, dispuesto el 8 de febrero de 1707. El demandante, hijo del testador, reclamaba el suplemento de su legítima, porque había sido desheredado y le habían sido entregadas diez libras, según permitían las leyes forales...

.-...=

Este problema tuvo tanta trascendencia en la sociedad valenciana posforal que llegó a exponerse en el memorial presentado a Felipe V en 1719, como una de las razones que justificaban la devolución de los *Furs*.-... En este escrito presentado al monarca,-...=

.-...=...=

Por todo ello, no es de extrañar que, en el ámbito privado, algunos testadores temieran la nulidad de sus disposiciones de última voluntad, realizadas al amparo de la legislación foral. Lo que explicaría la existencia de supuestos en los que aquellos disponentes intentaron acomodar su voluntad a la ley castellana, por medio de diferentes vías jurídicas: realizando nuevos testamentos, modificando los anteriores o, simplemente, ratificándose en su contenido.

.-...=...=

.-...= Esto demuestra que se generalizó la idea de que aquellos testamentos mantenían su fuerza y vigor, a pesar del cambio legislativo sufrido. Esta validez se sustentaba jurídicamente en la propia legislación castellana. De estas leyes se derivaba una consecuencia inmediata: los actos jurídicos debían regirse por la ley que estaba vigente en el momento de su redacción, aunque posteriormente se aprobara otra norma que regulara el mismo punto de forma diferente. Así lo establecía la ley 200 de *Estilo* expresamente para el caso de los testamentos" (44).

• Unas reflexiones finales

Alcanzado el umbral del siglo XIX y contemplado en perspectiva todo este largo período histórico comprensivo de distintas *fases o ciclos* y de varios siglos [desde el siglo XVI al siglo XIX], parece, a mi juicio, conveniente el efectuar un compendio o resumen de este específico largo período histórico en el sentido que sigue:

1.º La formulación de la regla o proverbio jurídico "**viventis non datur hereditas**" parece haber sido efectuada en el denominado "**Derecho Intermedio**" –en concreto, la encontramos por vez primera en

(44) V. MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual: *El derecho de sucesiones en la Valencia foral...*, op. cit., en especial pp. 150 a 155 y 172 a 175 (cursivas mías: J. C. G.).

los textos de CIRIACO y de TORRE (a. 1664/1694) aquí presentados– y producida como una generalización de algunos supuestos procedentes de soluciones dictadas por los juristas romanos que, en otros supuestos muy concretos, habían sido adoptadas por los glosadores y comentaristas.

2.º La elaboración dogmática efectuada por los doctores del “*ius commune*” –en cuanto a la incidencia sobre nuestro tema– fue muy complicada, al tener que desvincularse de las prohibiciones [concretas] de los viejos principios de los juristas romanos y que adaptarse al derecho de la Iglesia [pactos confirmados *con* juramento], derecho más dúctil, vivo y palpitante (45).

El pretender que las categorías jurídicas utilizadas (en la citada elaboración dogmática) por los juristas del “derecho común” sean *idénticas* a las categorías jurídicas hoy habituales entre nosotros es uno de los grandes errores de los juristas modernos, error ya denunciado en su día por E. BUSSI (46).

3.º Como consecuencia, aparece demostrado –ya desde E. BUSSI– que la evolución de los dogmas jurídicos no es ni simple ni lineal, sino más bien tortuosa y complicada (47).

4.º Ese especial proceso de transformación de los viejos elementos y principios del “derecho común”, decantados posteriormente por la influencia del “iusnaturalismo” lleva, como ya indicara F. CALASSO,

(45) En este sentido, BUSSI, E.: *La formazione dei dogmi...*, op. cit., volumen XXVII BIS (“Contratti, Successioni, Diritto di Famiglia”, p. 124: donde explícitamente indica que la citada elaboración dogmática efectuada por los doctores facilitaba la evolución de la norma jurídica, puesto que “la observancia de los viejos principios romanos representaba el obsequio a un sistema sobrepasado, que obstaculizaba, más que facilitaba, la evolución de la norma jurídica”).

(46) Así, en BUSSI, E.: op. cit., pp. 166-167, donde alude a la enorme influencia de las *ideas canonísticas* en el Derecho común, todas ellas inspiradas en la observancia de la “Christiana honestas” en la tierra y en la salvación del alma en la vida futura. Cita así la decisión de la Rota Romana [RRR, De. CLXXI. 10 noviembre 1636, n. 5] en orden a que “*Moriens non praesumitur immemor salutis aeternae*”, y observa que de dicha *presunción* extrae consecuencias prácticas [pago de legados, etc.] totalmente contrarias a los conceptos romanísticos y nuestros de hoy en día.

(47) V. en tal sentido BUSSI, E.: op. cit., pp. 166-167. Dice expresivamente –en relación con el tema del *testamento*– que:

“... cada uno de los argumentos se interfiere sucesivamente y se entrecruzan unos con otros de manera que es imposible pretender el poder deducir la verdadera importancia jurídica si no se estudia la *íntima correlación de los mismos*. Pero *ésta*, a su vez, no puede ser descubierta donde los argumentos mismos no vengán estudiados *contemporáneamente*, teniendo ante todo bien presente que los mismos están ligados por una insuprimible unidad y nada distintos en aquellos esquemas escolásticos creados para mera comodidad de nuestro espíritu, amante del orden y de la armonía.”

a su solidificación o “sublimación”: esta sublimación es *el concepto* (48). De éste al *dogma* hay un breve paso.

5.º Como el Derecho es Historia, parece sensato el considerar –con J. PUIG BRUTAU– que “el lastre del pasado será tanto más ligero si se adopta ante el Derecho una actitud realista y se trata de ver qué consecuencias prácticas resultan de fórmulas diferentes” (49).

6.º El siglo XVIII aparece marcado por las líneas básicas indicadas por F. DE CASTRO y, dentro de tal contexto, lo relevante es la emergencia del Derecho Real y la aparición –tardía– en 1771 de la primera obra jurídica en lengua española sobre el derecho civil español.

7.º Los “nuevos” comentarios a las LEYES DE TORO que aparecen (ya en lengua española) a finales del siglo XVIII, con sus “adiciones” y notas a A. GÓMEZ, siguen conservando la denominación, las distinciones y las consecuencias prácticas de los diferentes supuestos de “pactos sucesorios” (50). Tampoco en estas obras del s. XVIII aparece ni una sola vez la máxima [**viventis non datur hereditas**] objeto de nuestro análisis.

(48) V. CALASSO, Francesco: *Il negozio giuridico...*, op. cit., pp. 341 y ss., en especial 344-345 y n. 41: allí, la imagen del *cristal* y los “gérmenes del cristal” que se van solidificando.

(49) V. PUIG BRUTAU, José: *Prólogo* a L. J. LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, Ed. de Bosch, Casa Editorial, Impr. Clarasó, Barcelona, 1954, p. 13 y n. 12. Dice allí el desaparecido autor español que:

“*Cómo fórmula mental el Derecho* no tiene naturaleza sino que tiene todo lo opuesto: *tiene historia*. Pero con la particularidad de que *ésta*, en lugar de quedar arraigada en el pasado, *avanza hasta el presente para hacernos ver la realidad actual a través de conceptos forjados como resultado de circunstancias pretéritas...*” [la cita de T. ASCARELLI alude a que “no hay mejor remedio para combatir un dogmatismo jurídico que, simplemente, el estudio de otro dogmatismo”] (cursivas mías: J. C. G.).

(50) El contraste con los posteriores “comentarios” de S. DE LLAMAS, pocos años después [ya mediado el s. XIX], no puede ser más evidente.

**LA SEGURIDAD JURÍDICA
PREVENTIVA Y LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS: UNA APROXIMACIÓN
A LA LEY 24/2005, DE 18 DE NOVIEMBRE,
DE REFORMAS PARA EL IMPULSO
A LA PRODUCTIVIDAD**

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario.

*Letrado Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ANÁLISIS DE LA LEY 24/2005, DE 18 DE NOVIEMBRE. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DEL IMPULSO A LA TRAMITACIÓN TELEMÁTICA Y DEL ACCESO TELEMÁTICO A LOS REGISTROS. **A)** Introducción. **B)** Impulso a la tramitación telemática. **a)** Artículo 106 de la Ley 24/2001. **b)** Artículo 107. *Implantación obligatoria de sistemas telemáticos.* **c)** Artículo 108. *Adecuación a los principios rectores de la firma electrónica.* **d)** Artículo 109. *Régimen especial de la firma electrónica de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.* **e)** Artículo 112. *Presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles.* **f)** *Acceso telemático a los Registros.* **III.** OTRAS CUESTIONES DE LA REFORMA. **IV.** CONCLUSIÓN.

I. Introducción

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, entre otras modificaciones en el campo de la seguridad jurídica preventiva, estableció en los artículos 106 y siguiente lo relativo a la incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

En efecto, esta Ley supone el punto de partida de una clara apuesta del Estado para que las nuevas tecnologías sean una realidad en un campo tan importante en la seguridad del tráfico jurídico civil y mercantil. Además dicha legislación es pionera en toda Europa, ya que no se limita a algunos breves retoques de la legislación existente, sino que muy al contrario establece una serie de principios rectores en campos como los de la firma electrónica de notarios y registradores, su obtención, la utilización de ésta en las comunicaciones y notificaciones entre notarios, notarios y registradores, notarios y órganos jurisdiccionales y notarios con Administraciones Públicas.

Asimismo se contemplan en la citada Ley aplicaciones prácticas e inmediatas, como las relativas a los contratos a distancia, el acceso telemático de los documentos públicos a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, la constatación fehaciente de hechos en soporte informático y un largo etcétera.

Aquella Ley, pilar esencial en el campo de las nuevas tecnologías, quedó en alguna medida limitada en cuanto a su eficacia en la mayoría de las ocasiones por la falta de puesta en práctica y por la resistencia de algún colectivo profesional a su aplicación.

Una de las cuestiones más difíciles en cuanto a la puesta en práctica fueron las relativas al acceso telemático de los documentos públicos notariales a los Registros de la Propiedad y Mercantiles. Para ello hubo que dictar, entre otras, la instrucción de 18 de marzo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con relación al artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En definitiva, una de las cuestiones de mayor urgencia era la interoperabilidad de los sistemas telemáticos de emisión, transmisión, comunicación y recepción de información de los notarios y de los registradores en el marco de las comunicaciones entre los mismos y muy especialmente en la remisión de los títulos públicos a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, a los efectos de su presentación en los mismos por vía telemática, para así conseguir el mismo resultado que ocurría con la presentación física o por correo de los mismos.

También es de destacar en este proceso la instrucción de 13 de junio de 2003 sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles mediante procedimientos telemáticos.

A todo ello hay que añadir el procedimiento establecido en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, en la que se consigue una agilización en la tramitación de esta sociedad limitada nueva empresa, con la utilización de procedimientos telemáticos. En este proceso están implicados todo un conjunto de Administraciones conectadas a través del denominado sistema de transmisión telemática CIRCE, y donde en uno de los muchos procesos que integran la tramitación global se encuentra el de la remisión por vía telemática de la copia autorizada electrónica de la escritura de constitución al Registro Mercantil. Este mecanismo de la sociedad limitada nueva empresa ha sido considerado de manera muy efectiva por la Comisión Europea, donde en una comunicación del 11 de febrero de 2003 se cita este ejemplo y a España en concreto, como buena práctica en la agilización de la constitución de sociedades, en el mundo de la pequeña y mediana empresa, que trae como consecuencia lo que se había planteado ya en la denominada estrategia de Lisboa.

El objetivo de este trabajo es el análisis de la reforma operada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, que profundiza, en algunos casos reforma y en otros abre nuevos campos a la aplicación de las nuevas tecnologías a la seguridad jurídica preventiva. Por todo ello será imprescindible en muchos momentos el hacer referencia a la Ley 24/2001, que supone el auténtico punto de partida de este apasionante proceso de introducir las nuevas tecnologías en el ordenamiento jurídico, pero sin disminuir un ápice el principio de seguridad jurídica.

II. Análisis de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre.

Consideración específica del impulso a la tramitación telemática y del acceso telemático a los Registros

A) Introducción.

Como indica la exposición de motivos de la Ley 24 de la materia que nos ocupa, “en lo relativo a la fe pública, o a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, se introducen diferentes reformas que tienen por finalidad esencial acomodar el mismo a las exigencias de una economía moderna, con especial incidencia en su agilidad y utilización efectiva de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas... Asimismo, se hace imprescindible adoptar las reformas precisas para que sea posible la presentación telemática de documentos en los Registros de la Propiedad, Mer-

cantiles y de Bienes Muebles, pues la actual situación de la tecnología ampara dicha posibilidad... Debe hacerse especial mención a la posibilidad de que se pueda obtener publicidad formal de modo telemático, permitiendo que los ciudadanos puedan solicitar de modo real y efectivo dicho tipo de publicidad, lo que les permitirá conocer de modo más ágil y rápido el contenido de los registros. Cabe añadir que, igualmente, y como medida de eficiencia administrativa, se permite que los funcionarios, empleados públicos y autoridad judicial puedan acceder al contenido de los libros del registro sin intermediación del registrador, cuando del ejercicio de su función pública se trata, lo que resulta un adecuado corolario de la presunción de interés en el conocimiento de dichos libros del que gozan dichos funcionarios, empleados públicos y autoridad judicial...”

B) Impulso a la tramitación telemática.

a) *Artículo 106 de la Ley 24/2001.*

La Ley 24/2005 modifica el artículo 106 de la Ley 24/2001. La reforma de este artículo 106 se basa por una parte en especificar la denominación de firma electrónica reconocida, para adaptarla a la Ley de firma electrónica, que utiliza esta denominación, para la denominada firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, y con un dispositivo seguro de creación de firma. En definitiva, se dice lo mismo que antes en cuanto que la sección tiene por objeto regular la atribución y uso de firma electrónica reconocida por parte de notarios y registradores en el ejercicio de su función pública.

Se añade un nuevo apartado 2, que tiene una función descriptiva, y que se deduce claramente de los propios artículos 107 y siguientes de la Ley 24/2001. Este apartado 2.º recuerda con carácter genérico que lo que se quiere regular de una manera específica son los sistemas de emisión, transmisión, comunicación y recepción de información entre notarios y registradores, así como el resto de los documentos que de conformidad con lo dispuesto en su legislación específica puedan ser objeto de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

En definitiva, se quiere poner una especial atención a uno de los apartados que más problemas dieron a la hora de aplicar la Ley 24/2001, la presentación y en su caso inscripción de los títulos públicos en los citados Registros.

b) *Artículo 107. Implantación obligatoria de sistemas telemáticos.*

Este artículo sufre alguna modificación con respecto al texto de la Ley 24/2001, sobre todo en lo relativo a un nuevo apartado 2, que quiere

aclarar cuáles quieren ser los requisitos de carácter general y las características técnicas de los sistemas de información de los notarios y de los registradores.

El apartado 1 permanece inalterado, parte del principio general de que los notarios y registradores dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información.

El apartado 2 es de nueva redacción, intenta fijar la necesidad de que tanto el Colegio de Registradores como el Consejo General del Notariado deben disponer de redes privadas telemáticas para garantizar una interconexión segura entre ambas, siendo gestionadas por las respectivas organizaciones corporativas. No basta sólo la existencia de estas redes privadas telemáticas, sino que también se impone como lógica la obligación de que los notarios y registradores están obligados a integrarse en sus respectivas redes telemáticas.

Se establece con rango de ley lo que ya se indicaba en la instrucción de 13 de marzo de 1998. Por una parte, debe conectarse entre las oficinas públicas registrales entre sí y éstas con los sistemas de información corporativos de su organización corporativa. Desde el punto de vista notarial, se debe permitir la interconexión de las oficinas públicas notariales entre sí con sus sistemas de información corporativos.

En definitiva, un entramado de conexiones en una red privada telemática que con seguridad permita un circuito de conexiones entre las oficinas notariales y entre éstas con sus sistemas de información corporativos, y de otra parte el de la conexión de las oficinas públicas registrales con sus sistemas de información corporativos. Ello permitirá crear un buen sistema organizativo, preparado para cuando sea necesario conexionar los sistemas de información corporativos notariales y registrales.

El apartado 3 es en parte el apartado 2 de la anterior redacción del 107, ya que se indica que la Dirección General de los Registros y del Notariado va a determinar las características que hayan de reunir estos sistemas, teniendo en cuenta las necesidades de actualización en un campo tan cambiante como las nuevas tecnologías y estableciendo sistemas de seguridad que impidan el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información.

Como añadido a lo ya existente, se indica, como no podía ser de otra manera, que la Dirección General tiene la competencia para la inspección y el control de los sistemas de información corporativos, tanto del Consejo como del Colegio de Registradores, y ello es consecuencia de que en el apartado 2 de este artículo se habla de los sistemas de información corporativos. La Dirección General podrá organizar este control e inspección a través de órganos técnicos, y por medio de instrucciones ordenar a las

organizaciones corporativas, para que éstas en todo momento adopten las medidas precisas para el funcionamiento del sistema en general.

c) Artículo 108. Adecuación a los principios rectores de la firma electrónica.

En lo relativo a la adecuación a los principios rectores de la firma electrónica, la reforma que la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, opera sobre este artículo contemplado en la Ley 24/2001, es de carácter sustancial y muy importante.

El apartado 1 tiene una redacción muy similar al contenido del artículo 108 de la Ley 24/2001, en el sentido de adaptar la normativa vigente sobre firma electrónica, en el sentido de que la prestación de servicios de certificación se hará de conformidad con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, sustituyéndose pues la referencia que se hacía al ya derogado Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

Tiene especial importancia el nuevo apartado 2 que se introduce en el artículo 108 y que trae relación con la nueva redacción que ya vimos anteriormente del artículo 107, teniendo en cuenta la existencia de redes privadas telemáticas de las dos corporaciones y de su conexión con los sistemas de información corporativos correspondientes.

La importancia de la introducción de este apartado 2 es que se eleva a rango de ley gran parte de la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2003, que establecía el procedimiento para determinar la interoperabilidad de los sistemas telemáticos de emisión, transmisión, comunicación y recepción de información de los notarios y de los registradores en el marco de las comunicaciones entre los mismos y, muy especialmente, en la remisión de los títulos públicos a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, a los efectos de su presentación en los mismos por vía telemática.

En este sentido se orienta el apartado 2, teniendo como punto de partida cuál va a ser ese sistema de interoperabilidad y de conexión.

Lo que se pretende y se consigue es que, cuando se trata de intercambiar flujos de información por vía telemática, se hace preciso racionalizar y simplificar la relación entre los diversos sujetos activos de dicho intercambio, máxime cuando dicho flujo va a ser frecuente e intenso. En definitiva, se ha buscado un sistema que, respetando las especialidades de las funciones de notarios y registradores, dote de la mayor eficacia posible a dicho intercambio de información. En definitiva, dada la previsibilidad por el avance de la técnica y de las modificaciones que puedan adoptarse en el sistema, se producen o puedan producirse cambios, es obvio que el medio

de relación debe ser de nodo central del Consejo General del Notariado a nodo central del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, simplificando claramente cualquier mínima modificación que deba hacerse. De otro modo, cualquier mínima innovación o modificación, fuera por motivos técnicos o de otra índole, ocasionaría que se tuvieran que adaptar los medios informáticos de miles de notarios y de registradores, a título singular, con la lógica ineficiencia del sistema. En idéntico sentido, cualquier mínima disfunción en los equipos utilizados por dichos funcionarios ocasionaría idénticos perjuicios para los ciudadanos, que son los que, en definitiva, se constituyen en usuarios del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Asimismo deberán utilizarse las nuevas tecnologías para aplicar el mecanismo de sellado de tiempo, sobre todo especialmente desde el punto de vista registral para el adecuado cumplimiento del principio de prioridad, a los efectos también de guardar certeza del momento de la revisión, estableciéndose sistemas horarios homogéneos.

Por otra parte, será necesario la aplicación de este mecanismo de sellado de tiempo en el momento del acceso efectivo del documento en los registros.

Por ello, este apartado 2 indica con claridad que tanto la emisión, transmisión, comunicación y recepción de la información que permita la presentación de títulos notariales en los diferentes registros, así como el envío de notificaciones, calificaciones y comunicaciones que estos registros dirijan a los notarios se realizará mediante los sistemas de información corporativos de cada organización y que estén debidamente conectados.

Otra de las cuestiones importantes es la de la comprobación de la vigencia de los certificados de firma electrónica, en esas comunicaciones que realicen entre notarios y registradores, y la verificación de que el certificado no está revocado. Por ello se establece en la norma que ambas corporaciones deben garantizar a todos los prestadores de servicios de certificación, incluido por supuesto las dos corporaciones, que por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, son prestadores de servicios de certificación la condición de registrador o notario activo al tiempo de la firma de la calificación o comunicación notificada o del instrumento público remitido, la vigencia, revocación y suspensión del certificado electrónico, a través de la herramienta de un directorio actualizado, con la posibilidad de su consulta de manera rápida y segura.

En este punto quisiera indicar y así lo hacía la instrucción citada de 18 de marzo de 2003, y creo que con mayores argumentos en la redacción de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que la comprobación, por ejemplo a los efectos del título público remitido, lo es del notario que expide la copia electrónica, porque ya la propia Ley 24/2001 exigía en nues-

tra opinión que el notario remitente de la copia sea el mismo que expida ésta. Así se pone de manifiesto por la utilización, en el artículo 17 bis, apartado 3.º, de la Ley del Notariado, de la expresión “podrán expedirse y remitirse electrónicamente”, ya que la finalidad de la Ley, por motivos de seguridad y agilidad y eficiencia del sistema, exige que se trate del mismo notario. En este sentido creo se orienta también el nuevo apartado 2, párrafo 2.º, del artículo 108, de la Ley 24/2001, ya que habla de “la condición de registrador o notario en activo al tiempo de la firma de la calificación o comunicación notificada o del instrumento público remitido”. Con ello creo que se despeja cualquier duda que algunos pudieran tener, estableciendo un sistema similar al de la copia en soporte papel donde el registrador comprueba que dicha copia autorizada reúne las exigencias formales de la legislación notarial y, entre ellas, que cuenta con el signo, firma, rúbrica y sello del notario. En el campo del soporte electrónico, al registrador le bastará respecto a la copia autorizada electrónica el comprobar, a través del directorio correspondiente, que, en el momento de expedición de la copia auténtica electrónica, el notario firmante de tal copia tenía vigente su certificado de firma electrónica reconocida.

Como indicamos anteriormente, se exige la aplicación del mecanismo de sellado de tiempo, por ambas organizaciones corporativas, en lo relativo al envío y recepción de la información que se practique, en los términos que reglamentariamente se establezca. Como ya indicamos, es un elemento esencial a los efectos de guardar certeza del momento de la remisión de una comunicación y de la misma manera en el supuesto de la recepción. Es necesario disponer de sistemas horarios homogéneos y a tal efecto se sincronizan los respectivos sistemas de sellado de tiempo, tanto del Consejo General del Notariado como del Colegio de Registradores, con la señal horaria del Real Instituto y Observatorio de la Armada, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 1308/1992, de 23 de octubre.

En relación al sellado de tiempo, se exige en la norma que el Colegio de Registradores, en relación a la salvaguarda y cumplimiento de prioridad registral, deberá establecer en cada Registro una sola fuente de sellado de tiempo, sincronizada para los títulos que puedan causar inscripción por esta vía telemática, garantizándose que estos títulos presentados telemáticamente, con independencia de su origen, se asienten correlativamente, con expresión de unidad de tiempo precisa a tal fin.

En definitiva, se quiere utilizar y desarrollar de la manera más adecuada estas nuevas tecnologías, en el sentido que los diversos títulos que lleguen al Registro por vía telemática, que pueden venir de distintos lugares, entren por un mismo conducto, que es el que organiza dicha entrada, y ello con un sellado de tiempo que con una gran precisión va a saber perfectamente diferenciar las unidades de tiempo en que se presentan estos

títulos en el Registro correspondiente, y además yo diría que con una precisión mucho mayor que los que puedan presentarse físicamente, que en muchos casos la prioridad ganada puede depender de las facultades físicas de un presentante del documento con respecto a otro.

Como es lógico, la Ley quedaría descabalada si no se exigiera de forma clara que tanto una como otra corporación, aunque actúen con autonomía y respeto de los sistemas empleados, deberán colaborar para que funcione el sistema, estando por tanto obligados sus miembros, notarios y registradores, para que exista una unificación técnica por medio de medidas internas.

Ello quedaría un poco en el aire si el centro directivo no tuviera nada que decir al respecto. Por ello, el propio apartado 2, en su párrafo 6.º, establece con claridad que el propio centro directivo tiene la misión de realizar la inspección y control de todo lo indicado en el apartado 2.º, especialmente los requisitos que han de cumplir las redes telemáticas en lo relativo a su examen y verificación técnica, los sistemas de acreditación y verificación de la vigencia de los certificados electrónicos y de los sistemas de sellado de tiempo.

Por último, el párrafo final del apartado 2 de este artículo 108 vuelve a insistir en un tema ya comentado por nosotros, que es el relativo a los avances tecnológicos que pueden ir cambiando de manera muy acelerada, por lo que en su caso podían modificarse las obligaciones relativas a la emisión, transmisión, etc., de información mediante los sistemas de información corporativo, ampliándolo a otros sistemas de información, pero siempre y en todo caso estos sistemas de información nuevos deberán cumplir con las mismas características que determine el centro directivo para los sistemas de información del Consejo y del Colegio de Registradores, características previstas en el artículo 107.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

d) Artículo 109. Régimen especial de la firma electrónica de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

Este artículo tiene una escasa modificación en cuanto a la letra a) del apartado 1, en el sentido de que el certificado reconocido a los efectos de la firma electrónica de notarios y registradores, emitido por un prestador de servicios de certificación acreditada, lo sea de conformidad con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y no con la referencia que se hacía anteriormente del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, ya que se encuentra derogado por la ley citada anteriormente.

e) Artículo 112. Presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles.

No cabe la menor duda que uno de los artículos de más calado en la Ley 24/2001 es el 112, por la significación de una efectiva puesta en práctica de la utilización de las nuevas tecnologías en el campo de la seguridad jurídica preventiva, es la presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, con los mismos efectos que puedan producirse con la presentación física.

La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, modifica el artículo 112 de la Ley 24/2001.

En efecto, la Ley 24/2001 preveía esta posibilidad desde hacía cuatro años, pero la puesta en práctica del mecanismo no tuvo un resultado positivo, a pesar de los esfuerzos de la Dirección General porque esto fuera así, siendo un ejemplo de ello la ya comentada instrucción de 18 de marzo de 2003, instrucción que en su gran mayoría, como hemos indicado, ha sido recogida por esta Ley 24/2005, sobre todo en lo relativo a la exigencia al Colegio de Registradores y al Consejo General del Notariado de que dispongan de redes privadas telemáticas que permitan interconexionarse a los notarios y registradores, y por supuesto a los notarios y registradores entre sí.

Otra cuestión solucionada ya en vía legal y que hemos comentado anteriormente es que la interconexión de esas redes corporativas Registral y Notarial se debe realizar a través de los nodos centrales, por los argumentos que indicamos al comentar el artículo 108 de la Ley.

La idea esencial del 112 permanece inalterada, es decir, la posibilidad de esa presentación telemática de los títulos públicos notariales por el notario a través de la remisión por éste de la copia autorizada electrónica.

Uno de los aspectos novedosos es que se dice ya en la Ley cuál es el procedimiento desde el punto de vista técnico y de actuación que debe seguirse. Es decir, el notario tendrá que remitir tal documento a través del sistema de información central del Consejo General del Notariado, que a su vez está conectado con el sistema de información corporativo del Colegio de Registradores. Esto no se decía en el 2001, se dijo en la instrucción de 18 de marzo de 2003.

El artículo 112 sigue diciendo que, una vez enviado por el notario, el registrador comunicará a éste por vía telemática y con su firma electrónica reconocida que se ha practicado el asiento, la presentación, la denegación en su caso, la nota de calificación, etc.

Lo que sí se introduce, como en el caso de la remisión por los notarios, es que las notificaciones o comunicaciones que realice el registrador al notario se remitirán a través del sistema de información corporativa del

Colegio de Registradores, que a su vez está debidamente conectado con el sistema de información central del Consejo General del Notariado. De nuevo, la reforma da cobertura legal a lo que ya se había planteado desde el centro directivo.

Y este sistema de comunicación, como dijimos antes, es el más lógico y adecuado, ya que esta relación de nodo central a nodo central se consigue para una racionalización de las comunicaciones, y estos nodos centrales se encargan de establecer la comunicación entre notarías y registros, así como redirigir esta documentación al notario y registrador sin necesidad de actualizar individualmente cualquier cambio en las respectivas oficinas o despachos. Como consecuencia lógica, creemos y así se deduce de todo el esquema normativo que en ese nodo central sólo se conserva como histórico exclusivamente memoria de haber sido enviado o recibido un documento y, como consecuencia de ello, los únicos datos que podrán almacenarse serán los relativos a la fecha y hora del envío respectivo y de la identidad del notario y registrador que lo efectuó.

Esta es la principal modificación del artículo 112, que, como digo, no varía, sino que da cobertura legal al procedimiento de revisión.

Se introduce un nuevo apartado 5.º al artículo 112, apartado que creo conveniente por las dudas que planteaba el artículo 112 antes de la reforma, en relación a documentos no notariales. Yo, ya en su momento, escribí que creía que, con la ley en la mano, la Ley 24/2001, sí se podía pensar en la remisión de otros títulos, pero siempre haciendo una indicación a la legislación específica.

El legislador, en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, quiere dejar constancia de la presentación de documentos judiciales, administrativos o privados en los Registros por vía telemática.

En cuanto a los documentos judiciales, hay una remisión expresa a la legislación específica como criterio general en lo relativo a la acreditación de la condición del firmante, la vigencia, revocación, etc., del certificado de firma electrónica. Lo que sí se indica en la Ley es el procedimiento de esa comunicación, ya que el documento judicial se envía a través del punto neutro judicial, o sistema de información telemática que lo sustituya, que a su vez deberá conectarse con el sistema de información central del Colegio de Registradores, siendo lógico que así lo diga, ya que, cuando se planteó el sistema notarial registral de comunicación a través de los nodos centrales, se ponía como ejemplo el aspecto judicial del punto neutro que operaba de la misma manera a través de la relación de los nodos centrales.

En cuanto a la presentación de los documentos administrativos, hay ciertamente una remisión más amplia a la Administración correspondiente, que será la que apruebe los programas y aplicaciones electrónicas y

telemáticas. Como es lógico, la norma en este caso prevé que deben utilizarse técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos que garanticen la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de sus competencias. En el fondo se está pensando en la utilización, claro está, de la firma electrónica reconocida.

Otra novedad es la consideración del acceso de los documentos privados al Registro de la Propiedad y Mercantil. En este caso, la Ley es clara, como no podía ser de otra manera, en el sentido de que sólo podrán tener acceso los documentos privados electrónicos, en los mismos supuestos en que la legislación hipotecaria y mercantil permita el acceso de documentos privados en soporte papel, y además con sus mismos requisitos. Ciertamente estos supuestos son muy pocos, y aquí quiero hacer una especial mención a aquellos supuestos en que puede acceder un documento privado, con firma legitimada notarial, y recuerdo la instrucción de la Dirección General de 13 de junio de 2003 sobre la presentación telemática de cuentas, instrucción que, si aún cabe más, queda perfectamente confirmada y avalada por la reforma, en concreto el artículo 112, punto 5, apartado 3.º

En definitiva, el legislador en este apartado 5.º recoge la idea ya consignada en el artículo 3 de la Ley de firma electrónica, Ley 59/2003, de 19 de diciembre, que establece con meridiana claridad la existencia de documentos públicos, administrativos y privados electrónicos y que quita el confucionismo intencionadamente creado por algunos de confundir el soporte electrónico como instrumento técnico con el propio documento electrónico. El documento será público o privado, con independencia del soporte en que se haya confeccionado. Será público si reúne los requisitos exigidos por la Ley, es decir, estar autorizado por un funcionario público en el ejercicio de sus competencias, con arreglo a lo establecido en la Ley, y con los efectos que el ordenamiento jurídico establece.

También la Ley, y además con pura lógica, indica que, en el caso de los documentos privados, el documento electrónico, para poder ser presentado telemáticamente, deberá estar firmado con firma electrónica reconocida, amparada en un certificado reconocido, y ello es congruente, además de por pura razón de seguridad, por la propia cobertura legal, ya que única y exclusivamente se establece la equivalencia funcional entre la firma electrónica reconocida y la firma manuscrita, conforme al artículo 3 de la Ley de firma electrónica y al artículo 5 de la directiva de firma electrónica.

Como complemento a esta presentación telemática de títulos, es necesario hacer adaptaciones a la Ley Hipotecaria, en concreto los artículos 238 y 248 de la misma, para concretar, especificar y aclarar el principio de prioridad registral.

Por una parte, ya tuvimos ocasión a la hora de analizar el artículo 108, la necesidad de establecer el mecanismo de sellado de tiempo, estableciéndose en cada registro una sola fuente de sellado de tiempo, con las garantías que ello produce, y con independencia de donde venga el documento que se quiere presentar telemáticamente.

Asimismo, para poder ser congruentes con esta presentación, es lógico que los libros del Registro deben llevarse por medios telemáticos, y que el contenido de éstos debe ser actualizado en el mismo día en que se presenten los títulos en horas de oficina, con independencia del medio utilizado, telemático o no. Actualización esencial para poder tener un registro ágil, moderno y eficaz.

Para todo ello se llevará un libro de entrada por los registradores, donde se *hará constar, por riguroso orden en que hubieren ingresado los documentos, la expresión de la persona que los presente, el tiempo exacto de su presentación, el medio de presentación, ya sea físico, por correo, por telefax o telemático, y con aquellos datos precisos que permitan la identificación de la finca.*

Como consecuencia de lo anterior, este libro de entrada deberá ser accesible telemáticamente y de modo directo a los funcionarios, a los que se presume su interés en la consulta, y deberán extremarse y adoptarse las medidas necesarias para que efectivamente no pueda haber manipulación o alteración en el orden de presentación.

Como consecuencia de todo lo anterior, en el caso de la presentación telemática se debe generar de modo automático el acuse de recibo digital, elemento esencial que expresa el tiempo exacto en el que se presentó el título, a los efectos de que empiece a contar el cómputo legal correspondiente, entre otros, para practicar la inscripción.

El artículo 248 de la Ley Hipotecaria, en su apartado 3 modificado, hace referencia a este sistema de generación de acuse de recibo digital, *mediante un sistema de sellado temporal.*

De otro lado, el apartado 3 va regulando el sistema de esta presentación, en cuanto al orden de presentación bien en horas de oficina o fuera de horas de oficina.

Si el título presentado telemáticamente hubiera ingresado en horas de oficina, el registrador procederá el mismo día a practicar el asiento, atendiendo al orden de presentación.

En todo caso, el registrador deberá notificar telemáticamente, el mismo día en que se hubiera extendido el asiento de presentación, la práctica del mismo, así como en su caso la denegación. Si lo hubiere denegado deberá motivar suficientemente en su notificación las causas que impiden la práctica del asiento.

Si el título se presentara fuera de las horas de oficina se extenderá el asiento de presentación en el día hábil siguiente, también naturalmente atendiendo al orden riguroso de presentación, de conformidad con el sellado temporal.

Si se presentaren telemáticamente o en papel, en el mismo día y hora, títulos relativos a una misma finca que resulten contradictorios, se tomará anotación preventiva de cada uno, comunicándose esta anotación preventiva a los efectos de que se proceda por los interesados o por los tribunales a decidir el orden de preferencia.

También se hace referencia y se eleva a la categoría de Ley la presentación por telefax, contemplada ya en el Real Decreto de colaboración entre notarías y registros del año 1992 y 1994. Estos documentos presentados por telefax se asentarán en el diario, de conformidad con la regla general, salvo los que se reciban fuera de las horas de oficina, que se asentarán en el día hábil siguiente. Este asiento de presentación caducará si en el plazo de diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro el título original o su copia autorizada. Esta introducción en la Ley de la presentación por telefax es idéntica a la existente en el Reglamento Hipotecario.

f) Acceso telemático a los Registros.

No cabe la menor duda que uno de los puntos esenciales de la reforma operada por la Ley 24/2005 es el relativo al acceso telemático a los Registros, contemplado en el artículo vigésimo octavo de la Ley reseñada.

Ya en la Ley 24/2001 se hacía referencia al acceso a la información de los Registros públicos, con la modificación correspondiente de la Ley Hipotecaria, con el principio general de que la manifestación de los tipos de registro debería hacerse si así se solicita por medios telemáticos, haciendo referencia a los diferentes libros del Registro de la Propiedad.

La reforma ahora acometida en la Ley 24/2005 profundiza y desarrolla de manera clara y contundente este acceso telemático, y en especial el de las autoridades, empleados o funcionarios públicos. Concretado al supuesto de los notarios, la importancia de la reforma redunda fundamentalmente en un beneficio de los ciudadanos, así como en una mejor actuación del mecanismo de la seguridad jurídica preventiva.

En este sentido se vuelve en la reforma a establecer como principio general que la manifestación de los libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita por medios telemáticos, y que dicha manifestación implica el acceso telemático al contenido de los libros del Registro. Este principio general tiene una especial consideración en relación al supuesto en el que el consultante sea una autoridad, empleado o funcionario público que actúe

por razón de su oficio, cuyo interés se presume en atención a su condición. Este interés y esta presunción estaban ya determinados en la Ley 24/2001.

Pero la Ley 24/2005 realiza una matización importante en el sentido de que, en los supuestos antes indicados, el acceso por estas personas se va a realizar sin necesidad de intermediación por parte del registrador.

En el caso de la función pública notarial, el contenido de los libros del Registro, en tiempo inmediato y real, es esencial, en cuanto a la información que el notario necesita para poder cumplir con algunas de sus obligaciones. La posibilidad de que el notario, en la firma de una escritura de compraventa de un inmueble, pueda, un segundo antes de autorizar la escritura, informar a las partes del estado y situación en el que se encuentra la finca, las cargas que tiene o, en su caso, los asientos de presentación vigentes sobre la misma, supone un avance fundamental y es un claro ejemplo de la utilización de las nuevas tecnologías al servicio de la función notarial y en general de la seguridad jurídica preventiva.

Para que el notario, por ejemplo, u otro funcionario público que actúe por razón de su oficio, pueda tener ese acceso telemático es necesario que se adopten las más altas medidas de seguridad; para ello, el notario, por ejemplo, deberá identificarse con su firma electrónica reconocida, firma electrónica contemplada y regulada en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y en la propia Ley de firma electrónica.

Por razones obvias, en cuanto al índice de personas, no podrá acceder el funcionario público sin intermediación del registrador.

Una cuestión importante, que ya se encontraba en la Ley 24/2001, y que ahora se vuelve a repetir, es el de la restricción a la información del Registro en determinados supuestos en que por razones de seguridad sea necesario realizar las mismas. Se trata en definitiva de establecer un procedimiento para autorizar la restricción del acceso a la información relativa a determinadas personas, comerciantes o fincas, cuando ello venga impuesto por razón de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes. No es necesario resaltar, por ser muy conocido, el que en materias tan sensibles como las del terrorismo, por ejemplo, pueda limitarse esta publicidad a los efectos de que determinadas personas, por razón de su profesión, oficio o cargo, tengan que estar salvaguardadas de la posible información que obtengan determinados grupos o individuos que quieran utilizar esa información con fines ilícitos.

El acceso telemático, en general, de los ciudadanos también se prevé en la reforma, en concreto en el nuevo artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria, y estructurado de la siguiente manera:

1.º Existirá un modelo informático para la petición de la solicitud de información, con los campos necesarios para identificar al solicitante, su

interés, la finca, los derechos, libros o asientos sobre los que solicita información.

2.º Una cuestión esencial es la identificación del solicitante, aportando el mismo todos los datos, de apellidos, nombre, razón social en las personas jurídicas, dirección de correo electrónico, etc. Asimismo, si queremos hacer el sistema fiable y seguro, es necesario, como la Ley contempla, que la solicitud telemática deba estar firmada con la firma electrónica reconocida del solicitante.

3.º El solicitante también deberá expresar en su solicitud el interés para esa solicitud, expresión que se realiza de forma sucinta. Siempre queda, por supuesto, la decisión del registrador, ya que si éste entendiera que no ha quedado acreditado de modo suficiente dicho interés legítimo podrá solicitar que se le complete, pero en todo caso el registrador deberá notificar al solicitante si autoriza o deniega el acceso en el plazo máximo de veinticuatro horas y, en el supuesto de denegarlo, deberá hacerlo de forma motivada.

4.º En el caso de que el acceso solicitado se haya autorizado, se incorporará a la resolución que faculta el acceso un código individual que permitirá el mismo a la página que reproduzca el contenido registral relativo a la finca solicitada. La Ley también especifica cuál es este contenido registral, que se limitará a los asientos vigentes y se pondrá de manifiesto al interesado durante el plazo de veinticuatro horas desde que se ha notificado la resolución al solicitante autorizando el acceso.

En definitiva, la norma desarrolla de manera armónica una de las formas de publicidad registral, cual es la de la manifestación de los libros, utilizando nuevas tecnologías y dando una información adecuada, rápida y eficaz al ciudadano.

Cuando el solicitante solicita acceso para una finca o un determinado derecho, deberá identificarse a través de cualquiera de sus titulares, haciéndose constar el apellido, nombre, número de DNI, en cuanto a las personas físicas, y en cuanto a las jurídicas, la razón social o denominación. Asimismo, la identificación se podrá realizar a través del libro, asiento, tomo y folio registral, o bien la referencia catastral cuando constare en el Registro.

Si la consulta que se realiza por el ciudadano se refiere a las fichas del índice de personas, se hará constar solamente las circunstancias antes indicadas, de nombre, apellido o razón social, y lo mismo si se trata del libro de incapacitados.

Por supuesto, también otros medios de publicidad siguen vigentes, así los contemplados en el artículo 227 de la Ley Hipotecaria en la redacción de la Ley 24/2001, a través de la certificación correspondiente.

Como conexión con lo anteriormente indicado, la Ley 24/2005, en el artículo trigésimo, modifica el artículo 228 de la Ley Hipotecaria, para el supuesto en que el registrador se niegue a la manifestación de los libros del Registro o a expedir certificación, dando posibilidad al interesado para recurrir la decisión del registrador ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

III. Otras cuestiones de la reforma

La Ley 24/2005 modifica, entre otros aspectos, algunas cuestiones relativas a la tramitación de recursos, en concreto los artículos 66, 324, 327 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Como cuestiones más significativas se encuentra el que las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. La modificación es que antes debería recurrirse en todo caso ante la Dirección General y, una vez agotada la vía administrativa, acudir a la judicial. Existe una excepción a este principio en el supuesto en que se trate de la decisión de un registrador negando la manifestación de los libros del Registro o a expedir certificación de lo que en ellos conste (art. 228 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por el art. 30 de la Ley 24/2005).

Otra modificación significativa y que había planteado problemas interpretativos por algún sector es el relativo al carácter vinculante de las resoluciones de la Dirección General. La nueva redacción del párrafo 10 del artículo 327 no deja lugar a dudas, ya que, una vez publicada la resolución expresa por la que se estima el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales. De esta manera queda zanjada la artificial polémica, que en mi opinión era totalmente innecesaria, ya que la Ley 24 era lo suficientemente clara.

Otra cuestión polémica ha sido la de la legitimación para recurrir las resoluciones de la Dirección General. Desde la Ley 24/2001, en que en mi opinión se acertó plenamente, hasta la famosa contrarreforma de la Ley 53/2002, se fue cambiando de idea. En la actualidad, la nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 328 dice, y además con sensatez, que no podrán, o que carecen de legitimación para recurrir las resoluciones de la Dirección General, tanto el Colegio de Registradores como el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales.

En cuanto al notario autorizante del título o su sucesor en el proto-

colo, así como el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General, podrán recurrir cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares.

En este punto, aunque la redacción está muy tasada, y con unos límites prefijados, con absoluta honradez, no se comprende la posibilidad de cómo el registrador puede recurrir la resolución de su superior jerárquico en la Administración. El planteamiento sería muy parecido a la posibilidad de que un juez de primera instancia pudiera recurrir la sentencia que la Audiencia Provincial hubiese dictado revocando la del juez de primera instancia. O bien que, en cualquier fase del organigrama de la Administración, el inferior jerárquico recurra una resolución del superior. Este tema ya ha sido muy debatido y, sinceramente, por más que lo analizo y estudio llego a la misma conclusión, es decir, el no entender esta posibilidad de recurrir por el registrador.

No obstante la redacción del artículo, en mi opinión debe hacer muy difícil la posibilidad de que el registrador recurra, ya que, para poder hacerlo, la resolución de la Dirección General debe afectar a un derecho o interés del que sea titular, ya que deberá demostrarlo.

En cuanto al notario, la posibilidad de recurrir siempre la he visto de manera clara y meridiana, ya que el notario es el que ha autorizado el documento, con todo lo que ello implica de control de legalidad, de la identificación de las partes, de la legitimación, de la capacidad, del contenido del documento, en cuanto a su legalidad, etc. En todos estos aspectos el notario adquiere una responsabilidad en todos los órdenes, y debe realizar todas las medidas conducentes a que el documento tenga su eficacia y la despliegue. En este sentido conviene recordar que el Fundamento Jurídico octavo de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 afirmó taxativamente que el notario era titular de un derecho subjetivo que podía verse afectado por la calificación negativa del registrador, derecho subjetivo que consiste en la lesión económica a su patrimonio, como consecuencia de la subsanación del título calificado negativamente.

Con respecto a la sociedad limitada nueva empresa se operan unas modificaciones que tienden fundamentalmente, en mi opinión, a soslayar uno de los inconvenientes por los que quizá en algunos supuestos la sociedad limitada nueva empresa dejara de ser atrayente, y que es el relativo a la denominación social. Ya en su momento traté la cuestión de la motivación de esa especialidad en la denominación social y su posible justificación.

Con la reforma de los artículos 131 y 140 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, se intenta solucionar el problema de que muchos emprendedores no querían o no les apetecía que la denominación social estuviese constituida con el nombre y apellidos de uno de los socios, seguido de un código alfanumérico.

La reforma ahora acometida consiste en que, en la constitución de la sociedad, la denominación social debe seguir teniendo el nombre y apellidos de uno de los socios seguido del código alfanumérico, pero con la salvedad y posibilidad de que una vez constituida puedan cambiar o modificar la denominación, siendo ya ésta una denominación de las normales, y además posibilitando esta circunstancia, ya que, al autorizarse la escritura del cambio de denominación, el notario incorporará a la escritura correspondiente la certificación telemática de denominación expedida por el Registro Mercantil Central, efectuándose dicha incorporación a la escritura, a través del testimonio de esa certificación electrónica, a soporte papel, amparada bajo la fe pública notarial.

Además la medida se complementa con una previsión arancelaria notarial y registral de carácter especial, en el sentido de que en relación exclusivamente a la modificación de la denominación social no se devengarán derechos arancelarios notariales y registrales si el cambio se realiza en el plazo de tres meses desde su constitución.

Por otro lado, en cuanto a las sociedades ya constituidas, gozarán de esa circunstancia si realizan el cambio de denominación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley.

Todo ello se complementa con la disposición adicional cuarta, que viene a aclarar y confirmar lo que ya se deducía de toda la normativa que surge en relación a la sociedad limitada nueva empresa, pero que ahora se determina en esta norma con rango de Ley. En definitiva, lo que se quiere indicar es que en estos supuestos de constitución telemática de la sociedad limitada nueva empresa, los notarios y registradores se remitirán la información y documentación necesaria para la constitución de este tipo social a través del sistema CIRCE, con la utilización de la firma electrónica reconocida, y asimismo utilizarán este sistema para todo tipo de notificaciones y documentación que tengan que remitir telemáticamente con las Administraciones públicas. Por otra parte, se recoge el principio general de la aplicación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que es la que regula la incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, que es la ley básica específica que regula el ejercicio de las funciones públicas en relación a las nuevas tecnologías.

Con ello, no cabe la menor duda, se consigue un acicate para que los emprendedores utilicen la sociedad limitada nueva empresa (1).

(1) Con posterioridad a la redacción de este trabajo se ha publicado en el BOE, con fecha 30 de noviembre de 2006, el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se pone en marcha el sistema de tramitación telemática para todas las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Entra en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE.

Por último, existen dos modificaciones importantes. La primera que consideramos estaba suficientemente clara en la Ley 24/2001, relativa al juicio de suficiencia notarial en relación a los poderes, pero que fue incumplida de manera clara y sistemática, que dio lugar a una consulta al centro directivo, que procedió a contestar por una resolución, y a cientos de recursos ante el citado centro directivo.

La idea siempre la tuve clara, en el sentido de que el notario, bajo su responsabilidad, es el que debe determinar la suficiencia de las facultades representativas, y ello es suficiente para determinar este hecho, reseñando el notario los datos identificativos del documento auténtico que se le ha presentado. Parece que esto no se entendió, pero el artículo 98, en la redacción de la Ley 24/2001, estaba muy claro.

No obstante, el legislador, en su ánimo didáctico, ha querido con esta nueva reforma dejarlo aún más mascado, si es que esto era posible, ya que, además de decir lo que he indicado anteriormente, establece que el registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia, y de la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

Se puede decir más alto, pero no más claro, y además ello entra en la total congruencia de lo que significa e implica la función notarial y su control de legalidad, congruencia también con lo que acontece en los países de notariado de tipo latino-romano-germánico, bastando dar un repaso a los países, por ejemplo, de nuestro entorno europeo. Ello implica también, y como dijimos en otras ocasiones, las obligaciones y responsabilidades que asume el notario en esta tarea, obligaciones y responsabilidades que están enmarcadas en la esencia de la función notarial, ya que éste realiza el control de legalidad del instrumento público que autoriza y, como consecuencia de ello, la obligación que tiene el notario de explicitar su juicio de suficiencia de las facultades representativas, siempre, claro está, que se le presente la copia autorizada de ese documento.

La disposición adicional segunda regula la información relativa a la aplicación del arancel notarial y registral con la idea de que los notarios y registradores faciliten la información relativa a esta aplicación del arancel notarial y registral, a través del Consejo General del Notariado y del Colegio de Registradores, que a su vez remitirán dicha información a los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, habilitándose en la disposición adicional a estos ministerios para que se regulen por orden ministerial los modelos y procedimientos de remisión de la información.

Otra reforma introducida en la Ley es la relativa a las notas simples

informativas, y en concreto las responsabilidades por los errores y omisiones en estas notas simples.

Como bien es sabido, la nota simple informativa no da fe del contenido de los asientos, pero no cabe la menor duda que debe especificarse una responsabilidad en el caso de que existan errores u omisiones padecidos en su expedición, y esto es lo que se hace al modificar el apartado 5.º del artículo 222 de la Ley Hipotecaria, estableciendo la responsabilidad del registrador por los daños ocasionados por los errores y omisiones padecidos en su expedición. Este criterio me parece absolutamente lógico, por algunos supuestos que se estaban dando en la práctica y que albergaban dudas sobre las consecuencias de estos errores y omisiones.

Por otro lado, se especifica con más claridad el contenido de estas notas simples en el sentido de que podrán reproducir literalmente si así lo solicita el interesado, o en extracto en los otros casos, el contenido de los asientos vigentes relativos a la finca, donde conste al menos la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos, así como las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos. Incluso podrá librarse nota simple relativa a determinados extremos solicitados por el interesado, circunstancia ésta que no aparecía en el antiguo apartado 5.º del artículo 222.

Existen también en la reforma una serie de modificaciones relativas al régimen disciplinario de los registradores, orientadas fundamentalmente a actualizar este régimen en el sentido de especificar hechos como los del retraso injustificado y generalizado en la inscripción de los títulos presentados, las negativas injustificadas a la prestación de funciones requeridas, el incumplimiento y la falta de obediencia a las instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras.

También desde el punto de vista disciplinario de los notarios se producen modificaciones en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que es la Ley que regula en algunos aspectos de su articulado el régimen disciplinario de los notarios, estableciendo y definiendo mejor los hechos sancionables relativos, entre otros, a la negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, el incumplimiento y la falta de obediencia a las instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la legislación notarial.

En definitiva, estas modificaciones redactan con más claridad versiones anteriores, y en otros casos introducen nuevos hechos o tipos que directamente tienden a evitar determinados comportamientos.

IV. Conclusión

La valoración de la reforma contenida en la Ley 24/2005 es totalmente positiva, adaptando la realidad social al mundo del Derecho, pero sobre todo pensando en el beneficio de los ciudadanos, que son los auténticos destinatarios y, en definitiva, beneficiarios, de la norma, y todo ello respetando en su integridad el sistema de seguridad jurídica preventiva y demostrando una vez más que las nuevas tecnologías deben estar al servicio del sistema jurídico, del ordenamiento en general, sin que sea necesario inventar lo que está inventado y además debidamente contrastado en cuanto a su eficacia. Lo que se ha intentado de nuevo, y creo que se ha conseguido felizmente, es cada vez prestar un mejor servicio público.

En definitiva, es necesario ir modificando y actualizando toda la normativa en materia de seguridad jurídica preventiva, a los efectos de conseguir una mayor eficacia y agilidad, pero teniendo siempre presente el principio de seguridad jurídica preventiva como baluarte indiscutible de un Estado de Derecho que debe garantizar una paz social en todos los campos, y muy especialmente en las relaciones jurídicas que se derivan del tráfico jurídico civil y mercantil, y a su vez manteniendo los principios y esencias de las funciones notariales y registrales para así conseguir un mayor nivel de satisfacción de los ciudadanos que demandan la prestación de estos servicios.

LA FAMILIA EN 2006

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

En el año 2001 la introducción que contiene el estudio que escribí en y para las *Instituciones de Derecho Privado* (Tomo IV. Familia. Volumen 1.º Editorial Civitas y Consejo General del Notariado) habla de: la familia actual; sus rasgos y caracteres –en lo que importan a la economía familiar–, dado que éste era el núcleo a tratar fundamentalmente.

Diez aspectos, caracteres y rasgos destaqué entonces:

- I. El paulatino descenso de la nupcialidad.
- II. La tardanza en contraer matrimonio. El retraso.
- III. La aparición de uniones alternativas.
- IV. El descenso de la natalidad.
- V. El aumento de los nacimientos fuera del matrimonio.
- VI. El divorcio creciente y la mentalidad divorcista.
- VII. La paulatina incorporación de la mujer al trabajo extradoméstico y en muchos casos en condiciones desiguales al hombre.
- VIII. La *ratio* protectora y de apoyo a la familia, ¿dónde está hoy?
- IX. La posición del Derecho ante las realidades familiares.
- X. El legado del siglo xx y las perspectivas de la familia en el siglo xxi.

Cinco años después hay que poner de relieve indudables *novedades* en los rasgos y caracteres de la familia ante la evolución que “con prisa y sin pausa” marca el legislador actual en el Derecho español.

El divorcio creciente. El matrimonio y las parejas del mismo sexo

I. Reformas del año 2005 en el Código Civil posibilitan acudir al divorcio sin separación previa y sin alegación de causa, bastando el transcurso de tres meses desde el enlace y la sola petición de uno de los cónyuges.

El divorcio *express* (o de alta velocidad) está produciendo un efecto estimulador, diría más, provocador. Máxime al no preverse medidas de protección del matrimonio (ni la mediación familiar, ni una auténtica protección fiscal a la familia, ni fijarse un plazo de reflexión). El Consejo General del Poder Judicial (marzo 2006) ha puesto de relieve que en el segundo semestre del año anterior –ya vigente la reforma– las separaciones y los divorcios han aumentado casi un 22 por 100 respecto al mismo período de 2004.

II. Banalización del matrimonio (ALONSO PÉREZ), que queda al albur de cualquiera de los contrayentes (divorcio-repudio, “de usar y tirar”). Hipervaloración de la libertad individual, carente de profundización, sin causas justificadoras de la separación conyugal (malos tratos, ...). Nos hallamos en una fase de clara desestructuración legal del matrimonio (¿deconstrucción?), cuando otras naciones frenan el divorcio (el blindaje del matrimonio ya es realidad en USA).

III. No sólo lo anterior: la reforma de 2005 ha producido la apertura de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, con lo que a la vista del artículo 32 de la Constitución, se les reconoce un derecho que no está constitucionalmente garantizado (POLO SABAU). Es más, para DE VERDA Y BEAMONTE: la supresión del requisito de la heterosexualidad vulnera el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, por lo que es inconstitucional. Criterio absolutamente minoritario tanto en la Unión Europea como en el ámbito internacional, porque si bien se tiende a mejorar jurídicamente las distintas formas de convivencia, no se propugna en absoluto tal apertura institucional (Parlamento Europeo y jurisprudencia del TEDH).

IV. No puede, en definitiva, sorprender en absoluto que el dictamen emitido por el Consejo de Estado (16 de diciembre de 2004) solicite: “La reconsideración por el legislador de la vía escogida para la consecución

de unos fines que no están amparados en la Constitución y no se fuercen los principios articuladores del matrimonio, de acuerdo con la concepción de éste que actualmente impera tanto en España como en Europa”. Ante lo transcrito, así como lo advertido por el Consejo General del Poder Judicial y por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, existen –como ha dicho LALAGUNA– serias dudas acerca de la constitucionalidad de la iniciativa legislativa, por alteradora de la configuración objetiva de la institución matrimonial conforme al principio de heterosexualidad como dato biológico inherente a la naturaleza del matrimonio. “Cabe entender, en suma –conforme a los arts. 32 y 10 de la Constitución–, que la Ley implica una ruptura de la garantía institucional del matrimonio”, termina afirmando.

V. Yo termino a mi vez –a la vista de un Estatuto *autonómico* reciente con su visión del aborto y de la eutanasia– con lo que hemos podido leer en medios de comunicación objetivos: el gobernante de turno tiene el poder para practicar la ingeniería social, modelando la sociedad de acuerdo con su ideología. Lo estamos constatando, máxime cuando, a mi entender, el poder político es estimulado –desde hace tiempo– por aportaciones doctrinales, como por ejemplo de Díez-PICAZO o de PECES-BARBA MARTÍNEZ (sobre un estudio crítico de sus ideas y de las de otros juristas españoles contemporáneos: Estanislao CANTERO NÚÑEZ: “El concepto del Derecho en la doctrina española”. Fundación Matritense del Notariado, 2000; especialmente, pp. 220 y ss. y 309 y ss.).

Entre esos otros autores no se cita a R. BERCOVITZ; yo sí lo hago. En su “Derecho de la persona”, de 1976, no leo que se proteja al *nasciturus*, pero sí: “del mito burgués de la igualdad; las clases oprimidas; la especial repulsa de la Iglesia Católica a...; el sistema de explotación capitalista; las necesidades de mano de obra abundante y barata del proceso de acumulación monopolista...; la oligarquía española”.

Me viene a la memoria una afirmación del recientemente fallecido J. F. REVEL cuando decía: el profesor puede enseñar o adoctrinar; si prima lo segundo, el efecto es nefasto, al abusar del joven y sustituir la cultura por la impostura. Así, pienso que el “pensamiento débil” (G. VATTIMO) está al menos servido. Servido para situar en las mentes lo que se desee: esta percepción me produce la lectura (ya es mérito) del “Curso de Teoría del Derecho” de PECES BARBA *et alter* (año 2000). Dejar las mentes en penumbra es lo que produce asertos como el de Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando ante “el interés de la familia” (art. 67 Código Civil), niegan aquél por considerar imposible determinar el alcance de la expresión legal. Al menos, al citar lo anterior, Carlos LASARTE reconoce al pa-

rámetro normativo expuesto utilidad para que el juez ampare al miembro de la familia, caso de conflicto conyugal, más necesitado de protección (p. 67. *Derecho de Familia*. 2006).

Ejemplo de buen hacer y serena orientación pedagógica, cabe citar: el *Cuaderno de prácticas de Derecho Civil*, de Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Colex, 1999; sin olvidar su estudio: *El Derecho Civil a finales del siglo XX*.

Un divorcio provocador, incitador

I. Se considera que el divorcio es la *solución* para los que quieren que la Ley les permita disolver su unión y...; pero la posibilidad legal de un fácil divorcio –escribía ya PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en 1989– contribuye a la motivación para el divorcio, porque introduce en los contrayentes la conciencia de que la unión es provisional y facilita la celebración de matrimonios decididos frívolamente, sin la entrega plena, tan necesaria para dar base sólida a una unión estable (LINTON decía que los hijos nacen en un estado de inacabamiento, de neotenia, que necesita de cuidados continuos, muy prolongados en la especie humana). El valor ejemplar de la Ley –concluye PEÑA– produce en la sociedad la conciencia de que cualquier divorcio es moral o ético por ser legal... en una sociedad hedonista que huye de cualquier sacrificio.

No he hallado autor que *agreda* por escrito al citado por manifestarse como lo hace; de “pesimista y adusto” me ha calificado SAURA MARTÍNEZ por haber mantenido la línea expuesta por PEÑA. “No sigamos creyendo que España es el último reducto de la cristiandad”, apostillaba DE LA CÁMARA en 1978; para en otro lugar calificar el argumentado criterio de GARCÍA CANTERO acerca de la indisolubilidad del matrimonio: “como fruto del apasionamiento con que el autor juzga el tema del divorcio”.

Y después del divorcio han venido las uniones no matrimoniales, más divorcio, el matrimonio de homosexuales y el aborto (al que hay que oponerse no sólo por ser cristiano –como ha señalado Julián MARÍAS– sino por razones antropológicas). Y... las técnicas de reproducción asistida (la investigación con células madres embrionarias o por la clonación son contrarias a la dignidad del ser humano, ya que –como por ejemplo expone Eugenio NASARRE– la vida comienza con la fecundación).

II. Dónde estamos.

En una modernización de la modernidad: lo POST, dicho en lenguaje *culto*. Si se produjo el cambio social de las sociedades agrarias a la sociedad industrial, ahora hay un cambio del cambio. Salta en añicos la fami-

lia nuclear (¿de cuántas *familias* se habla?); al igual que el trabajo –y la fábrica– que vinculaban al ciudadano a la colectividad y le otorgaban sensación de identidad en una actividad laboral; el Estado-Nación se desarticula hacia abajo, hacia arriba y hacia dentro (en sociedades multiculturales); y el orden internacional, que de Estados soberanos está pasando a tener nuevos actores en escena (multilaterales, multinacionales, ONG...).

Más allá –dice LAMO DE ESPINOSA– de lo tradicional y lo moderno: lo POST. Y ¿qué después? Habrá que detenerse y con sosiego reinterpretar el mundo del siglo XXI con criterio valorativo y sentido de la responsabilidad. Ni todo vale igual, ni todo es auténticamente real. La realidad de la especie –hay que decir con Ivonne CASTELLAN– es por de pronto un hombre y una mujer que se convierten en un padre y una madre y para cada persona, en este padre y esta madre (y si a una autora francesa cito, no me olvido del movimiento que ha calado irracionalmente, coadyuvando a la mentalidad anti-procreadora y cuya abanderada es S. DE BEAUVOIR: “El segundo sexo”, 1949. Sobre esto: *El legado filosófico y científico del siglo XX*. Cátedra, 2005). Y... un relativismo moral que aviva la *anormalización* legal, si al extremo se llega como en la España pendular de los primeros compases del siglo XXI, con la creciente falta de respeto a la institución matrimonial, ofendiendo la dignidad del matrimonio, en suma. ¿Acaso no tiene remedio esta erosión de –en frase de Christie DAVIES– “la cultura de la respetabilidad”?, hay que preguntarse.

III. El calado de lo que hay.

Si he empleado un lenguaje terminológico *culto*, voy a ensanchar el campo de observación exponiendo el *substratum* que anida dentro del *clímax* dominante y ello en términos llanos y sencillos.

Se mezclan muchas cosas. De un lado la crítica, esencialmente de carácter económico, del capitalismo: como premisa, la denuncia de la explotación burguesa a la clase obrera y también el carácter opresivo e hipócrita de la moral de la burguesía (especialmente en la sexualidad). Todo ello de inspiración primero socialista y luego marxista.

De otro lado, la invención de un modo de vida bohemio y transgresor (BAUDELAIRE es su paradigma, sin olvidar a SADE): el arte destaca objetos triviales desplazados de su contexto, los homosexuales se besan en público, *se casan*, pueden adoptar...

Y el Derecho en clave socialista (Suzanne DALLIGNY), que defiende el divorcio, primando a la libertad individual prioritariamente, que equipara la familia natural a la legítima, la unión *libre* al matrimonio y que utiliza con sutileza alternativamente las instituciones burguesas, al menos en la fase o estadio actual, hasta que...

IV. Utilización como si aparentemente ningún efecto negativo se produzca: en octubre de 2006 el actual Ministro de Justicia ha dicho en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid que con un leve retoque en el Código Civil se ha dado satisfacción a quienes antes les era negado el derecho a contraer matrimonio y ello sin alterar en absoluto el matrimonio sacramental.

¿Respuesta? La de Paloma ROCA SUÁREZ-INCLÁN sirve: urge recuperar, dice, un modelo de matrimonio y de familia acorde con la dignidad del ser humano, con lo que es propio de la persona, con su capacidad de amar, de entrega, de donación para toda la vida. Necesario es por tanto que la legislación civil reconozca que la auténtica expresión de la libertad es decidirse por un don definitivo; no consiste en poder optar por la ruptura falseadora de la auténtica libertad.

Sólo diré, para terminar, que hoy por hoy la politización del matrimonio y de todo lo que gira en torno a la familia se han desbordado. Y si de políticos hablamos, un ejemplo a seguir: a Jordi PUJOL le preguntaron la fórmula para que el matrimonio dure (el suyo supera los cuarenta años), a lo que respondió: nos hemos casado con “vocación de continuidad”. En esta línea, el escritor Juan Manuel DE PRADA, con su madurez intelectual superior a su edad, dirá: el único modelo de familia es el *tradicional*, que viene de *traditio*, entrega (de valores y de creencias). Modelo de familia tradicional que –si lo centramos en la clase media, sin olvidar a nadie– ha sido, en frase de J. L. OLAIZOLA, la generación *del salto*, al enriquecer con su esfuerzo a las siguientes (¿o no, pueden decir los hijos, nietos, bisnietos de hoy, quienes les han proporcionado estabilidad, medios de estudio y una cierta base económica?), erigiéndose en la columna vertebral de la sociedad. A ella se dirige preferentemente el objetivo fiscal con insistencia: se ha aprobado ha poco –dice en marzo de 2006 M. A. BELLOSO– una reforma fiscal que perjudica a las clases medias y desincentiva la actividad empresarial y familiar.

Cuando se ha cumplido el primer aniversario del fallecimiento de Juan Pablo II, ha podido afirmarse: aunque algunas de sus propuestas parecen no haber tenido éxito, por ejemplo, la defensa de la vida desde la concepción hasta el final o las raíces cristianas en la Constitución europea –recuérdese el caso Buttiglione–, su palabra ha hecho reflexionar sobre la *dimensión ética* de la existencia. ¿Cuándo se empezará a poner en práctica la afirmación de A. MALRAUX: “el siglo XXI será religioso o no será”? Y léase como colofón a George WEIGEL, que considera el problema europeo enmarcado en la confusión de la democracia y el secularismo, con lo que gravemente se percibe la amenaza de la disolución de la cultura europea y el aislamiento de Europa del resto de los continentes (*Política sin Dios*. 2005).

El jurista ante el matrimonio. Una reflexión final

I. La quiebra de la indisolubilidad matrimonial –vía divorcio y por la vía más rápida posible– y del principio de heterosexualidad para acceder al matrimonio han sido expuestas.

La trivialización del matrimonio –dice ALONSO PÉREZ– conduce a su destrucción institucional al transformarlo en un pacto disoluble, con lo que –añade– lo que se fomenta no es precisamente lo que dice el Código Civil en el artículo 68: “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”, ya que... a los tres meses de celebrado el matrimonio puede decretarse judicialmente el divorcio consentido, o simplemente decidido unilateralmente (el anacrónico repudio). Con todo esto, dice GONZÁLEZ PORRAS, se está legislando al revés del buen sentido y de otros valores. El Conde de Romanones habría dicho y yo también –termina con grafismo–: ¡qué tropa! Y, –añado– con J. RAWLS: las leyes si son injustas han de ser reformadas o abolidas.

Por otra parte, he hablado del relativismo moral imperante, y es que por de pronto no todos los profesores universitarios –como ya indiqué– tienen las ideas y las plasman como los ahora citados (dice textualmente en otro lugar el profesor de Salamanca ALONSO PÉREZ: ni el laicismo fundamentalista, ni el pensamiento dogmático que lo alienta pueden imponernos sus criterios); o como los eméritos: de Zaragoza, Gabriel GARCÍA CANTERO y de Valencia, Enrique LALAGUNA. Es constatable, puede afirmarse, con lo que en 1998 ha escrito Francisco ALTAREJOS: que la formación ética de todo educador está ausente en los currículos pedagógicos, a pesar de que es imprescindible para encarar debidamente el problema actual de toda formación humana, el relativismo moral.

II. Y los escritos jurídicos. Los estudios que pretenden levantar el vuelo planteando cuestiones que inciden en la institución familiar, con pretensión de fijar los parámetros, de conducir y guiar valorativamente a los miembros de la familia, suelen causar desazón a personas con criterio (además de la escasez numérica, se comprueba su falta de profundidad, la simple exposición sociológica de datos informáticos, las realidades sin calado, las verdades a medias, los cabos sueltos, los temas maltratados...). Pobreza en número y calidad que necesariamente hay que superar: se cumple en el año 2006 el centenario de la concesión del premio Nobel a RAMÓN Y CAJAL. El sabio investigador (más que timbre de gloria nacional, vergüenza, por existir sólo un CAJAL, decía MARAÑÓN), en sus *Reglas y Consejos sobre la investigación científica* quiere sacar a España de su postración mediante “una renovación pedagógica, la creación de ciencia original...”. Siempre actual su mensaje, sus “tónicos de la voluntad” constituyen refe-

rente de meditación imprescindible para el que responsabilidad tiene, como profesional del Derecho o de lo que sea, de ir *al fondo* y de ser crítico, objetivamente crítico.

Dicho en el lenguaje empresarial del mundo globalizado de hoy: o copiar o crear, ésta es la clave (es uno de los mandamientos del liderazgo, para el que se atreva *a emprender*: la búsqueda de la *excelencia*). Existe la obligación de exigirla.

DEL PATRIMONIO Y SUS CLASES AL PATRIMONIO PROTEGIDO DEL DISCAPACITADO (1)

JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO

Notario

SUMARIO: PRIMERA PARTE: DEL PATRIMONIO Y SUS CLASES. **I.** CONCEPTO DE PATRIMONIO. **II.** LAS TEORÍAS SOBRE EL PATRIMONIO. **a)** Teoría clásica o personalista. **b)** Teoría objetivista. **c)** Teoría moderna o mixta. **d)** Teoría realista. **III.** FUNCIONES DEL PATRIMONIO PERSONAL. **IV.** CARACTERES DEL PATRIMONIO. **V.** TIPOS DE PATRIMONIO. **VI.** PATRIMONIOS EXCEPCIONALES O ESPECIALES. SEGUNDA PARTE: PATRIMONIO PROTEGIDO DEL DISCAPACITADO. **I.** INTRODUCCIÓN. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS ACUÑADAS. FUNDACIONES ASISTENCIALES, EL TRUST. **a)** Trust y derecho fiduciario. **b)** Trust y fideicomiso. **II.** PLANTEAMIENTO GENERAL. **III.** EL CONCEPTO DE PATRIMONIO PROTEGIDO. **1.** Características.

(1) Conferencia pronunciada en el seminario “El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión”, organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en Santander, los días 26 a 30 de julio de 2004.

El texto recoge fielmente la conferencia pronunciada, pero incluye los avances doctrinales, sobre todo la bibliografía publicada desde la fecha.

a) *Patrimonio de destino.* b) *Patrimonio separado.* c) *Patrimonio adscrito a un fin.* 2. Constitución del patrimonio. A) *Elementos personales.* a) *El constituyente.* b) *El aportante.* c) *El titular-beneficiario del patrimonio protegido.* B) *Elementos reales.* a) *Aportaciones posteriores al patrimonio.* b) *Contenido del patrimonio.* c) *Naturaleza de la aportación.* C) *Elementos formales.* 3. Publicidad registral. 4. Administración del patrimonio. A) *Reglas por las que se va a regir la administración.* B) *Régimen jurídico aplicable al administrador.* SUPERVISIÓN. EXTINCIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

Ante todo agradecer a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), al Consejo General del Notariado y al director del seminario, mi buen amigo y compañero **Rafael MARTÍNEZ DíE**, la oportunidad que me brindan de dirigirme a ustedes para introducirlos en un tema, “el patrimonio”, que de salida “por la puerta de toriles” puede calificarse de “fino astado” y que desde hace ya largos años ha sido y es objeto de capotazos y grandes faenas, tanto de capa como de muleta, por autores de la talla del mismo **DE CASTRO**, máxime en un momento cuando la literatura sobre el patrimonio protegido es escasa, pero sobre todo por proporcionarme la posibilidad de estar con ustedes en esta tan querida para mí UIMP de Santander, donde he tenido el honor de ser alumno, conferenciante e incluso el atrevimiento de dirigir el segundo curso nacional que se celebró en esta sede sobre la justicia preventiva y que tan grandes frutos ha proporcionado al tráfico jurídico inmobiliario en general y a la fe pública en particular.

PRIMERA PARTE: DEL PATRIMONIO Y SUS CLASES

I. Concepto de patrimonio

El patrimonio es un conjunto coherente de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular o con destino a unos beneficiarios titulares finales y con tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración (**GARCÍA GARCÍA**).

El concepto de patrimonio no fue utilizado en el *momento de redacción de nuestro Código Civil*, que sólo contiene referencias puntuales, como en los artículos 342, 343 ó 506, etc. Estudiando al detalle el concurso de acreedores, a mediados del siglo XVII, **Francisco SALGADO DE SOMOZA** utilizó el término y señaló las líneas básicas del concepto técnico-moderno del patrimonio, observando cómo algunas figuras de la economía familiar (dote, peculios) suponían la existencia de masas unificadas de bienes que corrían su propia suerte jurídica. Diferenciación de masas (patrimonios), acentuada prácticamente en los casos de crisis, que van a poner de manifiesto la diferencia entre el patrimonio general y los patrimonios especiales (**DE CASTRO**).

La idea de patrimonio aparece en las obras de la literatura jurídica del siglo XIX, en un sector de la doctrina alemana, de donde lo toman autores franceses como **AUBRY** y **RAU**, a partir de los apuntes de los pandectistas, como **WINDSCHEID** y de la monografía de **BIRKMEYER** (**LACRUZ**), hasta que se incorpora al lenguaje normativo general (leyes administrativas, tributarias o civiles, como en temas de personas jurídicas, etc.).

Siguiendo la definición apuntada, distinguiremos los siguientes elementos:

Elemento personal, que es el titular del patrimonio, pero con dos modalidades: una, la del patrimonio personal, con un titular determinado; y otra, la de los patrimonios autónomos, que si bien en determinados casos significan la atribución a un titular o titulares determinados, en otros casos implican que los bienes formen una masa unitaria con un determinado destino a favor de beneficiarios finales de ellos.

Elemento real, que son los bienes y las deudas, es decir, el activo y el pasivo. Dichos bienes y deudas han de ser de contenido económico o pecuniario, pues en otro caso se tratará de bienes y obligaciones extrapatrimoniales, ajenos al patrimonio. Quedan fuera, pues, los bienes de la personalidad y lo concerniente al estado civil de la persona. Respecto a los bienes, sólo se incluyen los de contenido económico o pecuniario, dadas

las funciones del patrimonio, que nada tienen que ver con los demás bienes de la personalidad o familiares, ni con los derechos políticos y administrativos, salvo que se concreten en un sustitutivo o equivalente económico por razón de indemnizaciones debidas al titular por perjuicios a dichos derechos, las obligaciones sólo interesan al patrimonio cuando se trata de las que tienen por objeto una prestación, la cual lleva consigo la nota de patrimonialidad, frente a otra clase de obligaciones personales no afectantes al patrimonio.

Los bienes no interesan como “objeto de derechos”, sino como “objetos del patrimonio”. Y en este aspecto, como objetos del patrimonio, los bienes han de considerarse en su acepción de “derechos sobre los bienes”. La razón fundamental es que resulta necesario plantear una determinada titularidad jurídica sobre las cosas o bienes, pues éstas pueden encontrarse en el patrimonio bajo muy diferentes titularidades. No se puede prescindir de las deudas como componentes del concepto “jurídico” de patrimonio.

Por último, el *elemento funcional del patrimonio* es el que da significado unitario al conjunto de bienes, en relación con las funciones que el ordenamiento asigna a ese instrumento técnico que es el patrimonio. Ese tratamiento unitario lo tiene por razón de la responsabilidad, la gestión y la administración del conjunto de bienes. Y también por la regulación positiva que trata de proteger a la persona, a los acreedores y a otros terceros que hayan de relacionarse con el patrimonio. La razón de unificación puede ser el hecho de pertenecer a una persona (patrimonio personal) o el específico destino del mismo a un fin (patrimonio separado o patrimonio de destino).

En cuanto a su estructura: distingue **DE CASTRO** una esfera externa, pues cada patrimonio puede considerarse como independiente de los demás, en el sentido de que el ingreso o la salida de cada uno de sus elementos requiere un título, una causa que justifique este tránsito y una esfera interna, constituida por el ámbito de libertad que tiene el titular del patrimonio para gozar, tener y disfrutar sus bienes conforme a su naturaleza y al contenido de derechos y facultades sobre los mismos, esfera que queda jurídicamente neutralizada al no poder existir derechos subjetivos entre los bienes del mismo patrimonio.

II. Las teorías sobre el patrimonio

a) Teoría clásica o personalista.

Defendida por **AUBRI ET RAU**, que son dos autores franceses que desarrollan la concepción del pandectista **ZACHARIAE**. Le siguen **PLANIOL** y **RIPPERT**.

— Su idea fundamental es la conexión del patrimonio con la personalidad del hombre. El patrimonio es emanación de la personalidad. Es la personalidad misma manifestada en la relación de la persona con los bienes. El patrimonio es una emanación de la personalidad y expresión del poder jurídico de la persona.

— Sus dogmas son tres:

1. No se concibe patrimonio sin un titular, porque es consustancial a la persona.
2. Toda persona tiene y ha de tener patrimonio. Incluso el mendigo, que tiene la bolsa vacía, tiene aptitud para tener bienes en cualquier momento y llenar así ese patrimonio en potencia.
3. La persona sólo tiene un único patrimonio.

b) Teoría objetivista.

Se fija más que en la persona, en la idea de conjunto de bienes, y sobre todo en el destino de esos bienes a un fin. Es la teoría de **BEKKER y BRINZ**, conocida como la del “patrimonio destinado a un fin”. Es el conjunto de bienes con carácter unitario, bien por pertenecer a una persona, o bien por estar destinados a algún fin (**FERRARA**).

Sus dogmas son dos, contrapuestos a la teoría personalista: una masa de bienes destinados a un fin, afectación común que sirve para unificar sus elementos. Y una serie de consecuencias que vamos a examinar.

1. Caben patrimonios sin titular, destinados a un fin, porque pertenecen no a alguien en concreto, sino a “algo” o para “algo”.
2. Cabe que una persona no tenga patrimonio, pues la tesis personalista, dicen, confunde el patrimonio con la “capacidad patrimonial”. Evidentemente, toda persona tiene capacidad para adquirir y ser titular de bienes, pero sólo tendrá patrimonio cuando los adquiera efectivamente y no antes.
3. Una persona puede tener varios patrimonios (el patrimonio general más los llamados patrimonios autónomos).

c) Teoría moderna o mixta.

De acuerdo con la doctrina moderna, que se manifiesta ecléctica o mixta, entendemos que ha de defenderse una concepción alternativa y amplia del patrimonio, de tal modo que se comprendan dentro del mismo, tanto el patrimonio personal, que pone el acento en la persona, como una serie de masas de bienes o patrimonios autónomos, distintos del patrimonio per-

sonal, en que cobra especial relevancia el conjunto de bienes como separado o diferente del patrimonio personal. Tratando de buscar un equilibrio entre las tesis anteriores, **Cossío** subrayó lo peculiar del vínculo existente entre patrimonio y personalidad. **Cossío** rechaza las anteriores doctrinas por considerar que conducen sólo a abstracciones inútiles y concluye que el patrimonio ofrece una configuración variable, por lo que debe ser estudiada por separado cada una de las diversas modalidades en que puede presentarse, que son esencialmente tres: personal, de destino y especial o separado.

Por ello, hay que defender un sentido amplio de patrimonio, como conjunto de bienes y deudas, comprensivo de dos expresiones del mismo, que tienen una serie de caracteres, funciones y estructura o composición comunes:

— El sentido del patrimonio personal atribuido a la persona como tal, al servicio de sus fines y con responsabilidad frente a los acreedores. En esto se apoya en la teoría personalista, y manifestaciones de la misma son: la existencia de bienes inembargables (la cama, la mesa); el derecho a exigir alimentos a los parientes; la prohibición de donar todos los bienes sin reservarse nada.

— El sentido de los patrimonios autónomos como distintos o separados del patrimonio personal, en los supuestos previstos legalmente. En ello se apoya la teoría objetivista y da lugar a importantes aplicaciones prácticas, que veremos al hablar de las clases de patrimonios.

En definitiva, al seguir esta posición ecléctica del patrimonio, personalista-realista, insistimos en que el conjunto unitario de bienes y deudas recibe o puede recibir un tratamiento unitario tanto por la titularidad como por el destino. Se trata de dos modalidades de patrimonio.

En cuanto al supuesto normal, de pertenencia de los bienes a un titular, puede ser único o plural, y tratarse de persona física o jurídica.

Y en cuanto a la otra modalidad, es aplicable fundamentalmente en los patrimonios autónomos, en que se forma una masa de bienes con destino a una finalidad determinada y que se concreta más adelante en unos destinatarios finales. Es fundamental, el titular del patrimonio, conforme a la tesis personalista que veremos en seguida; pero excepcionalmente y de modo transitorio cabe que su titular esté transitoriamente indeterminado, en cuyo caso cobra relevancia la cohesión de la masa de bienes y deudas por razón de su especial destino. El titular puede ser una sola persona, que será lo normal, dada la relación entre patrimonio y personalidad. Pero existe la especialidad de los patrimonios colectivos, en que la titularidad corresponde a un conjunto de personas. En los patrimonios co-

lectivos, luego veremos que se trata de un patrimonio perteneciente a una pluralidad de titulares más o menos numeroso según los supuestos, pero siempre susceptibles de identificar o determinar. En los patrimonios afectados a un fin no hay propiamente un titular, sino unos destinatarios de los bienes, por la especialidad de esa clase de patrimonio. Esto constituye una aportación de la tesis realista sobre el patrimonio, que atiende a la masa unificada de bienes, más que a la persona de su titular.

La pluralidad de clases de patrimonio exige incluir todos esos supuestos en una concepción del patrimonio que pretende ser general y omnicomprensiva de todas las clases de patrimonios.

d) Teoría realista.

Realista o atomista (**COVIELLO, FERRARA**). Para ella, el patrimonio no es algo distinto de los bienes y derechos que lo componen, sino la suma de todos ellos y, por ello, no puede ser considerado apto para ser objeto de un derecho subjetivo. Niega la necesidad y utilidad del concepto de patrimonio como algo distinto del conjunto de bienes o derechos que lo componen.

III. Funciones del patrimonio personal

Como señalan **GÓMEZ CALLE, Díez-PICAZO y GULLÓN MALUQUER DE MOTES**, podemos destacar las siguientes:

1. Protección de las necesidades esenciales del sujeto.
2. Garantía de los acreedores. El patrimonio es el soporte de la responsabilidad (universal) del deudor (art. 1.911 CC). La seguridad del tráfico y la protección de los acreedores imponen por ello ciertas limitaciones al titular de un patrimonio, a quien se atribuyen deberes de conservación y de mantener la solvencia de su patrimonio cuando contrae obligaciones; la misma razón justifica la atribución a los acreedores de un poder de agresión contra el patrimonio de su deudor en el caso de incumplimiento, o de ciertas facultades excepcionales de índole preventiva.
3. La idea de patrimonio posibilita la subrogación real.
4. Sirve para justificar y concretar los poderes de administración y disposición que en ocasiones se asignan a una persona respecto de sus propios bienes o de bienes ajenos o comunes.
5. Justifica la distinción de masas dentro del patrimonio de una persona, sujetas a diferentes regímenes de responsabilidad.

IV. Caracteres del patrimonio

1. Unidad e identidad.

El patrimonio se configura como una unidad ideal y por ello es idéntico a través del tiempo, sin que importe lo variable y heterogéneo de su contenido en cada momento. Esto explica el fenómeno de la subrogación real, pues no importan los bienes concretos que en cada instante se integren en el patrimonio, sino el valor que representan; también explica que el deudor responda con todos sus bienes presentes y futuros conforme al artículo 1.911 y no con unos bienes concretos o con los que tuviese en un momento dado. El patrimonio es considerado como una unidad, y como idéntico a través del tiempo, con independencia de los elementos que lo integren y de los avatares que les acaezcan, lo que constituye la base de los principios de responsabilidad patrimonial universal y de subrogación real.

2. Legalidad.

Las exigencias de la seguridad jurídica imponen que la creación de patrimonios, así como su separación, reunión y disolución, estén ordenadas por normas imperativas, quedando fuera del ámbito de la autonomía privada. La creación, transmisión, separación, reunión y disolución de patrimonios, abstracta y unitariamente considerados, están excluidas de la autonomía de la voluntad y sometidas a una regulación imperativa de las leyes. Al decir de **DE CASTRO**, “es verdad, que el Código Civil, respecto de «todos los bienes» permite su donación (art. 634) y su aportación a una sociedad universal (art. 1.674). Mas aquí no se trata del patrimonio, pues en uno y otro caso la transmisión se limita a los bienes presentes y no se extiende a los futuros (arts. 635, 1.674, párr. 2); el donatario habrá de conservar además lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634), y el socio conservará en su patrimonio la cuota social correspondiente y su derecho a las ganancias (arts. 1.689, 1.691). También aparece en el Código la posibilidad de constituir «el usufructo sobre la totalidad de un patrimonio» (art. 506); mas aquí se refiere el usufructo de un conjunto o suma de bienes (como en arts. 1.531, 1.532, 1.534) y no de un patrimonio en sentido técnico; en efecto, la constitución puede ser onerosa o gratuita (art. 1.274), en el primer caso quedará fuera del gravamen (del usufructo) la contraprestación abonada y, en el segundo supuesto, habrá que aplicar lo dicho sobre la donación”.

3. Intransmisibilidad.

Como unidad, el patrimonio no se considera transmisible ni *inter vivos* ni *mortis causa* (en este último caso lo transmitido es la herencia).

4. Deberes de conservación del patrimonio.

5. Poderes especiales de los acreedores.

6. Ordenación del contenido del patrimonio.

Impuesta ordenación de su contenido en la esfera externa (derechos y deudas). Ella resulta imprescindible para delimitar la esfera de cada patrimonio (su extensión) frente a la de otros patrimonios, incluso entre sí de los que pueden tener un mismo titular (separación de patrimonios), y para señalar preferencias, en cuanto que, respecto de algún bien, chocan las exigencias de los titulares de distintos patrimonios. (Las acciones rescisorias; tercería de mejor derecho, etc.)

7. Juego del principio de autonomía de la voluntad. Existencia, mantenimiento y expansión.

El patrimonio, como conjunto, difícilmente es compatible con el principio de autonomía de la voluntad, ya que la regulación de su creación, transmisión o disolución queda sometida a la rigidez e imperatividad de las leyes –art. 634 CC, artículo 1.674 CC, el supuesto del artículo 506 CC–, no debe identificarse con la disponibilidad del patrimonio en su conjunto, la cual no le está permitida a su titular, ya que su transmisión no se extiende a los bienes futuros (arts. 635 y 1.674-2.º CC).

Sin embargo, la creación depende de la titularidad de una persona. Su mantenimiento de fuentes originarias, como la aportación o derivativas, la adquisición a título oneroso, la subrogación y los derechos de adquisición preferente, además en su expansión juega la accesión, todo lo que accede natural o artificialmente.

V. Tipos de patrimonio

Como señala **DORAL GARCÍA**, los patrimonios especiales aparecen como excepcionales, son creación especial de la Ley, y sus titulares para serlo han de reunir determinados requisitos. En ellos el tiempo, la temporalidad, provisionalidad, interinidad, etc., marca su iter constitutivo propio.

MALUQUER DE MOTES distingue entre:

1. Patrimonio de titularidad.

Patrimonio de titularidad exclusiva, atribución de éste a un individuo constituyéndose en su patrimonio personal. Esta titularidad propia y exclusiva es la que normalmente contemplan las leyes y significa que los bienes de que se compone pertenecen únicamente a su titular.

2. Patrimonio en administración.

La presencia de una titularidad propia respecto de un patrimonio no excluye la posibilidad de que se atribuya a una persona la titularidad de otros patrimonios, pero en administración. Los padres son los administradores de los bienes de los hijos o el tutor es el administrador de los bienes del pupilo, nos dicen los artículos 164 y 270 CC, y deben administrarlos con la misma diligencia que administren los suyos propios.

3. Patrimonio en posesión.

Situación del patrimonio del ausente y del declarado fallecido (arts. 186 y 197 CC), puesto que se trata de una situación de patrimonio en posesión. En el primero de ellos, el representante legítimo del declarado ausente “disfrutará de la posesión temporal del patrimonio del ausente”, significándose que se atribuye la posesión del conjunto de los bienes al representante para que lo administre. En el supuesto de ser declarada fallecida una persona, no se produce una situación de atribución de un patrimonio en posesión para que se administre, sino que, por la apertura de la sucesión, se atribuye a los herederos del declarado fallecido, pero de forma interina.

Desde otro punto de vista, **GÓMEZ CALLE** distingue entre:

1. Patrimonio personal.

Es la forma normal de patrimonio y por tanto el conjunto de relaciones jurídico-económicas activas y pasivas atribuido a una persona física o jurídica, y al servicio de sus fines; por su íntima vinculación a la persona, repercute en su situación cualquier cambio en el estado civil o condición jurídica de su titular dado su carácter unitario; por ello, dentro del patrimonio general de la persona, no cabe distinguir masas patrimoniales independientes sin que una disposición legal expresamente lo permita. El patrimonio personal se caracteriza por su **legalidad**, es decir, es obra del

derecho objetivo y no cabe la creación, por voluntad de su titular, de otros patrimonios independientes y con trascendencia jurídica propia y diferente. Por ello, y como se verá posteriormente, los otros tipos de patrimonio tienen carácter excepcional y sólo la Ley puede crearlos. La situación del patrimonio personal puede cambiar o debe cambiar en función de distintas circunstancias: por ejemplo, cuando se cambia de **estado civil** (de soltero a casado, de casado a viudo, etc.) o cuando resulta afectada la **capacidad** de la persona (incapacitación) o cuando en algunos casos se altere su condición jurídica.

Los demás tipos de patrimonio aparecen como excepcionales frente a éste. El patrimonio personal es predicable tanto de la persona física como de la jurídica.

Transmisión. Por lo que se refiere a la transmisión del patrimonio personal, es claro que cada uno de los bienes y derechos que lo integran son susceptibles de transmisión, a través de los cauces previstos por el ordenamiento para ello (compraventa, donación, etc.), salvo precepto legal en contrario o cuando pueda así establecerlo la autonomía de la voluntad.

En todo caso, la Ley siempre se preocupa de proteger los intereses que pueden verse afectados por una mala gestión del patrimonio (de ahí, por ejemplo, las limitaciones que se imponen a la realización de donaciones).

En cuanto a la transmisión del patrimonio personal en su conjunto, parece que el único supuesto en que podría producirse es en la transmisión por causa de muerte (*mortis causa*), pues en este caso el patrimonio puede llegar a transmitirse como unidad patrimonial que agrupa todas las relaciones activas y pasivas del causahabiente. En cambio, el ordenamiento jurídico español no admite la transmisión *inter vivos* del patrimonio en su conjunto (en este sentido no puede olvidarse la nota de vinculación a la personalidad de su titular ni tampoco las cautelas que se articulan para proteger otros intereses en juego). Piénsese, sin embargo, en las instituciones mercantiles de modificación estructural, como las fusiones y escisiones, etc.

2. Patrimonio de las personas jurídicas (CC arts. 1.665 y ss.; CCom art. 119).

Lo más frecuente, cuando se persigue alcanzar determinados fines comunes o de naturaleza colectiva, es que se constituya una persona jurídica con un patrimonio propio.

Pero, en ocasiones, esta organización colectiva o pluripersonal no llega a tener una personalidad jurídica independiente de la de sus miembros, aunque se perfila la existencia de una masa patrimonial independiente de las masas patrimoniales de cada uno de los sujetos intervinientes.

Este es el caso de las asociaciones de hecho de carácter temporal y también para algunos, tesis que no compartimos, siguiendo a la mejor doctrina **PAZ-ARES**, el de las llamadas sociedades civiles o sociedades mercantiles de carácter irregular (cuya falta de personalidad tampoco comparte **VICENT CHULIÁ**).

VI. Patrimonios excepcionales o especiales

Como hemos señalado, los demás tipos aparecen como excepcionales o especiales, lo que nos lleva a hablar de los siguientes tipos de patrimonio:

1. Patrimonio separado o autónomo.

Constituye una masa patrimonial atribuida a quien ya es titular de un patrimonio personal, del que el Derecho objetivo lo separa por alguna razón de carácter excepcional. Esa razón puede ser el distinto régimen de responsabilidad por deudas, la especialidad de las formas de gestión y administración; el patrimonio separado sólo existe cuando la Ley de forma expresa lo establece, situación especial que en determinados casos la Ley establece dentro del patrimonio personal, determinando que ciertos bienes de éste estén adscritos a una responsabilidad específica o a un régimen distinto del aplicable a los restantes bienes que integran el patrimonio personal.

Como supuestos de patrimonios separados cabe mencionar: el patrimonio en liquidación (como la herencia aceptada a beneficio de inventario: art. 1.023 CC); los bienes reservables (arts. 968 y ss. CC) y los que son objeto de una sustitución fideicomisaria (arts. 781 y ss. CC); cuando una persona es incapacitada, su patrimonio pasa a ser administrado, como regla general, por el tutor, pero puede haber bienes cuya administración corresponda al incapacitado (arts. 210 y 227 CC); tratándose de hijos sometidos a patria potestad, aunque su patrimonio general queda sometido a la administración paterna, hay ciertos bienes que escapan a la misma (art. 164 CC); aunque el patrimonio del declarado ausente sea administrado por un representante, es claro que si vive tendrá su propio patrimonio separado allá donde se encuentre. Explotación familiar agraria regulada por la Ley de 24 de diciembre de 1981; los bienes que integran dicha explotación.

Vamos a destacar **en materia sucesoria**, comentando tres supuestos:

- La herencia aceptada a beneficio de inventario;
- los bienes reservables; y
- los bienes objeto de sustitución fideicomisaria.

Herencia aceptada a beneficio de inventario. Cuando el heredero acepta la herencia a beneficio de inventario **no se confunden** para ningún efecto, en su perjuicio, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia. Es decir, no se produce una confusión entre el patrimonio heredado (comprendidos bienes y deudas) y el patrimonio propio del heredero, lo que sí ocurre en el caso de aceptación pura y simple de la herencia.

Por ello, el heredero conserva contra el caudal hereditario todos los **derechos y acciones** que tuviera contra el difunto.

El patrimonio heredado funciona con autonomía, tiene sus propias **deudas y cargas**, que se van liquidando con cargo a su propio activo, de manera que sólo se transmitirá al heredero el remanente que quede una vez producida la antedicha liquidación.

Bienes reservables. En este caso el heredero recibe determinados bienes en ciertas condiciones, en atención a las cuales la Ley prevé su **ulterior destino** a favor de otras personas llamadas reservatarios.

A tales efectos y para garantizar la conservación de dichos bienes se articulan distintas **medidas de protección**.

Así ocurre en el caso de la **reserva troncal** (CC art. 811) o de la **reserva viudal** (CC arts. 968 a 980).

En particular, se establecen las **obligaciones** de asegurar con hipoteca determinados valores (CC art. 978) y de inventariar los bienes sujetos a reserva (CC art. 977).

Por otro lado, se prevé también un régimen específico para la **enajenación** de los bienes reservables: en el caso de **bienes inmuebles** habrá de asegurarse su valor si la enajenación se produce antes de que el cónyuge viudo contraiga segundas nupcias (CC art. 974); si la enajenación es posterior a las segundas nupcias, sólo subsistirá si a la muerte del cónyuge viudo no quedan hijos o descendientes (CC art. 975). En el caso de **bienes muebles** queda siempre a salvo la obligación de indemnizar (CC art. 976).

Sustitución fideicomisaria (CC arts. 781 a 784). Finalmente, se encuentran los bienes objeto de sustitución fideicomisaria.

Cuando el testador llama a una persona (**fiduciario**) como primer receptor de sus bienes, disponiendo que en un momento ulterior los mismos pasen a otro heredero (**fideicomisario**), tampoco se produce confusión entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio del fiduciario.

Con ello se consigue garantizar la **conservación** de los referidos bienes, que el fiduciario se obliga a entregar al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos y salvo disposición en contrario del testador.

Patrimonio separado derivado de la sociedad de gananciales (art. 1.344 del CC).

En el régimen económico llamado sociedad de gananciales coexisten diversas masas patrimoniales:

- Por un lado, los **bienes propios** de cada cónyuge;
- por otro lado, los **bienes gananciales** (sueldos de los cónyuges, intereses producidos por los bienes comunes y privativos, etc.).

Cada una de estas masas patrimoniales se rige por un régimen distinto en cuanto a **titularidad, administración, disposición y responsabilidad**. Como regla general, hay que decir que la libertad de administración y disposición es mayor en el caso de los bienes privativos y menor en el caso de los bienes gananciales. Esto se muestra especialmente en la regulación del régimen de disposición de los bienes gananciales (CC arts. 1.377 a 1.381).

Patrimonio del menor (CC arts. 164 y 227). En el caso del patrimonio de los menores sujetos a patria potestad pueden coexistir también diversas masas patrimoniales.

Como antes se ha visto, el supuesto ordinario es que el patrimonio general del menor esté sujeto a la administración legal de los padres. Ahora bien, pueden existir determinados bienes que por disposición legal queden excluidos de ese régimen de administración y, por tanto, a estos efectos, puedan considerarse como un patrimonio separado:

- Es el caso, en primer lugar, de los **bienes adquiridos a título gratuito**, cuando el disponente así lo hubiera ordenado. En este caso se estará a lo que establezca el disponente.
- En segundo lugar, están excluidos los **bienes adquiridos por sucesión**, en los que uno de los progenitores hubiese sido justamente desheredado o no hubiese podido heredar por causa de indignidad. En este supuesto la administración corresponderá a la persona designada por el causante y en su defecto y sucesivamente al otro progenitor o a la persona que se designe judicialmente.
- Finalmente, también es el caso de los bienes adquiridos por el **trabajo o industria del menor**, mayor de dieciséis años, a quien corresponderán los actos de administración ordinaria de tales bienes, necesitando en los demás supuestos el consentimiento de los padres.

Patrimonio del incapacitado. La incapacitación, por regla general, hace que el patrimonio personal del incapacitado quede bajo la administración del tutor. No obstante, legalmente se contempla alguna excepción a esta

regla, excepción de la que se deriva la coexistencia de dos masas patrimoniales distintas, una bajo la administración del tutor y otra bajo la administración de otra persona.

Así, por ejemplo, una persona distinta del tutor podría administrar los **bienes recibidos a título gratuito** cuando así lo hubiese establecido el propio disponente (CC art. 227).

Incluso en el caso del **pródigo** podría hablarse de una masa patrimonial administrada por el curador y de otra masa patrimonial que podría ser administrada por el propio pródigo, pues la sentencia puede determinar que algunos actos de administración los pueda realizar él mismo sin el consentimiento del curador (LEC art. 760.3, a *sensu contrario*).

Patrimonio colectivo, esto es, aquél cuya titularidad corresponde a un grupo de individuos que no constituye una persona jurídica. Su característica viene determinada por la titularidad que corresponde a varias personas al mismo tiempo y puede coexistir con el patrimonio personal de cada uno de los cotitulares del patrimonio colectivo, pero operando de modo independiente, sin confusión entre tales patrimonios, constituido por aquella masa patrimonial atribuida unitariamente a un **conjunto de personas**, cuya unión o asociación no se personifica especialmente (es decir, no constituye una persona jurídica distinta de sus componentes) y en la que, sin embargo, cada una de esas personas, aisladamente considerada, no aparece como titular de la referida masa patrimonial (en esto se distingue de la copropiedad por cuotas, en la que cada comunero es propietario independiente de su cuota).

El ejemplo más claro de estos patrimonios colectivos son los bienes gananciales en el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, donde coexisten los bienes propios del marido o de la mujer (patrimonio personal) con los bienes del matrimonio (patrimonio colectivo), cuya titularidad corresponde de forma conjunta a marido y mujer; también en los bienes en situación de comunidad en mano común.

Patrimonio en situación interina. Patrimonios con titular indeterminado o interino. Es un patrimonio cuya situación el Derecho mantiene en suspenso temporalmente en tanto desaparece la situación anormal que determinó su aparición, que normalmente se debe a la indeterminación de su titular definitivo; el patrimonio se confía entonces a un titular interino, a fin de protegerlo suficientemente y de evitar la disgregación de sus elementos, teniendo en cuenta el interés del futuro titular definitivo. Aunque la idea de patrimonio es inseparable de la existencia de un titular a quien corresponden los bienes y derechos y obligaciones integrantes de su contenido, se admite que transitoriamente el patrimonio no tenga titular

o lo tenga provisionalmente en tanto no se procede a fijar el titular definitivo. En esta situación se encuentra la herencia mientras la aceptación aún no se ha producido (institución de heredero bajo condición suspensiva o en favor de un concebido y no nacido, entre otros supuestos), así como el patrimonio del declarado ausente que es administrado por quien le representa (arts. 185 y 186 CC), la situación de herencia yacente, la adjudicación de bienes de la persona declarada fallecida en tanto no hay constancia efectiva de la muerte; los bienes atribuidos al concebido, o las adquisiciones sometidas a condición.

Patrimonio en liquidación (CCOM/1829 art. 1.098; LEC/1881). En los casos de quiebra y concurso de acreedores se produce una separación completa del titular respecto a su patrimonio.

No obstante, el quebrado o concursado pueden recibir una **asignación alimenticia**, que puede considerarse como un pequeño patrimonio.

2. Patrimonios de destino.

Con tal expresión se designa al conjunto de bienes adscritos a la realización de determinados fines, cuya realización es su propia justificación, de modo que cumplido el fin o siendo imposible su realización desaparecen como entidad propia, siendo precisa su liquidación. No se confunden con el patrimonio personal y están sometidos al régimen jurídico de la norma que los ha creado. Lo que nos lleva al examen de la segunda parte de nuestra exposición.

SEGUNDA PARTE: PATRIMONIO PROTEGIDO DEL DISCAPACITADO

I. Introducción. Posibilidad de aplicación de instituciones jurídicas acuñadas. Fundaciones asistenciales, el Trust

Lo que nos lleva al estudio de la segunda parte de este trabajo, el denominado “**PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**”, a un patrimonio que carece de personalidad jurídica propia en la concepción diseñada por el legislador español, de un patrimonio de destino sometido a una regulación legal propia y de carácter especial frente a la general que ofrece el Código Civil respecto de los demás bienes que integran el patrimonio de la persona.

Como puso de manifiesto **BOLÁS ALFONSO** en conferencia pronunciada en Valencia el 15 de mayo de 2003, bajo el título “Necesidad de un marco normativo de protección de la personas con discapacidad severa: el patrimonio especialmente protegido”. Ante la imposibilidad de constituir en nuestro derecho fundaciones de interés particular, por mandato constitucional, se ha optado por la técnica del patrimonio especial o patrimonio separado, integrado por bienes afectos a un fin, figura conocida en nuestro Derecho, abandonando igualmente la idea de acudir a la figura del “trust” o fideicomiso. Pero el legislador no ha querido dar el paso definitivo de reconocer a este patrimonio separado una responsabilidad limitada en relación con las deudas que pudieran proceder de otros bienes. Estas ideas son, como veremos, básicas en la configuración del patrimonio protegido. **SÁINZ DE ROBLES** ha señalado que con ello se cumple el mandato que el artículo 49 de la Constitución, que imponía a todos los poderes públicos el deber de programar y realizar políticas activas de previsión, tratamiento, reintegración y reinserción de las personas con minusvalías físicas, psíquicas y sensoriales.

Pero a pesar de todo subsiste la gran cuestión patrimonial. Una de las iniciativas más relevantes para garantizar la suficiencia patrimonial de las personas con discapacidad la constituye precisamente el “Estatuto del Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad”.

El Estatuto se refiere a personas con discapacidad física y psíquica. No cabe duda de la buena intención con que se trata de considerar globalmente situaciones muy análogas desde el punto de vista económico. No ocurre lo mismo desde el punto de vista estrictamente personal. En efecto, los **minusválidos físicos** tienen plena capacidad jurídica y de obrar y no existe ningún impedimento legal para que ellos mismos constituyan un núcleo de bienes separado del resto de su patrimonio. Ello, en la medida en que la figura tradicional de los “patrimonios separados” pueda encontrar aquí aplicación y, sobre todo, eficacia.

No ocurre lo mismo respecto de los **minusválidos psíquicos**, que, por definición, tienen mermada o excluida la capacidad de obrar, con independencia de que hayan sido objeto de una declaración judicial.

Pese a los sutiles instrumentos que ha diseñado la Ley, se ve difícil que estas últimas personas puedan constituir por sí y sin el complemento de capacidad de una tercera persona este tipo de patrimonio.

Cuestión distinta es la de los patrimonios constituidos, bien por familiares, bien por terceros. Las facultades para organizar la gestión de esta masa de bienes están, en términos generales, bien diseñados por la Ley, pero aún habrá que considerar si las previsiones del artículo 227 del Código Civil no hubieran sido suficientes, con algunos retoques. Idea sobre la que volveremos, pues ha sido abordada por la doctrina.

La cuestión, a mi juicio, fundamental, es la de la responsabilidad patrimonial universal del discapacitado en los términos generales que establece el artículo 1.911 del Código Civil, que dista mucho de hallarse resuelta en el proyecto.

Es evidente que la **cuestión nuclear** consiste en precisar si es posible, y en qué términos, que este patrimonio protegido quede indemne de la responsabilidad universal del titular. De ello nos ocuparemos en profundidad.

Finalmente, la constitución de estos patrimonios protegidos tiene una dimensión relevante en el aspecto fiscal. Tanto como estímulo para la iniciativa de terceras personas, como para la propia posición económica de los discapacitados.

Lo que es evidente es que hay que valorar positivamente la actuación notarial en la protección de las personas con discapacidad, como instrumento al servicio de la persona y de la justicia preventiva. Así como el cambio legislativo que se introduce con la regulación del Estatuto Patrimonial del Discapacitado.

Existe una idea básica, la superación de la idea de que la persona discapaz necesita una sobreprotección tutelar y familiar. Las personas discapaces son diferentes, no una persona incapaz. Se demuestra la presencia de la voluntad del discapacitado. Igualmente sobre esta idea volveremos posteriormente.

Asimismo, es necesaria la modificación legislativa necesaria para evitar los inconvenientes que la subasta pública conlleva en la enajenación de bienes de menores o personas discapacitadas. En esta línea es necesario un estudio más profundo de la posibilidad de sustituir la autorización judicial previa por una aprobación posterior. También sobre esta posibilidad volveremos con posterioridad.

En el orden económico deben contemplarse los actos de administración, los actos de enajenación y gravamen y los de extraordinaria administración. Los primeros libres, los de enajenación y gravamen con autorización o aprobación judicial, y los de extraordinaria administración con fiscalización posterior.

Como hemos visto anteriormente (entre otros, **BOLÁS ALFONSO**), de las diversas opciones algunos quisieron acudir a la figura de las fundaciones asistenciales e incluso a la figura del trust.

Así, **LEÑA FERNÁNDEZ**, en su conferencia "Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos", propone como instrumento jurídico la admisión de la figura de la fundación familiar para el único supuesto de gestión del patrimonio dotacional a favor del discapacitado, extinguiéndose al fallecimiento de éste. Se trata de satisfacer un interés general indirecto sin caer en las vinculaciones. Las **fundaciones asistenciales**: la

demanda por parte de la sociedad civil de patrimonios autónomos como instrumento ágil para gestionar unos bienes y recursos y satisfacer las necesidades vitales de quienes no pueden gobernarse por sí mismos aboca necesariamente en la figura de la fundación. Regulada en la Ley 30/1994, la fundación se define como la afectación de un patrimonio a un fin de interés general, de muy diversa índole, en una enumeración no exhaustiva recogida por la propia Ley, en la que ocupa un lugar preferente la “asistencia social”. Al recurrir a esta figura hay que observar, no obstante, que se establece la indeterminación de los beneficiarios en el artículo 2.2, precepto que se completa con la proscripción de beneficiarios individuales, con la única excepción de los supuestos vinculados a la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español (art. 2.3). Ahora bien, como señala LEÑA, esta norma –que no constituye una condición básica del derecho de fundación (ex disposición final 1.^a)– no es sino la plasmación de la voluntad de prohibir, en abstracto, las fundaciones familiares, ya denostadas por el eminente civilista don **Federico DE CASTRO Y BRAVO**. El presente Estatuto no persigue, en ningún caso, arbitrar una regulación de ese tipo de fundaciones ni introducirlas como tales en el ordenamiento jurídico, sino, a partir del concepto de interés general que preside la persona jurídica fundación, regular una subcategoría concreta de las fundaciones, denominada fundación de asistencia singular, que también exceptúe explícitamente el artículo 2.3. Este tipo de fundación se constituirá desde la concepción de la asistencia individual a una persona incapacitada como una manifestación de ese interés general. En efecto, si por interés general cabe entender, en una primera aproximación, aquello que redunde en beneficio de la comunidad, la satisfactoria atención de las necesidades de un incapacitado –que paralelamente comporta la aminoración de la función asistencial de la administración, felizmente relegada al ámbito mediato del asesoramiento y del control– repercute necesariamente en toda la sociedad. Completa esta perspectiva la afectación definitiva de los bienes a la satisfacción de las necesidades de los incapacitados, de modo que, al extinguirse la fundación de asistencia singular, los bienes se adscriben a alguna institución de carácter tutelar que tiene por objeto la guarda de otros incapacitados.

El beneficiario, por tanto, de las fundaciones de asistencia singular es aquella persona incapacitada judicialmente, que previsiblemente –desde estimaciones médicas– no recuperará la capacidad y que carece de descendencia. Esta relevante singularidad respecto a las fundaciones en general determina una regulación específica. Se han establecido unas directrices para la constitución y funcionamiento de esta clase de fundaciones, hasta establecer unos índices tipológicos que canalizan la declaración del fundador.

Con la finalidad de sortear las posibles desconfianzas ante una figura

que se sabe novedosa se han desplazado determinados conceptos fundamentales y configuradores al acta jurídica de constitución, convirtiéndolos así en inmutables. En los Estatutos, como norma modificable, tienen cabida exclusivamente las cuestiones referidas al funcionamiento dinámico de la fundación de asistencia singular.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de una fundación de asistencia singular requiere la inscripción de su escritura de constitución en un registro especial que se regulará reglamentariamente, a la cual deberán adjuntarse, entre otros documentos, la sentencia de incapacitación y el testimonio favorable del Ministerio fiscal. La constitución de la fundación de asistencia singular será anotada, además, en el Registro Civil.

La fundación de asistencia singular precisaría de un patrimonio inicial mínimo de quince millones de pesetas, que ha de desembolsarse íntegramente en el momento de su constitución. Posteriormente podrá nutrirse de nuevas aportaciones realizadas expresamente a la fundación, así como por los bienes que pueda obtener por cualquier título el incapacitado, que el tutor canalizará, con la diligencia debida, a la fundación.

Dichos bienes y derechos deberán inscribirse a nombre de la fundación en los registros correspondientes. Se ha considerado que el valor de quince millones, en algún tipo de bienes presumiblemente productivos, es el importe mínimo para generar nuevos frutos en una cuantía suficiente y dificultar, por tanto, el consumo del patrimonio del incapacitado.

La Ley también tuvo en cuenta que puede llegar a ser necesaria la enajenación o el gravamen del patrimonio de la fundación para hacer frente a las necesidades del incapaz. Ahora bien, en beneficio del incapacitado, se requiere autorización previa del protectorado, que podrá exigir informe motivado de la operación para toda enajenación o gravamen de los bienes o derechos que representen un valor superior al 10 por 100 del activo de la fundación y, en todo caso, para los actos de disposición que superen los cinco millones de pesetas.

Además, la fundación de asistencia singular que durante dos años consecutivos haya obtenido unos ingresos anuales superiores a cuatro millones de pesetas deberá elaborar y presentar al protectorado sendos inventarios, balance de situación y cuenta de resultados en los que conste su situación económica, financiera y patrimonial.

La Ley prevé expresamente la no reversibilidad de los bienes y derechos del beneficiario una vez extinguida la fundación, que deberán destinarse a otras personas jurídicas tutelares, sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés general y que tengan afectado su patrimonio al cumplimiento de aquellos mismos fines. Sin embargo, la figura no se aceptó.

En cuanto al **trust**, se trata de una figura ajena a nuestro sistema jurídico y, pese a los grandes problemas jurídicos que generaría su admisión,

permitiría trasladar a nuestro país, aunque sólo sea en beneficio del discapacitado unas soluciones patrimoniales tan prácticas y fiscalmente tan adecuadas como las admitidas en Inglaterra, y allí suficientemente contrastadas en torno a la figura del trust; figura de la que se hace eco al exponer su ponencia sobre la materia en las Jornadas Iberoamericanas de Valencia **JUÁREZ GONZÁLEZ**; se trata de que el padre de un discapacitado erija un trust a favor del mismo de modo que los beneficios reviertan a favor del discapacitado, sin que sea imprescindible que el propietario devenga propietario pleno del bien, hallándose previsto el destino ulterior del patrimonio al fallecimiento de éste.

Como ha tenido ya ocasión de señalar entre nosotros **MARTÍN SANTISTEBAN**, la creación de este “patrimonio de destino” o patrimonio vinculado al cumplimiento de un fin específico presentaría también ciertas analogías, funcionales y estructurales, con el instituto del trust anglosajón, en el que se crea una masa patrimonial, carente de personalidad jurídica, administrada por un sujeto nombrado ex profeso, desvinculada definitivamente de su titular original e insensible a los avatares patrimoniales de sus administradores. En el caso del patrimonio creado en favor del discapacitado, su origen se encuentra en un acto unilateral del constituyente, realizado por acto *inter vivos* o *mortis causa*, y permite distinguir en su proceso constitutivo –al menos conceptualmente, como señala la citada autora– la existencia de un negocio jurídico constitutivo y de uno o varios negocios dispositivos necesarios para el cumplimiento del fin perseguido mediante el acto constitutivo.

Idea que también defiende **Carmen CHACÓN** al señalar que “La institución del patrimonio protegido acoge en nuestro derecho la figura de derecho anglosajón del trust como patrimonio independiente administrado por terceras personas”. Sin embargo, señala **EGEA IBÁÑEZ** que el trust no tiene equivalencia en las instituciones de Derecho civil. El trust supone la existencia de una doble propiedad. La del *trustee*, que se basa en el *common law*, y la de los beneficiarios, que se basa en la *equity*. En un trust hay una doble propiedad, y esta doble propiedad está amparada por un lado por el *common law* y por otro lado por la *equity*. El *trustee* no es un mandatario de los bienes sujetos al trust, sino que es un propietario de estos bienes sobre la base del *common law*. Y a su vez las personas beneficiarias del trust tienen sobre estos bienes un derecho de propiedad basado en la *equity*. Tienen un *equitable estate*.

ANDREOLI señala como caracteres del trust los siguientes:

1. El trust no tiene personalidad jurídica.
2. En el trust existen figuras como la del constituyente, el *trustee* y los beneficiarios, que son cosas distintas de los bienes sujetos a un trust.

3. El trust constituye un patrimonio separado.
4. El trust consiste en una doble propiedad, hay una propiedad del *trustee*, cuya propiedad se basa, como hemos visto, en el *common law*, y otra propiedad de los beneficiarios sobre los bienes del trust, que se basa en la *equity*.

Sin que podamos, abundando en el estudio de esta figura, confundir:

a) Trust y derecho fiduciario.

El trust no puede considerarse como un negocio fiduciario, porque el *trustee* es propietario de los bienes, como hemos visto, con arreglo al *common law*, y tiene sobre estos bienes poderes de administración y disposición, mientras que el fiduciario está vinculado al fiduciante por un pacto de fiducia. El fiduciario es un titular formal.

b) Trust y fideicomiso.

El fideicomiso dentro del Derecho español tiene una aplicación estricta y el fiduciario tiene las facultades expresamente limitadas. El fiduciario no se le parece al *trustee*, que tiene un amplio poder de administración y disposición sobre los bienes. En la sustitución fideicomisaria, el fiduciario está limitado estrictamente a los bienes de la herencia y a las instrucciones que figuren en el testamento. El fiduciario no tiene más facultades que la de conservar y transmitir los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria.

No obstante, recientes estudios de Derecho catalán celebrados en Cataluña sobre esta figura del trust han propiciado ideas nuevas, todo ello motivado por la posibilidad recogida en los antecedentes del último libro del Código Civil de Cataluña de incluir el fideicomiso en Derecho catalán.

Algún autor, como **MUÑIZ ESPADA**, señala que esta figura guarda cierta similitud con el artículo 227 del CC, pero no le da el alcance y utilidad que se hubiere podido conseguir con el paso decisivo que constituye el trust, que es la segregación y la imposibilidad de que los acreedores del patrimonio general puedan agredir este patrimonio. Este patrimonio debería estar aislado y blindado de las relaciones entre el constituyente, del beneficiario y el fiduciario y ser lo más flexible y polivalente posible.

Para la citada autora, el hecho de que la Ley se haya aproximado al trust es indicativo de la reclamación a estas situaciones de la figura de la fiducia y de la necesidad de la recepción en nuestro país del trust.

Nos dice que dicha institución encajaría perfectamente en la filosofía de la Ley porque el trust constituye por excelencia la manifestación de la

autonomía de los particulares y además que encuentra una especial utilidad en la situaciones de protección de los más débiles.

El patrimonio protegido no es una medida definitiva, en sede de sucesiones ha habido medidas más atrevidas. Como la Ley ha quedado a medio camino, con posterioridad se evidenciará la utilidad del trust.

De escogerse este medio, a juicio de sus defensores, estaríamos en presencia de un patrimonio especialmente protegido, pero “verdaderamente protegido”, pues habría auténtica separación de patrimonios.

La separación de patrimonios tampoco se aprecia con nitidez en sede de administración en relación con la administración patrimonial general, institución débil, que como el fondo del artículo 167 italiano tiene aspectos inderogables.

Al poder existir coincidencia entre el constituyente y el administrador (discapacitado), no existe la característica esencial del trust, disociación entre titularidad y beneficiario.

Los bienes que constituyen el trust no están al alcance de los acreedores del disponente, ni del *trustee*, ni de sus causahabientes.

La autoridad judicial debe discernir cuándo se abusa del trust y cuándo no se vulnera norma imperativa y sólo se protegen intereses generales. Al trust no se le aplicarían las limitaciones de los artículos 271 y 272 del CC. Es precisamente la flexibilidad y la dinamicidad frente a las rigideces codicistas lo que ha abierto la figura del trust fuera del mundo anglosajón.

Como estamos observando, se ha querido ver en el patrimonio protegido un acercamiento a la figura que se denomina en el *common law* trust *for disable persons*, pues igual que el trust el patrimonio se quiere vincular con un patrimonio vinculado de destino (ARROYO I AMAYUELAS), pero en el caso español no hay transferencia de propiedad a otra persona distinta del discapacitado. Es éste quien detenta la doble titularidad de los patrimonios (*sic*) y no hay transmisión de propiedad a otra persona para que administre en beneficio suyo. Puede existir un administrador, pero no existe previa transmisión de titularidad al administrador.

II. Planteamiento general

En todo caso, el 2003 fue un año importante en el proceso de búsqueda de la necesaria y obligada equiparación de condiciones para el colectivo formado por las personas con discapacidad como respuesta al mandato constitucional, dirigido a los poderes públicos, de prestación de la atención especializada que requieran y del amparo especial para el disfrute de los derechos (art. 49 de la Constitución).

En el marco creado por la declaración de dicho año como “Año Europeo de las Personas con Discapacidad” se llevaron a cabo diversas iniciativas, tanto públicas como privadas, destinadas a mejorar sus condiciones de vida y su acceso al mercado laboral. Es en este contexto en el que debemos enmarcar tanto la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y la normativa reglamentaria de desarrollo, RD 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Esta normativa viene a sumarse a la ya existente encaminada a posibilitar a las personas con discapacidad la igualdad efectiva en el disfrute de los derechos que corresponde a todo ciudadano.

Entre estas nuevas medidas resaltan de manera singular las de naturaleza fiscal, íntimamente vinculadas, en el caso de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, a las nuevas categorías jurídicas creadas en el marco civil para proteger su patrimonio y garantizar su futuro, como es el caso del denominado “patrimonio protegido”, al que se dispensará un tratamiento especialmente favorable, modificando con tal finalidad el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre Sociedades (IS), Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) e Impuesto sobre el Patrimonio (IP). Todas estas modificaciones son operativas desde el 1 de enero de 2004.

Como hemos dicho, se publicó la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Uno de los aspectos más novedosos y relevantes de esta Ley es la creación de un patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas y sometido a un régimen especial de protección y administración.

Se trata así de procurar mecanismos alternativos que complementen o suplan las posibilidades de prestación social por parte del Estado. Este objetivo ha inspirado, además de la creación del patrimonio protegido del discapacitado, las modificaciones del Código Civil en materia de régimen sucesorio y otros instrumentos de protección patrimonial del discapacitado, como el contrato de alimentos.

También debe situarse en este contexto la posibilidad, introducida en el Código Civil por la citada Ley, de que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en

el futuro, pueda adoptar cualquier disposición relativa a su persona “o bienes”, incluida la designación de tutor.

Por lo que ahora interesa, la Ley contiene normas relativas a la administración del patrimonio, confiriendo al constituyente amplias facultades para establecerlas, y determina los beneficios fiscales que se otorgan al mismo. Se ocupa también de la supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio, a cargo del Ministerio fiscal y de la autoridad judicial, previendo la creación de una Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que tiene entre sus funciones el auxilio y asesoramiento del Ministerio fiscal; regula también la constitución y extinción de este patrimonio especial y otros aspectos accesorios que iremos viendo.

Esta Ley tiene carácter supletorio respecto de las normas que pudiesen existir en los diversos Derechos forales o especiales, que son de aplicación preferente.

Podríamos definir el “patrimonio especial del discapacitado” como un conjunto de bienes que, por estar específicamente destinado a atender las necesidades vitales de una persona con limitaciones, goza de un régimen especial de protección. Decimos “específicamente destinado” porque, en principio, todos los bienes de una persona, capaz o incapaz, están destinados a satisfacer sus necesidades. ¿Qué es entonces lo que específicamente satisface este conjunto de bienes dotados de un régimen especial? Estamos en presencia de un acto formal de destino efectuado por su titular en las condiciones establecidas por la Ley.

Podríamos definir el “patrimonio especial del discapacitado creado” como un conjunto de bienes que, por estar específicamente destinado a atender las necesidades vitales de una persona con limitaciones, goza de un régimen especial de protección. La constitución de un patrimonio protegido, el patrimonio especial del discapacitado, supone un cambio en el *status* patrimonial de la persona, que sin embargo no llega a alcanzar el rango de estado civil. Por ello no tiene acceso al Registro Civil como tal, sino únicamente a través de la representación legal, cuando exista; pero transforma en alguna medida el *status* patrimonial del individuo en su vida socioeconómica. Al crear el patrimonio protegido, la persona pasa a tener una condición jurídica diferente, de modo que a la hora de establecer relaciones jurídicas con ella habrá que ver si estamos en el caso de un bien integrante de una masa patrimonial o de otra diferente, en las que se divide su patrimonio. Por ejemplo, el caso de “representación legal doble”, es decir, cuando sean distintos su representante legal ordinario (padres, tutores o curadores) y el representante especial del patrimonio protegido, habrá que tener en cuenta, a la hora de celebrar un negocio jurídico, con cuál de ellos hay que entenderse.

III. El concepto de patrimonio protegido

1. Características.

Tanto desde la perspectiva civil como fiscal, la gran novedad que incorpora la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, es la creación de la figura del “patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, a cuya regulación dedica todo su capítulo I, artículos 1 a 8.

Esta institución trata de dar respuesta a una vieja aspiración de los discapacitados y de quienes tienen alguna persona con discapacidad a su cargo, y nace con el objetivo de articular financiera y patrimonialmente el futuro económico de los mismos, al someter a un régimen patrimonial y fiscal singular determinadas aportaciones de bienes y recursos, siempre que se adscriban a atender las necesidades vitales de estas personas. El artículo 5, párrafo 4.º, establece que: “Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido”.

Con la creación de esta figura legal se pretende proteger patrimonialmente a los discapacitados al favorecer, como indica el artículo 1, la aportación a título gratuito de bienes y derechos a un patrimonio que carece de personalidad jurídica propia. La ausencia de personalidad jurídica propia y diferenciada distingue esta figura de la fundación, caracterizada, precisamente, por alumbrar una persona jurídica (la fundación, distinta de su fundador) y que se distingue del resto del patrimonio personal de su titular, estableciendo además “mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”.

a) *Patrimonio de destino.*

Se trata, por tanto, en la concepción diseñada por el legislador español, de un patrimonio de destino. La consideración de este patrimonio como “**patrimonio de destino**” es declarada expresamente por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley: “Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”. Esta mención figuraba ya en el proyecto de Ley presentado por el Gobierno, con fecha 6 de junio de 2003, y permaneció inalterada a lo largo de toda su tramitación parlamentaria, sometida a una regulación legal propia y de carácter especial frente a la general que ofrece el Código Civil. El carác-

ter civil del instituto se refuerza claramente al establecer su régimen jurídico, ya que, como se señala en el artículo 1.2.º: “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil”.

Respecto de los demás bienes que integran el patrimonio de la persona, la creación de este “patrimonio de destino” o patrimonio vinculado al cumplimiento de un fin específico presentaría también ciertas analogías, funcionales y estructurales, con el instituto del trust anglosajón, como hemos visto anteriormente y no vamos a insistir. En el caso del patrimonio creado en favor del discapacitado, su origen se encuentra en un acto unilateral del constituyente, realizado por acto *inter vivos* o *mortis causa*, y permite distinguir en su proceso constitutivo la existencia de un negocio jurídico constitutivo y de uno o varios negocios dispositivos necesarios para el cumplimiento del fin perseguido mediante el acto constitutivo. Estamos en presencia de un patrimonio de destino (**SERRANO GARCÍA**).

Insistamos, no obstante, en la configuración de este patrimonio. Como hemos dicho, se trata de un patrimonio de destino, carente de personalidad jurídica. Se trata de un patrimonio de destino porque está vinculado a la satisfacción de una determinada finalidad, por lo que los bienes integrantes de ese patrimonio, así como sus frutos, deberán dedicarse a su consecución. La Ley va más allá y habla de “afección” de tales bienes, frutos, productos y rendimientos al cumplimiento de la finalidad prevista. No creemos que pueda hablarse en sentido técnico de afección, pues los mecanismos que la Ley impone para garantizar el destino de tales bienes no implican la sujeción real de éstos al fin perseguido.

¿Es un patrimonio protegido? Obsérvese que junto al sustantivo “patrimonio” aparece siempre el adjetivo “protegido”. ¿Cómo puede calificarse esta expresión, “patrimonio protegido”, y encuadrarse dentro de las categorías jurídicas tradicionales de nuestro Derecho Civil?

Planteadas así las cosas, no se ve clara la utilidad de acuñar un nuevo concepto jurídico, lo único que existe en esta Ley es un conjunto de normas que establecen ciertos beneficios, particularmente de orden fiscal, y un régimen especial de administración que garantice el cumplimiento de la finalidad para la que se otorgan estos beneficios.

Para obtener este resultado bastaría, desde un punto de vista conceptual, con la referencia del artículo 1.732 del CC (como en efecto se ha hecho), estableciendo la supervivencia del mandato después de la incapacitación del mandante, que era una de las causas de su extinción; y añadiendo que el mandato podrá otorgarse a estos efectos por el representante legal (lo cual acertadamente no se ha llevado a cabo). Pero todo

esto, como decíamos, sólo tiene sentido en función del objetivo antes reseñado: los beneficios de orden fiscal y “el respeto a la voluntad de la persona para después de su incapacidad”. No tiene ningún sentido hablar de la inclusión de bienes en un patrimonio protegido, extinción de un patrimonio protegido, etc., como realidad autónoma, ya que por sí mismos nada significan. Su relevancia se la otorga únicamente su carácter auxiliar para entender y aplicar lo que realmente tiene entidad propia: la administración y los beneficios fiscales. Como fácilmente se puede apreciar, esto no tiene entidad suficiente para crear una institución jurídica.

Todo ello conduce a la conclusión de que no está legitimada, en nuestra opinión, la creación de una categoría jurídica, que por definición tendría que tener un alcance genérico para que en ella pudieran incluirse otras situaciones en un número suficiente como para justificar su existencia, y que el artificio de la categoría rindiese una utilidad manifiesta al intérprete, como ocurre, por ejemplo, con la de patrimonio.

b) *Patrimonio separado.*

El legislador no utiliza la expresión patrimonio separado, sino “masa patrimonial”, “patrimonio de destino” y “patrimonio protegido”. Sin embargo, por otro lado, regula el régimen de administración y control a que queda sujeto el mismo, así como los requisitos exigidos para la incorporación de nuevos activos. Sin embargo, no establece un régimen especial de responsabilidad, lo que puede hacer pensar que no existe patrimonio separado. En el fondo, la cuestión reside en determinar cuál es la esencia del denominado patrimonio separado, es decir, si es o no esencial al mismo la independencia de las responsabilidades a que queda afecto; por ello, autores como **FAIRÉN MARTÍNEZ** dan especial relevancia, para delimitar el concepto de patrimonio separado, a la idea de separación de responsabilidad por deudas. Tesis que compartimos.

Sin embargo, el hecho de que la Ley no haya introducido ningún precepto que regule la cuestión puede interpretarse como indicativo de que el patrimonio protegido no va a quedar sujeto a un régimen especial de responsabilidad separada o diferente de la que afecta al resto del patrimonio del beneficiario, de manera que las deudas generadas en el ámbito del patrimonio separado podrán hacerse efectivas no sólo contra éste, sino también procediendo contra todos los bienes del discapacitado.

No obstante, con ánimo de clarificar las cosas, **PEREÑA VICENTE** llega a una interpretación teleológica, advirtiendo que la finalidad perseguida por el legislador, como el mismo declara reiteradamente en el articulado y en la Exposición de Motivos, es la de proteger al discapacitado favoreciendo la creación de este patrimonio protegido, del que dice en su Expo-

sición de Motivos que se aísla del resto del patrimonio personal del beneficiario. Se quiere con ello indicar que el legislador crea un patrimonio separado y que existirá independencia en cuanto a las responsabilidades de uno y otro.

Para resolver esta cuestión, **PEREÑA VICENTE** señala que debemos diferenciar dos aspectos que tienden a confundirse, pero que, a su modo de ver, son diferentes. Pues una cosa es que estemos ante un patrimonio separado y otra que no exista comunicación de responsabilidades entre los diferentes patrimonios. Respecto a la primera cuestión, entendemos que la voluntad del legislador es la de crearlo, pues, a pesar de no utilizar literalmente la expresión, continuamente se refiere a “patrimonio de destino” o “patrimonio protegido” y la idea de aislar un conjunto de bienes dentro del patrimonio personal de una persona responde al concepto de patrimonio independiente o separado para sujetarlo a un régimen especial de administración y control y, como ponen de manifiesto **DÍEZ-PICAZO y GULLÓN**, no es esencial para que exista patrimonio separado la separación de responsabilidades, sino que éste puede responder a la necesidad de que exista un régimen especial de administración. La no comunicación de responsabilidad por deudas no es, para este sector doctrinal, esencial para que exista patrimonio separado, porque, como pone de manifiesto algún autor (**DE LOS MOZOS**), existe patrimonio separado aunque la separación no llegue a ser absoluta.

Si admitimos, en dicho sentido, que el patrimonio protegido es un patrimonio separado todavía deberíamos plantearnos si existe esa comunicación de responsabilidad o, por el contrario, cada patrimonio va a hacer frente a sus propias deudas.

Para que existiese separación de responsabilidades debería exigirse que la Ley lo estableciese expresamente o bien que dotase de personalidad jurídica al patrimonio protegido. Pero ninguna de estas dos premisas se cumplen, por lo que entendemos que existe comunicación de las responsabilidades, por aplicación del artículo 1.911 del CC, siendo un momento irrepetible el desperdiciado por el legislador tanto para establecer la separación en sentido estricto como la comunicación de responsabilidad.

Por ello, a pesar de todo lo expuesto y que una terminología tan explícita no parece que configure esta masa de bienes especialmente protegida y se pueda incluir dentro de la figura tradicional acuñada en la dogmática de nuestro Derecho civil con el término “patrimonio”.

Recurriendo al autorizado magisterio del profesor **Federico DE CASTRO**, podemos definir el patrimonio como “una masa de bienes de valor económico (haber y debe) afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele a quien sea su titular. Masa de bienes a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales; que serán,

en fin de cuentas las que vienen a determinar la definición de patrimonio". Parece claro que aquí no se dan las notas definidoras y caracterizadoras del patrimonio, al menos si queremos mantener la categoría en sus términos tradicionales, lo cual no necesariamente tiene por qué ser así, pero el cambio de un concepto de tanta raigambre sólo puede ser alterado con motivos de suficiente entidad.

En primer lugar falta la nota esencial de poseer un ámbito de responsabilidad autónoma", esa "doble faz" que, en justas palabras del citado profesor **DE CASTRO**, define el patrimonio: se trata de una masa de bienes que, por una parte, implica un ámbito de libertad, de poder de actuación para el individuo o titular y, por otra, supone una garantía de sus deudas, un aspecto pasivo o de restricción de su libertad. En el caso del patrimonio especialmente protegido del discapaz, al que estamos refiriéndonos, no existe en modo alguno una relación legal de deudores independientes y distintos de los acreedores generales del discapaz, cosa que necesariamente tendría que existir, puesto que se trata evidentemente de un "patrimonio separado", ya que no abarca todos los bienes del discapaz, ni existe tampoco una ordenación de concurrentes posibles, notas ambas características del concepto técnico-positivo del patrimonio.

Precisamente la ausencia de separación o segregación de los bienes transmitidos a la persona discapacitada respecto del resto de su patrimonio personal constituye diferencias importantes con el instituto anglosajón del trust.

El principio de separación es esencial cuando una persona posee varios patrimonios. La separación técnicamente implica un destino especial y diferenciado del resto del patrimonio general o de otros patrimonios separados, y ello supone que sólo los bienes afectos por esa finalidad formen parte de él y que únicamente corran a cargo de ellos deudas determinadas; es lo que ocurre, por ejemplo, con los patrimonios en liquidación, como la herencia aceptada a beneficio de inventario. Por otra parte, la existencia de un patrimonio separado implica la posibilidad de establecer relaciones jurídicas entre éste y el patrimonio general (un arrendamiento, por ejemplo, de un bien de una sociedad de un solo socio por el propio socio como persona física); implica también la no existencia de confusión ni consolidación, etc. Ninguna de estas figuras jurídicas está presente en el caso que ahora nos ocupa.

Este patrimonio especialmente protegido no constituye un patrimonio propiamente dicho en un sentido técnico-jurídico y mucho menos tiene personalidad jurídica, como, innecesariamente, aclara la Exposición de Motivos II, párrafo 2.º Se trata más bien de una masa o conjunto de bienes sujetos a un régimen especial de gestión y al que se le otorgan determinados beneficios de orden fiscal en razón de la protección.

Como señala **SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS**, una de las mayores carencias de la Ley es la falta de limitación de la responsabilidad del patrimonio protegido únicamente a sus propias deudas. Y aunque inicialmente se quería introducir unas reglas similares a la figura del trust, lo cierto es que, como afirma **SERRANO GARCÍA**, al no haberse atrevido el legislador a modificar el artículo 1.911 del CC, el patrimonio protegido sólo tiene de patrimonio unas reglas especiales de administración y disposición.

Algún autor, como **MARTÍN SANTIESTEBAN**, mantiene la idea que se debía haber establecido cierta preferencia a favor de los acreedores que contraten con el patrimonio protegido sobre los demás acreedores.

A juicio de **GÓMEZ GÁLIGO**, siempre es posible establecerlo convencionalmente en el momento de otorgamiento de la escritura constitutiva, por analogía con lo que ocurre en el artículo 1.807 del CC.

c) *Patrimonio adscrito a un fin.*

Se trata precisamente de individualizar un conjunto de bienes para adscribirlo a las *ventajas, a la finalidad específica de satisfacer las necesidades de personas* con discapacidades físicas o psíquicas.

Incluso la propia Exposición de Motivos de la Ley califica el patrimonio protegido del discapacitado “como un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”. También se habla de una “afección” de los bienes y derechos que lo integran, así como de sus productos y rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Pero tampoco es eso exactamente. Es cierto que el patrimonio supone, a veces, la existencia de bienes que se separa del resto, o de otras masas, por su adscripción a un fin; *que* técnicamente (en el sentido de concepto necesario o al menos útil y siempre basado en *el* Derecho positivo) exista un patrimonio adscrito a un fin, es necesario que el “fin”, por decirlo así, se imponga por encima de la persona física, de manera que aquél adquiera entidad superior al individuo. Se podría casi afirmar, con un exceso quizá de afán didáctico, parodiando la definición de fundación, que el patrimonio adscrito a un fin implica un “fin con personalidad jurídica”. No estamos evidentemente en el caso de la fundación, pues la fundación no es un patrimonio separado de su fundador o de sus beneficiarios, sino una persona jurídica (quedan pocos restos de esta figura del patrimonio adscrito a un fin en nuestro Derecho, como sería, por ejemplo, el caso de los bienes en situación prefundacional. En todo caso, una vez suprimidos los mayorazgos en la época liberal y la regulación de las

fundaciones como patrimonios personales, este tipo de patrimonios tiene un carácter absolutamente excepcional y carente de una regulación bien definida).

Esta falta de auténtica vinculación se aprecia si se considera que, pese a que las palabras utilizadas en la Exposición de Motivos y en el citado artículo 1 de la Ley, en caso de que el acto realizado por el administrador no esté encaminado a satisfacer las necesidades básicas del beneficiario, éste no sería, como regla general, impugnabile. Como han señalado algunos autores, los mecanismos que la Ley impone para garantizar el destino de los bienes no implican la sujeción real de éstos al cumplimiento del fin establecido en la misma.

En el caso de inmuebles, la mención de que los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad forman parte del patrimonio especial del discapacitado no es causa de resolución y consiguiente recuperación de los bienes que hayan sido enajenados contraviniendo la finalidad a la que los mismos se hallaban afectos. La mención producirá simplemente el cierre del Registro a los actos inscribibles (de administración, en sentido amplio) que no respeten las reglas de administración establecidas, incluida, en su caso, la autorización judicial en los casos en que ésta sea preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2. Se trata, por tanto, de una norma preventiva dirigida más bien al registrador como un elemento que éste ha de tener en cuenta en la calificación, pues una vez constatada la cualidad de bien integrante de un patrimonio especial del discapacitado deberá exigir el cumplimiento de los requisitos legales para los actos inscribibles.

Además, esta mención elimina el requisito de la buena fe, de manera que los terceros subadquirentes no quedan protegidos en cuanto figura en el Registro una posible causa de resolución. Respecto del primer adquirente, no sería necesaria ninguna prevención, pues la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a la ley (cfr. art. 33 LH). Por tanto, la afección como tal no tiene repercusión alguna, es decir, el hecho de que no se destine a satisfacer las necesidades vitales no puede determinar la resolución, sino el mero incumplimiento de una obligación por parte del administrador. Todo ello sin perjuicio de que dicha afección, como veremos, pueda lograrse, en su caso, mediante el establecimiento de una prohibición de disponer dentro de los límites previstos en el Código Civil y la legislación hipotecaria (arts. 641, 781 y 785 CC y 27 LH).

En consecuencia, en los casos en los que el discapacitado mantenga su capacidad de obrar, en los que dicha autorización no resulta necesaria, y aquél haya sido designado, por sí mismo o por el aportante de los bienes, administrador del patrimonio protegido, la pretendida "afección" será muy poco efectiva. Se reduce a que el Ministerio fiscal pueda, de oficio

a instancia de cualquier persona, instar al juez las medidas concretas previstas entre ellas, la sustitución del administrador y el cambio de las reglas de administración.

A lo largo de los tiempos hemos visto cómo respecto del discapacitado la propia evolución terminológica pone énfasis en su condición de personas con discapacidad y su protección como tales y no a su familia, superando la terminología disminuido, subnormal, anormal, deficiente mental, minusválido, etc.

Una de las características de la Ley es lo distinto de los conceptos de discapacidad, incapacidad, incapacitación, que maneja indistintamente.

La Ley presupone su constitución *inter vivos*, pero nada impide que se constituya por vía testamentaria.

Valorando la Ley en su globalidad, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo existían soluciones en el Código Civil 164,1.º y 223, que excepcionaban la actuación de los padres y de los tutores tratándose de menores o incapacitados que se podían haber aplicado los discapacitados, pese a que estos preceptos no estaban pensando en los mismos, pero pudieron ser incluidos como beneficiarios de estas disposiciones. No podemos olvidar que los beneficios fiscales podemos obtenerlos por los fondos de inversión. Y que el mundo de la discapacidad es amplísimo y las afectaciones diversas en su etiología y diversidad. En suma, para el indicado autor parece nuestro venerable Código más flexible que la legislación especial del patrimonio protegido.

Sin embargo, la crítica más grande que se le puede hacer a esta Ley es que el patrimonio protegido no es patrimonio, porque, como ya puso de manifiesto **BOLÁS ALFONSO** –yo mismo en estas Jornadas– y toda la doctrina española, el legislador no se ha atrevido a modificar el artículo 1.911 del CC, que como sabemos regula el principio de responsabilidad patrimonial universal. Por ello sólo tiene de patrimonio unas reglas especiales de administración y un destino esencialísimo, pero no es un patrimonio separado en sentido estricto, por mucho que se quiera inflar el término. Aunque en su día hubo enmiendas, éstas no han clarificado que este patrimonio de destino que se crea tenga el concepto de patrimonio separado.

Como señala **PEREÑA VICENTE** al referirse a los destinatarios de la reforma, señala que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, incorpora novedades, como hemos visto, que suponen la modificación de instituciones como la legítima, los legados y la tutela, pero también la creación de nuevas figuras, como el contrato de alimentos, la autotutela o el patrimonio pro-

tegido; sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas que este último presenta son el objeto de nuestro estudio, especialmente por las provocadas por su cercanía con otra institución clásica del Derecho civil: la incapacidad y causas.

Dedicada a los discapacitados, incorpora, en alguno de sus preceptos, a los incapacitados, por lo que una de las cuestiones que incita a abordar es en qué medida coinciden estos dos conceptos, si se excluyen o se superponen o si, por el contrario, cada uno tiene un campo de actuación propio.

Por ello, insistiendo una vez más en quiénes son los destinatarios de la reforma, enunciarnos, ¿discapacitados o incapacitados?

Aunque de acuerdo con lo que anuncia el título de la Ley y desarrolla su Exposición de Motivos, la norma persigue la protección de las personas con discapacidad. El artículo segundo delimita el concepto al exigir un determinado porcentaje de minusvalía para que pueda considerarse al discapacitado como beneficiario de la Ley: si la minusvalía es psíquica, deberá ser igual o superior al 33 por 100; si es física o sensorial, igual o superior al 65 por 100.

La Ley desvincula la discapacidad de la incapacidad, ya que en la Exposición de Motivos no exige que se haya declarado judicialmente la incapacidad para que pueda existir un beneficiario de un patrimonio protegido, y ni siquiera exige que concurra en el mismo una causa de incapacidad de las previstas en el artículo 200 del CC.

De acuerdo con este planteamiento, podemos encontrarnos con diferentes posibilidades (**PEREÑA VICENTE**):

La primera, que se trate de una persona incapacitada judicialmente en la que, además, concurra el grado de minusvalía exigido por la Ley.

La segunda, que se trate de una persona incapacitada judicialmente en la que no concurra el grado de minusvalía exigido por la Ley, porque la deficiencia que presente no sea del porcentaje exigido por ésta y, sin embargo, le impida gobernarse por sí misma, que es lo que exige el artículo 200 del CC para que tenga lugar la incapacidad.

La tercera, que se trate de una persona no incapacitada judicialmente en la que concurra el grado de minusvalía exigido por la Ley. En este caso, a su vez, puede ocurrir que la persona sufra o no una de las causas de incapacidad del artículo 200.

En el primer y tercer supuestos estaríamos en presencia de un discapacitado de los que protege la Ley de 18 de noviembre de 2003, mientras que en el segundo, a pesar de tratarse de un incapacitado, no sería discapacitado y, por ello, no sería el destinatario de esta Ley. Sin embargo, esta afirmación no es del todo correcta. Sí lo es en lo que se refiere al capítulo I de la Ley, que es lo que se va a mantener como ley especial y

en el que se regula el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, ya que no será posible su creación en los casos de incapacitación, solamente en los que exista el grado de discapacidad exigido por el artículo 2 de la Ley. En el capítulo II, las cosas cambian. La Exposición de Motivos da a entender que las modificaciones que introduce en el Código Civil, en materia de contratos y de sucesiones, se dirigen también a los discapacitados, pero, al analizarlas, observamos que no mantiene una progresión lineal, ya que en algunas ocasiones se refiere a los discapacitados, en otras a los incapacitados y, todavía más, en su ánimo protector amplía su ámbito, en ciertos casos, a las personas con dependencia.

Lo que sí es evidente es que los discapacitados son, como hemos anunciado, los únicos posibles beneficiarios del patrimonio protegido.

La Ley dispone que podrá acreditarse por sentencia judicial o por certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente (art. 2.3). Pero, ¿a qué sentencia se refiere la Ley y a qué procedimiento? ¿Podrá ser una sentencia de incapacitación? Lo que es también evidente que en el momento de la constitución del patrimonio protegido ante notario éste deberá realizar un juicio de capacidad. Entendemos que la acreditación deberá efectuarse por certificado expedido por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma o bien por resolución judicial firme en la que se resuelva el recurso interpuesto contra dicho certificado. La incapacitación judicial del artículo 200 del CC sólo podrá producirse, de acuerdo con el artículo 199 del mismo cuerpo legal, por sentencia judicial en un procedimiento civil, y éste será el único medio por el que podrá acreditarse la incapacitación judicial.

2. Constitución del patrimonio.

En la constitución del patrimonio hay que tener en cuenta diversos principios, así no cabe constituir un patrimonio protegido a favor de más de una persona y que ésta debe tener un determinado grado de minusvalía, acreditado de conformidad al RD 1971/1999, de 23 de diciembre, modificado por RD 1169/2003, de 12 de septiembre.

La constitución tiene carácter de negocio unilateral y no recepticio, mediante el cual alguna de las personas que después indicaremos manifiesta su decisión de vincular y someter ciertos bienes a un destino y a un régimen especial de protección. No necesita aceptación. Ni siquiera en el caso de que la iniciativa, que no la constitución, provenga de un tercero. En este último caso, obedeciendo a la sugerencia del tercero, la persona legitimada para la creación del patrimonio lo lleva a cabo, pero de manera unilateral; estas dos intervenciones no se pueden ver como elementos configuradores de un negocio jurídico que haya de formarse con varias de-

claraciones de voluntad. La aceptación del beneficiario se requiere, como es lógico, para las aportaciones posteriores, como después veremos, pero entonces ya no se trata estrictamente de la creación del patrimonio, pues éste ya ha sido constituido previamente.

La declaración formal de creación de un patrimonio especial del discapacitado ha de ir necesariamente acompañada de la dotación de bienes; no cabe la mera declaración constitutiva. El artículo 3.3 establece con carácter general que el documento de constitución contendrá necesariamente “el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido”. Por su parte, el artículo 3.2, para el supuesto de que el patrimonio se constituya a instancia de terceros, establece, en su párrafo 1.º, que la solicitud deberá hacerse “ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados y suficientes para ese fin”.

Salvo el caso de resolución judicial, la constitución habrá de efectuarse en documento público, que será, normalmente, una escritura pública notarial, ya que éste es el cauce adecuado para las declaraciones de voluntad. Dicho documento público o resolución judicial deberá contener necesariamente, como contenido mínimo, según hemos dicho, el inventario y las reglas de administración y fiscalización.

A) *Elementos personales.*

El beneficiario del patrimonio protegido es el discapacitado en el que concurre el grado exigido por el artículo 2 de la Ley, existiendo varias posibilidades de constitución.

Para analizar la cuestión, vamos a diferenciar entre el constituyente del patrimonio y el aportante.

a) *El constituyente.*

Están legitimados para constituir el patrimonio protegido el propio discapacitado (por sí o por medio de apoderado, lo que ocurre es que si el discapacitado careciere de la capacidad necesaria y el poder es de los dotados de ultractividad de efectos, sí sería aplicable el régimen de que el apoderado establezca libremente las reglas de administración o en otro caso jugarán las cautelas establecidas en los arts. 271 y 272 del CC), sus padres, tutores o curadores. También puede constituirse por autorización judicial en el caso de que los padres o tutores se nieguen injustificadamente a su constitución (art. 3). Podrá también constituir el patrimonio protegido, en los supuestos de discapacidad psíquica, el guardador de hecho “con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario” (art. 3.1 c).

De todas estas cuestiones debemos analizar:

Respecto al discapacitado, la Ley exige que tenga capacidad de obrar suficiente. ¿Debe tener capacidad dispositiva o no? En principio, la constitución del patrimonio no supone un acto de enajenación, ya que el titular del bien seguirá siendo el discapacitado. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada. En aquellos supuestos en los que a la constitución del patrimonio se acompañe un régimen de administración que implique que ésta va a corresponder a persona distinta del incapacitado, debe exigirse que éste tenga capacidad de disposición, ya que la administración, como indica la Exposición de Motivos, comprende la disposición; ahora bien, en los supuestos en los que el discapacitado no tenga capacidad de obrar, dice la Ley que podrán constituirlo sus padres, tutores o curadores. En el caso de padres o tutores, estamos ante un supuesto normal de representación legal en el que actúan sustituyendo al incapaz en su interés. Pero ha llamado la atención de la doctrina (**SERRANO GARCÍA, PEREÑA VICENTE, MARTÍNEZ DÍE**) el supuesto previsto en la norma referido al curador, pues la Ley está atribuyendo al mismo una capacidad que no le corresponde, pues debemos tener en cuenta que éste no sustituye, sino que asiste a aquél que tiene que constituir el patrimonio cuando tiene limitada su capacidad; sin embargo, no es éste el tenor literal del precepto que sitúa a éste al mismo nivel que a los padres y tutores. ¿Será que la Ley pretende alterar el concepto mismo de la curatela? ¿O será un descuido en la redacción? (**PEREÑA VICENTE**). La doctrina entiende que no puede ser otra cosa más que una falta de precisión del legislador y, por tanto, sólo al discapacitado corresponderá la legitimación para constituir el patrimonio. El curador no sustituye su voluntad, sino que la complementa, le asiste como dispone el artículo 289 del CC. Por tanto, si de acuerdo con la sentencia de incapacitación el incapacitado por sí solo puede constituir el patrimonio protegido, no será necesaria la asistencia del curador. En otro caso, éste deberá asistir al incapacitado, pero nunca podrá sustituirle.

FÁBREGA RUIZ ha puesto recientemente de manifiesto en su estudio sobre “La guarda de hecho y la protección con las personas con discapacidad” que esta institución tiene una gran importancia en la vida diaria, social y de protección de los discapaces, sin que exista una regulación amplia, completa y acabada, que permita utilizar el potencial de este mecanismo protector y que, aunque sea una institución de hecho, podría reconocérsele documentalmente a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, decreto del Ministerio fiscal dictado en un expediente informativo, acta notarial de notoriedad, etc. Y es que, como señala el indicado autor, la posibilidad de realizar actos en representación del discapaz, no son sólo los personales, sino también los conservativos, de administración y de disposición. Por ello, la doctrina se decanta por la posibilidad de cons-

titución, acreditada la guarda fáctica, la procedencia de los bienes afectos y la utilidad del acto constitutivo, sin perjuicio de la puesta en conocimiento de los hechos en el Ministerio fiscal (**MARTÍNEZ DÍE**).

En suma, el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

Asimismo, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta Ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

Lo expuesto nos lleva de la mano a los problemas que surgen ante la alternativa que admite la Ley en función de que el discapacitado tenga o no “capacidad de obrar suficiente” y a la figura del aportante.

Comenzando por el primero, consiste en determinar quién debe apreciar esa capacidad. En principio puede pensarse que, al exigir la Ley que se constituya en documento público, podrá ser apreciada por el notario autorizante. Si éste estima que tiene capacidad suficiente, no hay problema. Pero si no aprecia capacidad no podrá autorizar su creación. En este caso se hace totalmente necesario, para que pueda constituirse el patrimonio protegido, que se inicie un procedimiento de incapacitación, pues sólo el juez podrá constituir la tutela o curatela, excepto que se trate de un menor cuya representación viene atribuida por la Ley a los padres. Por eso, aunque la Ley, como hemos visto, intenta desvincular la discapacidad de la incapacitación, en muchos casos será imposible proteger al discapacitado si no está incapacitado (**PEREÑA VICENTE**). En cuanto al aportante...

b) *El aportante.*

Junto al constituyente del patrimonio puede aparecer, como hemos visto, la figura del aportante, que es aquel que realiza una aportación al pa-

patrimonio protegido ya constituido o bien solicita su creación ofreciendo una aportación. La Ley introduce un concepto jurídico indeterminado en este punto, ya que no permite que cualquier persona pueda llevar a cabo una aportación, sino que exige que se trate de “persona con interés legítimo”. Lo tienen los padres o ascendientes en general, el tutor, curador y el guardador de hecho. Entendemos que, en estos casos, se presume que existe interés legítimo, pero en otros se pregunta la doctrina, ¿debe acreditarse tal extremo? La pregunta que nos hacemos es si podrá considerarse interés legítimo el que consiste en la intención de favorecer a un discapacitado mediante una donación, cuando no exista vínculo familiar o de amistad. Dicho de otro modo, si el simple *animus donandi* de un tercero puede considerarse como “interés legítimo”.

Para el supuesto de aportaciones por terceros, la Ley exige unos requisitos: 1. El consentimiento del discapacitado o de sus padres, tutores o curadores. 2. Que se realicen a título gratuito. 3. Que no se sometan a término. 4. Que se cumplan las mismas formalidades que las establecidas para la constitución y que posteriormente analizaremos.

La doctrina, al hacerse referencia sólo al término, se ha preguntado si cabe su constitución bajo condición suspensiva o, como señala **MARTÍNEZ DÍE**, si cabe su constitución bajo *conditio iuris* o en previsión de una futura minusvalía, es decir, sujetando su constitución a la *conditio iuris* de su acreditación.

En los supuestos en los que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente deberá consentir la aportación que un tercero pretenda hacer y, si no acepta, ésta no se verificará. Cuando son los padres, tutores o curadores los que deben consentir, la Ley prevé, igual que en la constitución del patrimonio, que, si se niegan injustificadamente, el juez pueda suplir su consentimiento en interés de la persona con discapacidad.

c) *El titular-beneficiario del patrimonio protegido.*

Conforme al artículo 2 de la Ley, el titular de dicho patrimonio y único beneficiario del mismo será exclusivamente la persona discapacitada en cuyo interés se haya constituido, y en quien debe concurrir bien una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, o bien una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. Dicho grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

Llegados a este punto es necesario preguntarse, como vimos, a quién pretende proteger esta Ley: ¿a los incapacitados?, ¿a los discapacitados?, ¿a los incapacitados que sean discapacitados?...

La respuesta supone partir en primer lugar del reconocimiento de la personalidad o capacidad jurídica (aptitud de toda persona para ser titular de derechos y obligaciones), reflejo de la dignidad humana, y que, por tanto, concurre en toda persona por el simple hecho de haber nacido (cfr. art. 29 del CC). La Constitución Española de 1978 declara en su artículo 10 que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad” son fundamentos del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala en su artículo 1 que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, para añadir en su artículo 6 que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y, en segundo lugar, de la concurrencia o no de la capacidad de obrar (aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica, para ejercer derechos y asumir obligaciones), que presupone la aptitud natural de entender y querer –inteligencia y voluntad–, lo cual lleva a afirmar que todas las personas poseen la misma capacidad jurídica, pero no todas poseen la misma capacidad de obrar.

La capacidad de obrar se presume plena, como trasunto del principio de libre desarrollo de la personalidad que está recogido en el artículo 10 de nuestra norma fundamental, de ello deriva que sus limitaciones y prohibiciones deban establecerse expresamente por Ley o sentencia firme e interpretarse de una manera restrictiva.

Cuando se carece de capacidad de obrar, o ésta está restringida, se plantean las situaciones de incapacidad, situaciones que exigen ser declaradas formalmente como expresa el artículo 199 del CC: “Nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

Desde un punto estrictamente legal, la razón de esta afirmación hay que encontrarla en que la incapacidad supone una limitación de la capacidad de obrar, cuyo alcance, por lo demás, no es idéntica para todos los incapacitados y que tendrá que acotarse expresamente en cuanto a su alcance y límites en la sentencia correspondiente.

Son causas de incapacitación, según el artículo 200 CC, las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

La capacidad limitada exige que la misma sea sustituida o complementada por la de otro, de manera que la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante una de las instituciones que señala el artículo 215 CC: la tutela, la curatela o el defensor judicial.

De este modo, los menores de edad o las personas que carecen de aptitud para gobernarse por sí mismas son sometidos al poder de otro que debe ejercitarlo en beneficio y defensa de aquéllos, siendo la autoridad judicial la que puede decidir en la sentencia de incapacitación la forma de protección del incapacitado en atención a su grado de discernimiento. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación (art. 267 CC), obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos, a educarle, a promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad, a informar al juez anualmente sobre su situación y rendirle cuentas de su administración (art. 269 CC) y, como tutor único y, en su caso, tutor de sus bienes a administrar su patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia. El cargo de curador es más limitado en su alcance que el de tutor, ya que no se suple al incapacitado, no se actúa por él a modo de representante legal ni se administra su patrimonio; se trata de una labor asistencial y sólo para los actos determinados por la autoridad judicial en la correspondiente sentencia. El papel de defensor judicial es en realidad otro cargo tutelar de carácter residual para los casos en que el tutor o curador no puedan actuar coyunturalmente, por ejemplo, en el caso de conflicto de intereses entre tutor y tutelado.

Si hablar de incapacitación supone acudir a la normativa civil y a un procedimiento judicial ordinario, la discapacidad es la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano e implica por el contrario un trámite administrativo. Este procedimiento estaba regulado en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos, y en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de minusvalía cuya finalidad es que la valoración y calificación de dicho grado sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de todos los ciudadanos a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen (art. 1), destinado al reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Se califican las situaciones de minusvalía o discapacidad en grados (expresados en porcentajes) que responden a criterios técnicos unificados, valorando tanto las discapacidades que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios, relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. En función de dichos baremos se establecen las cinco categorías o clases siguientes, ordenadas de

menor a mayor, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina.

De todo lo expuesto se colige que ni todo incapacitado es discapacitado, ni todo discapacitado tiene el mismo grado de minusvalía, y como consecuencia de ello y de la normativa reguladora del patrimonio protegido sólo serán titulares-beneficiarios del mismo aquellas personas que puedan acreditar una minusvalía igual o superior al 33 por 100 si es psíquica o igual o superior al 65 por 100 caso de ser física o sensorial. Conclusión a la que nos hemos referido anteriormente.

En síntesis, como señala **SEDA HERMOSÍN**, sólo pueden ser beneficiarios las personas con discapacidad, nunca terceros, ni descendientes, ni ascendientes, ni personas jurídicas, ni ninguna otra persona en la que no concurra causa de discapacidad.

B) Elementos reales.

a) Aportaciones posteriores al patrimonio.

Como hemos visto, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 41/2003, la constitución del patrimonio corresponde al propio discapacitado siempre que tenga capacidad de obrar suficiente. Si carece de ella o es insuficiente corresponderá a sus padres, tutores o curadores.

Asimismo, en el supuesto de una persona con discapacidad psíquica, el guardador de hecho podrá –como hemos visto– constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil, relativos a la guarda de hecho.

El patrimonio protegido deberá constituirse mediante documento público o resolución judicial, lo que denominamos elementos formales que ahora banalizaremos y cuyo contenido mínimo será el siguiente: inventario de los bienes y derechos que inicialmente integren el patrimonio; la determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización; los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar dichos órganos y cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Con las mismas formalidades, cualquier persona física o jurídica “con interés legítimo” podrá realizar aportaciones de bienes y derechos, bien para la constitución simultánea de dicho patrimonio, bien para incrementar un patrimonio ya existente, pero deberá contar para ello con la autorización del propio beneficiario o, en caso de que éste carezca de capaci-

dad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores. Si estos últimos negasen injustificadamente su consentimiento al aportante, aquél podrá solicitar de la autoridad judicial correspondiente, a través del Ministerio Fiscal, dicha autorización. Todos estos aspectos se han examinado.

Las aportaciones serán siempre a título gratuito y no podrán someterse a término, sin perjuicio de que el aportante pueda establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido, sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho civil, foral o especial, que, en su caso, sean aplicables. Esta previsión legal es consecuencia directa de la finalidad de dicho patrimonio: la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario.

Se prevé también como medida de protección la publicidad registral cuando se integre en el patrimonio la propiedad de un bien inmueble o un derecho real sobre el mismo o sobre cualesquiera bienes registrables, debiendo hacerse constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente. Aspecto al que nos referiremos posteriormente.

Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez a la gestora de los mismos o a la sociedad su nueva cualidad. Congruentemente, si un bien o derecho deja de formar parte de un patrimonio protegido, se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones correspondientes (art. 8,3.º).

b) *Contenido del patrimonio.*

El patrimonio protegido está compuesto por los bienes y derechos aportados y por los frutos, productos y rentas de tales bienes. Puede tratarse de bienes y derechos de cualquier clase, siempre que tengan un contenido patrimonial. Ahora bien, se pregunta la doctrina, cuando la aportación la realiza un tercero, ¿será necesario, además, que no se trate de derechos personalísimos o intransmisibles?, pero cuando la aportación la lleva a cabo el propio discapacitado, ¿podrá éste aportar derechos personales? La pregunta podría referirse en concreto a los derechos de uso y habitación que, de acuerdo con el artículo 525 del CC, son intransmisibles y, por ello, son tradicionalmente considerados derechos personales.

La calificación de patrimonio protegido determina que se aplique el principio de subrogación real, por lo que ingresarán en el patrimonio los bienes que vengán a sustituir a aquéllos que salgan del mismo. Esta sub-

rogación tendrá lugar no sólo cuando sea automática, sustitución de un bien por otro, sino que también se aplicará la subrogación por empleo o reemplazo y por sustitución, ya que sólo así se garantiza la integridad del patrimonio protegido. Es decir, ingresarán en el patrimonio los bienes que vengan a sustituir a aquéllos que salgan del mismo.

c) Naturaleza de la aportación.

El artículo 4 de la Ley exige, cuando se trate de aportaciones realizadas por un tercero, que se realicen a título gratuito.

En cambio, nada dice de la aportación verificada por el propio discapacitado, lo que podría plantear la duda de si en tal caso también debe tratarse de una aportación gratuita o si por el contrario podrá ser también onerosa. Entendemos que debe ser admitido y, por tanto, será posible que el beneficiario aporte un bien al patrimonio a cambio de recuperar otro, pero, en este caso, deberán observarse las reglas de administración del patrimonio protegido y, en su caso, las normas fiscales que prevé la Ley para los supuestos en los que algún bien sale del patrimonio en un determinado plazo (**PEREÑA VICENTE**). Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables, aspectos a los que hemos hecho referencia.

Se ha discutido si un patrimonio protegido puede tener más que un titular, la Ley no lo admite, pero a juicio de **MARÍN CALERO** cabe llegar al mismo resultado atribuyendo cuotas indivisas sobre los mismos bienes. En cambio, la Ley no prohíbe que una persona tenga más de un patrimonio protegido.

En suma, el patrimonio protegido debe tener un contenido económico y patrimonial, bienes fructíferos, transmisibles y en cuantía suficiente.

C) Elementos formales.

Tanto la constitución del patrimonio como cualquier otra aportación deberán realizarse en documento público o resolución judicial. En dicho documento deberá incluirse un inventario de los bienes y derechos inicialmente aportados (art. 3.3).

Lo que la Ley no aclara es si la aceptación del beneficiario o de su tutor deberá constar también en documento público. Se impone la apli-

cación del artículo 633 del CC, que así lo exige cuando se trate de donación de inmuebles. En el presente caso no debe olvidarse que toda aportación, no sólo la de inmuebles, debe hacerse en documento público.

A caballo entre los elementos personales y formales, se plantean algunos problemas, tales como si deberemos autorizar no existiendo certificación administrativa y resolución judicial de incapacitación y si, no obstante presentar certificado a juicio del fedatario, el discapacitado presenta una capacidad de obrar superior a la que se acredita documentalmente.

En suma, dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido, como hemos visto:

El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta Ley.

Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Sin embargo, el hecho de que se constituya en documento público o en su caso resolución judicial no implica, en este último supuesto, un cambio en el sistema de causa y forma de atribución patrimonial; por ello habrá que aportar en su caso al expediente en los supuestos tipificados anteriormente la escritura pública que constate donación ofrecida y su aceptación.

3. Publicidad registral.

De la publicidad registral se ocupa el artículo 8, bajo la denominación “Constancia registral”, señalando que:

“1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil. Este número uno, como acertadamente señala **MARTÍNEZ DÍE**, es la consecuencia de la atribución al administrador del carácter de representante legal del discapaz en lo que concierne al patrimonio protegido, aunque no en el sentido de la masa patrimonial, pues ésta carece de personalidad jurídica. A mi juicio, la figura se asemeja al administrador real de las reformas de 13 de mayo de 1981 en sede de patria potestad y 24 de octubre de 1983 en sede de tutela.

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente.

La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior...”

Abundando en el juego de esta mención registral, no parece que esta mención tenga fuerza para sustraer el bien del tráfico jurídico, especialmente cuando el administrador del mismo es el propio discapacitado. Su función consistirá en advertir, en su caso, de la necesidad de autorización judicial para su enajenación si el administrador es persona diferente al titular del patrimonio, pues es en este caso cuando la Ley prevé la necesidad de que concurra dicha autorización (art. 5.2). Cuando el que administra es el propio discapacitado, la Ley no exige intervención judicial para llevar a cabo actos de disposición, y de la misma no se desprende que la mención en el Registro produzca efecto alguno.

Para **SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS**, siguiendo a **GÓMEZ GÁLLIGO**, la constancia registral puede verificarse en la propia inscripción de la adquisición por el discapacitado o mediante nota marginal. La misma mención se hará en los bienes adquiridos con anterioridad.

La constancia registral no debe limitarse a la integración del bien en el patrimonio especial, sino que debe abarcar también las reglas relativas a su régimen de administración y disposición y supone el cierre del Registro a todos aquellos actos increíbles que no respeten dichas reglas, incluida la necesidad de autorización judicial en los casos que sea preceptiva.

Otros autores, como **PEREÑA**, entienden que la mención no tiene fuerza para sustraer el bien del tráfico jurídico, ello es así porque aunque la Ley habla de afección de los bienes, frutos y productos y rendimientos al cumplimiento de la finalidad prevista, no puede hablarse en sentido técnico de afección, pues los mecanismos que la Ley impone no implican la sujeción real de éstos al cumplimiento de ningún fin. Según **HERBOSA**, no sería causa de ineficacia de la enajenación, sino que se trata más bien de una norma preventiva dirigida al registrador, pues una vez constatado que el bien forma parte del patrimonio deberá exigir el cumplimiento de los requisitos legales de los actos inscribibles.

Los bienes y derechos deben afectarse a las necesidades vitales. ¿Es posible destinarlos a otros tipos de gastos que excedan de las necesida-

des vitales? Lo vital es un término bastante impreciso, por ello algunos creen más adecuado la expresión del artículo 634 del CC. La doctrina ha advertido la existencia de límites cualitativos (necesidades vitales), pero no cuantitativos.

4. Administración del patrimonio.

A) *Reglas por las que se va a regir la administración.*

En primer lugar, se aplicarán las reglas establecidas en el documento constitutivo. Si el constituyente del patrimonio es el propio beneficiario, tendrá libertad para regular la administración. Y podrá ser el propio discapacitado, si tiene capacidad, o quien éste designe o el que acepte en caso de constitución por un tercero. Si no tiene capacidad le corresponderá a sus padres o tutores o si así lo decide el constituyente a otra persona distinta, sin que en ningún caso puedan ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores conforme al Código Civil o a las normas de Derecho foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables. Personas en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no concurra en ellas algunas de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos 243 a 245 y también las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines esté la protección de menores e incapacitados. Como ha señalado la doctrina, dadas las especialidades del patrimonio protegido, pueden coexistir varios administradores. El cargo de administrador, cuando no corresponda al beneficiario del mismo, lo que conlleva su representación legal, debe inscribirse en el Registro Civil.

La administración se regirá por las reglas del documento constitutivo. Pero si el administrador es persona diferente del beneficiario, se exige que se prevea la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la necesita, aunque el propio precepto precisa que no será necesaria ésta cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente o cuando el juez haya dispensado de la misma. Estos supuestos de exoneración pueden ser de orden subjetivo u objetivo. Se admite, no obstante, la dispensa judicial de tal autorización en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

La remisión a los artículos 271 y 272 plantea diversos problemas, que éstos no se adaptan al administrador del patrimonio protegido y que incluso estos preceptos no sólo son aplicables cuando el administrador sea el tutor, sino también cuando el administrador sea el titular de la patria potestad, que tendrá más limitaciones como administrador del patrimonio

protegido que como titular de la patria potestad. Y parece que no cabe eliminar en el documento constitutivo cuando sea preceptivo la necesidad de autorización judicial, pues la Ley no hace posible esta solución.

La Ley otorga el carácter de representante legal al administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario, para todos los actos de administración de los bienes que formen parte del mismo y no requerirá el concurso de los padres o el tutor para su validez y eficacia. Como señala **SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS**, la razón de otorgar esta representación está en la posibilidad de que el administrador sea persona distinta de los padres o tutores, a los que legalmente corresponde la administración del resto del patrimonio de la persona con discapacidad.

La doctrina, como hemos visto y veremos, ha atisbado los supuestos de curador y guardador.

Pero realmente estamos ante un supuesto de representación legal. Cuando estemos ante la patria potestad o la tutela, estaremos en presencia de la denominada representación legal. Sin embargo, cuando el beneficiario tenga capacidad es discutible que estemos ante un supuesto de representación legal, manteniendo la doctrina que estamos más bien ante un supuesto de representación voluntaria.

Algún autor ha mantenido que si el beneficiario pierde la capacidad, se aplicarán las reglas del título constitutivo y se asemeja esta situación a la del 1.732, es decir, apoderamiento preventivo para la situación de pérdida progresiva de capacidad del mandante.

Se prevé, además, la supervisión del Ministerio fiscal y la obligatoriedad de rendir cuentas, salvo que se trate del propio beneficiario o de sus padres.

En este último caso parece que esta dispensa no afecta a lo dispuesto en los artículos 167 y 168 del CC respecto a la administración de los padres.

La Ley no regula el supuesto de que el propio beneficiario/constituyente pierda la capacidad de obrar. De acuerdo con las reglas que acabamos de analizar, la Ley no exige autorización judicial para realizar determinados actos cuando el constituyente es el beneficiario, pero parece que se está refiriendo a la normalidad, por lo que podría entenderse que, si después pierde su capacidad, sí es exigible. Tesis que se basa en la premisa de que el constituyente tenga capacidad, pues sólo en ese caso el artículo 3.1 de la Ley le permite constituir el patrimonio protegido. Por ello, para dar una respuesta, debemos analizar diferentes situaciones: si el beneficiario es el administrador del patrimonio, la pérdida de su capacidad de obrar conlleva la designación de un tutor que será el encargado de la administración del patrimonio protegido y, por tanto, necesitará autorización judicial para determinados actos. Si el constituyente, a pesar de ser el propio beneficiario, no es el administrador, la cuestión difiere, pues en el supues-

to en que nada se hubiese previsto, serán aplicables las reglas generales del Código Civil, se nombrará un tutor y éste será el encargado de la administración del patrimonio, sujetándose a las normas del Código Civil que imponen autorización judicial para determinados actos. Ahora bien, puede ocurrir que en el documento constitutivo el beneficiario/constituyente se anticipe y prevea su posible y futura pérdida de capacidad, en cuyo caso se aplicarán las reglas que él mismo haya previsto. De todas formas, en esta situación, la problemática se reproduce cuando la persona encargada de la administración continúe, en cuyo caso lo hará sin necesidad de autorización judicial a pesar de la incapacitación del constituyente y ello en base a asimilar el supuesto a mandato que se otorga en previsión de la futura incapacitación y que, por tanto, será aplicable el artículo 1.732, reformado también por esta Ley, que prevé la no extinción del mismo por la incapacitación del mandante, aunque sí podrá extinguirse por resolución judicial.

B) Régimen jurídico aplicable al administrador.

Será el establecido en el documento de constitución o aplicando los criterios que en el mismo se establecen o por resolución judicial si resulta imposible su designación. Rigen las mismas causas de inhabilidad que para el tutor. El propio beneficiario podrá ser el administrador si tiene capacidad suficiente.

Por ello, el artículo 5.7 de la Ley prevé que “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la consideración de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”. **PEREÑA VICENTE** considera que, a pesar de la literalidad de este precepto, entendemos que tampoco tendrá la consideración de representante legal cuando el beneficiario tenga capacidad, pero no sea él el administrador. Este supuesto se aproxima más a un representante voluntario porque el representado tiene capacidad y en la representación legal está presente la idea de que el representado no tiene capacidad. Todos estos aspectos han sido analizados.

La no equiparación de los discapacitados con los incapacitados judicialmente hace muy difícil en la práctica la protección de estos últimos mediante la creación de un patrimonio protegido. Sin embargo, a pesar de que la discapacidad no es declarada por un juez, sino por la Administración Pública, dota al administrador del patrimonio del carácter de representante legal, con lo que todavía genera más confusión y provoca la creación de representaciones legales sin la intervención de la autoridad ju-

dicial, lo que, en el ámbito de la incapacitación, no permite el artículo 199 del CC. El legislador debería haber llevado a cabo esta regulación, partiendo de una definición mucho más nítida del supuesto de la discapacidad y de sus fronteras y zonas comunes con la incapacitación judicial, ya que de este modo, por comparación, siempre existirán discriminaciones en la protección de unos y otros y, aunque no se trata de supuestos idénticos, su proximidad hace que sea un agravio comparativo permitir la creación de un patrimonio protegido a aquél que presente un grado de discapacidad determinado y no a aquél que sea judicialmente incapacitado, pero no alcance el porcentaje de discapacidad establecido (**PEREÑA VICENTE**).

En suma, la administración debe entenderse en un sentido amplio que comprende los actos de disposición, pero el régimen debe estimarse intervencionista. **MARTÍNEZ DÍE** pone de manifiesto la disparidad existente, lo que reiteramos nosotros tras conocer el contenido del Borrador del Anteproyecto de Jurisdicción voluntaria, la diferencia entre el régimen sustitutivo protector catalán en sede de patria potestad y el previsto en el expediente de constitución de patrimonio protegido.

Aun cuando el administrador sea judicial no le son aplicables las reglas sobre el depósito judicial, ni las reglas sobre administración judicial de los artículos 630 y siguientes de la LEC. Aunque sí deberá rendir cuentas al Ministerio fiscal.

En el orden económico deben contemplarse los actos de administración, los actos de enajenación y gravamen y de extraordinaria administración. Los primeros, libres; los de enajenación y gravamen, con autorización o aprobación judicial, y los de extraordinaria administración, con fiscalización posterior.

El término “administración” se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición a quien lo haya constituido, es decir, al propio discapacitado o a un tercero; en este último caso, dicha persona física o jurídica será administrador, bien por decisión del propio discapacitado que constituyó el patrimonio, bien por decisión de un tercero aportante que lo constituyó. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio fiscal. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de Derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables. Cfr. artículo 5.5. Como se señala en la propia Exposición de Motivos de la Ley, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para esta-

blecer las reglas de administración que considere oportunas, favoreciéndose con este criterio –se añade– que la administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas con discapacidad.

Esta regla será de aplicación principal cuando sea el propio constituyente del patrimonio protegido el beneficiario del mismo y tenga capacidad de obrar suficiente. En todos los demás casos, las reglas de administración, que como ya hemos señalado deberán constar en el documento público de constitución o, en su caso, en la resolución judicial correspondiente, deberán prever que se requiera autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, *vid.* artículos 271 y 272 del CC o, en su caso, el Derecho civil foral aplicable, aunque se permite que el juez pueda flexibilizar dicho régimen de la forma que se estime oportuna cuando las circunstancias concurrentes en el caso concreto así lo hicieran conveniente. Se prevé expresamente (art. 5.2) que no será preciso acudir al procedimiento de subasta pública contemplado en la LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero).

Cuando no concorra el cargo de administrador en la persona de los padres, tutores o curadores, el tercero que sea designado administrador del patrimonio protegido tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del mismo, circunstancia que se hará constar en el Registro Civil, y no requerirá el concurso de aquéllos para su validez y eficacia; si bien deberá rendir cuentas de su gestión al ministerio público. Como en todos los asuntos que afecten a menores y discapacitados, el papel del Ministerio fiscal es muy relevante, así, además de las funciones ya señaladas, le corresponde supervisar la administración del patrimonio protegido (art. 7), instando del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza. Asimismo, actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido. Cfr. artículo 3.6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, en su redacción dada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2003), cuando éste así lo determine y, en todo caso, anualmente. El administrador deberá remitir al Ministerio fiscal una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que formen el patrimonio, todo ello justificado documentalmente, pudiendo ser requerido para que aporte información adicional y realice las aclaraciones pertinentes.

La idea que resaltábamos al principio de nuestra intervención de la oportunidad desaprovechada de convertir el patrimonio protegido con determinadas condiciones y régimen como una auténtica excepción al artículo 1.911 del CC, la pone también de manifiesto **MARTÍNEZ DÍE** al señalar cómo la falta de separación puede hacer inservible una buena administración por la comunicación de pérdidas (**MARTÍN ROMERO**).

Supervisión

El artículo 7 se refiere a la supervisión, estableciendo que corresponde al Ministerio fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas, como hemos visto, de su gestión al Ministerio fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y en la que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente.

En este sentido, *vid.* el ya citado RD 177/2004, de 30 de enero.

Extinción

El artículo 6 se refiere a la extinción, estableciendo que el patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su

beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad, de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley.

Ahora señala la Ley que si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta Ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de Derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables. Esto se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera de darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley. Pues, como sabemos, al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones.

Por último, señalar que también cabe su extinción por resolución judicial, pues la supervisión de la administración del patrimonio protegido que, como sabemos, corresponde al Ministerio fiscal, instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso, entre otras, como la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas y sobre todo la propia extinción del patrimonio protegido.

Este artículo no menciona como posible causa de extinción el caso especial de que el juez pueda acordar la extinción del mismo cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad, tal y como se señala en la Exposición de Motivos (parte IV, párrafo 6.º).

Son causas:

- a) La muerte o declaración de fallecimiento del discapacitado.
- b) Dejar de tener la condición de persona con discapacidad en los grados establecidos en el artículo 2.2 de la Ley.

En el primer caso, los bienes y derechos que integran el patrimonio pasarán a formar parte de la herencia del discapacitado. En el segundo

caso se mantiene la titularidad de los mismos, de conformidad con la legislación vigente, sin perjuicio de la finalidad que para los mismos hubiera establecido el tercero-aportante, que de no poder ser atendida determinará que se le asigne otra, lo más análogo y conforme al previsto, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que lo integran y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones. Como ya señalamos *supra*, cuando el bien o derecho deje de formar parte del patrimonio protegido se podrá exigir por su titular o por quien tenga un interés legítimo la cancelación de la inscripción registral efectuada cuando se incorporó a dicho patrimonio.

Bibliografía

- BOLÁS ALFONSO, Juan: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en conferencia pronunciada en Valencia el 15 de mayo de 2003, bajo el título “Necesidad de un marco normativo de protección de las personas con discapacidad severa: el patrimonio especialmente protegido”.
- DORAL GARCÍA, José Antonio: “El patrimonio como instrumento técnico-jurídico”. *Anuario de Derecho Civil* 1983 (XXXVI).
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Estudios Homenaje al profesor Díez-Picazo*. Teoría Patrimonio. Civitas.
- HERBOSA MARTÍNEZ: *Actualidad Civil*, 16, 2000.
- JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo: “Fiducia y trust”. Ponencias presentadas por el Notariado Español. X Jornada Notarial Iberoamericana. Valencia. España, 2002. Consejo General del Notariado.
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: “La protección jurídica del discapacitado”. I Congreso Regional. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- LUCINI NICAS, José Antonio: “La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”. *Actualidad Civil*. La Ley. Julio 2004. Número 14.
- MARÍN CALERO, Carlos: *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Madrid. Primer Premio de la Fundación Æquitas, 2004.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?”, en AJA, número 612/2004.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael: *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*. Bosch.
- MUÑOZ ESPADA, Esther: “Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. III Congreso de Derecho Civil Catalán. Monografías. La Notaría. Los Patrimonios fiduciarios y el trust.
- PEREÑA VICENTE: *Actualidad Civil*, 15, 2004.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ Y RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M.^a Jesús y José Antonio: *Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación al patrimonio protegido de los discapacitados*.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS: RCDI, número 695.
- SEDA HERMOSÍN, Manuel: Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Sevilla, 2005. “Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado...”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, 2005. Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, RJN, p. 231, número 52, octubre-diciembre 2004.

LA AUTOTUTELA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario Honorario.

*Presidente de la Comisión de Cultura
del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.*

*Presidente de la Academia
de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** CONCEPTO. **II.** NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES. **III.** FUNDAMENTO. **IV.** ELEMENTOS PERSONALES. **V.** ELEMENTOS FORMALES. **VI.** CONTENIDO. **VII.** CONSIDERACIONES FINALES.

(*) El presente trabajo –publicado en el *Libro-Homenaje al Excmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras*, Editorial Aranzadi, 2006– ha servido de base a la conferencia pronunciada el 11 de mayo de 2006 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, en la Academia Matritense del Notariado.

Introducción

Como podemos leer en “EL CASTÁN” (1) –perdón, maestro, por el abuso de confianza–, “Las relaciones sociales de los hombres se regulan por el ordenamiento jurídico. La norma impone deberes en provecho de uno o varios hombres, a la vez que autoriza a éstos para exigir el cumplimiento de tales deberes. Ahora bien, al imponer esas obligaciones y atribuir esas pretensiones, es indudable que pone en relación el sujeto de la obligación con el de la exigencia, el del deber con el del poder. Esto es lo que constituye la relación jurídica, que no es otra cosa que una relación de la vida práctica, a la que el Derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho” (2). Cabe, por tanto, ver en toda relación jurídica un derecho (poder, facultad o atribución) y un deber (necesidad o sujeción).

En su sentido más general, derecho subjetivo es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico (3). Facultad que, como decía DEL VECCHIO (4), tiene dos lados o facetas: el interno, posibilidad de hacer o de querer, y el externo, posibilidad de exigir de otros el respeto a esa posibilidad de hacer o de querer.

Este lado o faceta externa del derecho subjetivo nos lleva de la mano a uno de sus elementos integrantes: los medios coercitivos o de defensa que el ordenamiento pone a disposición del titular del derecho para garantizar su efectividad. Escribía DE CASTRO (5) que “el ordenamiento entrega una determinada libertad de ejercicio al titular, con la atribución del derecho subjetivo le confiere la posibilidad de defenderlo y le confía ciertos medios para ello. Así, pone a su disposición: la legítima defensa, las diversas acciones y excepciones, tanto para exigir la ejecución forzosa, la destrucción de lo ilícitamente hecho, la indemnización de daños y perjuicios, ejercitar la compensación, la retención, pedir el embargo, medidas de seguridad, acudir a las autoridades judiciales, como para pedir la protección policíaca y contar con la sanción penal de los infractores”.

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo primero, volumen segundo, duodécima edición (1978), revisada y puesta al día por José Luis DE LOS MOZOS, pp. 9 y ss.

(2) Para un examen de las diferentes concepciones sobre el, aparentemente sencillo, concepto de relación jurídica, *vid.* a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO en el tomo I, *Personas*, volumen 4.º, pp. 17 y ss., de las *Instituciones de Derecho Privado*, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, primera edición (2005), coordinador general: Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL.

(3) CASTÁN TOBEÑAS, obra citada, pp. 24 y ss.

(4) *Filosofía del Derecho*, tomo I, edición española (1929), p. 214.

(5) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, tomo I, 2.ª edición, pp. 587 y ss.

Estos elementos de defensa pueden sistematizarse en medios de defensa preventiva (medidas cautelares o disuasorias para lograr el respeto de los derechos constituidos) y medidas de defensa represiva (medios para el titular del derecho que ha sido lesionado). Pudiendo la protección ejercitarse: por el propio titular (defensa privada), reclamando la protección de los Juzgados y Tribunales o a través de un tercero (arbitraje, mediación).

La protección por el propio titular nos conduce al concepto más amplio concebible de autotutela, que constituye aquella forma por medio de la cual se obtiene una solución de carácter privado a los conflictos sociales que puedan existir entre los individuos. Hoy carece de la importancia que tuvo en épocas pasadas. La conocida ley del talión, el “ojo por ojo, diente por diente” del Antiguo Testamento (6) y el tomarse la justicia por su mano años ha que han dejado de ser reglas de ordenación social. Ello no significa, sin embargo, que no encontremos manifestaciones de autotutela tanto en el campo del Derecho público (en el penal, la legítima defensa, el estado de necesidad; en el laboral, la libertad individual, la huelga, la negociación colectiva; en el administrativo, la autotutela declarativa, la ejecutiva y la llamada reduplicativa de la Administración; y en el internacional, empleo unilateral de la fuerza para repeler un ataque armado –art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas–), como en el Derecho privado, si bien en materia civil es prácticamente inexistente. Como ejemplos podemos encontrar en nuestro Código Civil los artículos 592 y 612, que admiten, respectivamente, que el dueño del suelo en que se introducen raíces de árboles ajenos pueda cortarlas por sí mismo dentro de su heredad y que el propietario de un enjambre de abejas pueda perseguirlo sobre fundo ajeno, eso sí, indemnizando el daño causado y necesitando el consentimiento del dueño para penetrar en él (7).

Nosotros en este trabajo no vamos a referirnos a la autotutela como medio de protección de los derechos subjetivos, sino que vamos a centrarnos en el campo más limitado de la protección jurídica de las personas mayores y/o como forma de protección a la dependencia.

Las personas mayores –me resisto a emplear la palabra anciano, por cuánto que, aun cuando tenga muchos años, todavía me siento joven– nos hallamos hoy más desprotegidas que nunca; el papel de la familia está cambiando y no se están creando instituciones que procuren su protección al ritmo deseable dada la creciente longevidad de la población. Ello no quiere decir que el legislador permanezca de brazos cruzados y en el

(6) Levítico, 24, 17-23.

(7) A diferencia de nuestro Código Civil, el BGB alemán ha disciplinado minuciosamente las tres variedades de la defensa privada (legítima defensa, estado de necesidad y la acción directa). *Selbsthilfe* (parágrafos 229, 230 y 231).

año 2003, Año Europeo de las personas con discapacidad, además de la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad (Ley 51/2003, de 2 de diciembre), el Parlamento ha alumbrado la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre) y la Ley de Protección a las Familias Numerosas (Ley 40/2003, de 18 de noviembre). Y es en la Ley 41/2003 donde se modifican los artículos 223, 234 y 239 del Código Civil en materia de tutela, introduciéndose la autotutela, en cuyo estudio vamos a centrarnos a partir de ahora.

Nuestro primer contacto, podríamos decir, con la autotutela fue a principios de los años cincuenta cuando iniciábamos la preparación de Notas. Con la intención de dar un pequeño aire de originalidad al tema de la tutela, cuyo núcleo central era, cómo no, del maestro CASTÁN, acudimos a la biblioteca de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y tuvimos la suerte de tropezarnos con el Discurso de recepción del Académico de Mérito de dicha Academia Diego María CREHUET DEL AMO, pronunciado el 23 de mayo de 1921 (8) y que versó sobre lo que el autor denominaba “tutela fiduciaria”, que no es otra cosa que la actual autotutela.

Por aquellas fechas regía entre nosotros el sistema de tutela de familia y el artículo 204 del CC establecía que la tutela se defería por testamento, por ley y por el consejo de familia, dando lugar a las denominadas tutelas testamentaria, legítima y dativa, respectivamente.

Pensaba CREHUET que a estos grupos se les podía añadir uno más que, a su entender, merecía “ser tenido en cuenta para acoplarlo en el Código cuando se efectúe su reforma –si es que tal hora ha de sonar en el reloj de la vida de España–”, y a esa nueva clase el Magistrado, Fiscal, Notario, Secretario Judicial y Académico la llamó “tutela fiduciaria”, que definió como “la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad”. O sea, que es, según el propio autor, la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz, y que merecía la denominación de fiduciaria por cuanto fiducia equivale a confianza y este sentimiento, que debe inspirar la designación del tutor en todas las clases de tutela en que es elegible, nunca en ellas es tan expresiva y peculiarmente cargo de confianza cual en el que se defiera el futuro o posible tutelado.

Como pone de relieve BADOSA COLL, Ferrán (9), la paternidad del término autotutela corresponde al abogado del Estado Eloy SÁNCHEZ

(8) *Obras de Diego María Crehuet*, Madrid, 1950, pp. 197 y ss.

(9) “La autotutela”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, volumen segundo, pp. 903 y ss., 1993.

TORRES en su artículo “Una nueva modalidad tutelar” (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, pp. 345 y ss.), donde relata un caso sucedido en 1927 y recogido en la *Deutsche Juristen Zeitung*, publicación jurídica alemana, sobre una persona de nacionalidad rusa que, afectada por una enfermedad hereditaria degenerativa, el día de su mayoría de edad se nombra un tutor en documento privado y su designación le es aprobada por el Tribunal de Tutelas.

Siguiendo al citado BADOSA COLL podemos enumerar los pasos que se dieron entre nosotros hasta llegar a la admisión de la autotutela por la Ley 41/2003:

1.º La Real Orden de 14 de marzo de 1924. Respuesta a una instancia presentada en solicitud de que se declare eficaz la designación de tutor que, actualmente y previendo su futura incapacidad, haga para sí mismo ante notario público. Se utilizaba como argumento el de analogía en relación a la tutela testamentaria (si el padre puede nombrar tutor a su hijo, con mayor razón...). El razonamiento fue admitido, pero la instancia desestimada fundándose en la incompetencia de la Administración para la declaración “in concreto” de derechos civiles –función propia de los Tribunales–, y para la explicación o declaración de los preceptos que están contenidos implícitamente en las Leyes de tal naturaleza (10).

2.º El artículo de Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (“¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, *Rev. Crít. Der. Inm.* 1953, pp. 344 y ss.), que sigue a CREHUET en el reconocimiento de una laguna legal y en la admisión del “mandato tutelar”. Como idea original aporta la definición de dos tipos de autotutela: la positiva, o nombramiento efectivo de tutor y la negativa, oposición a que determinadas personas desempeñen la tutela en el supuesto de su futura incapacidad.

3.º El “Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela” redactado por Luis Díez-PICAZO y colaboradores (BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA) bajo el patrocinio de la Fundación General Mediterránea y del SEREM (Madrid, 1977), en el que se presenta la innovación de la “incapacitación voluntaria”, a la que podrían someterse voluntariamente los ebrios y toxicómanos, así como las personas en avanzado estado de senilidad o con un alto grado de inexperiencia, y que está inspirado en la regulación del Código Civil suizo (arts. 369 y ss., especialmente el art. 372, que admite la *interdiction volontaire*). Lo lógico hubiera sido –como hace el art. 381 del invocado Código Civil suizo– que admitida la incapacidad voluntaria se hubiera concluido aceptando la autotutela, pero no fue así.

(10) *Anuario* de 1924 del Ministerio de Gracia y Justicia.

4.º La legitimación del interesado para designarse tutor en la Primera Legislatura (1978-1982). Las propuestas en este sentido surgieron a partir de las Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de reforma de la tutela presentado a las Cortes por el Gobierno de UCD (acuerdo de 8 de mayo de 1981). En estas Enmiendas la autotutela se vinculaba a la “incapacitación voluntaria” y ambas en la facultad actual de autorregimiento de la persona mayor de edad no incapacitada (enmiendas núms. 11, 20, 21, 24, 31 y 46, firmadas por el Grupo Comunista).

La autotutela fue rechazada por el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso (sesión de 20 de abril de 1982), por congruencia con el rechazo previo de la incapacitación voluntaria (enmiendas 20 y 21, respectivamente).

5.º La legitimación del interesado para designarse tutor en la Segunda Legislatura (1982-1986). En esta legislatura recomenzó la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Tutela. En gran síntesis (11) podemos decir que se rechazó la incapacitación voluntaria (considerándola superflua debido a la amplísima legitimación activa del art. 204); se rechazó la autotutela positiva (con el argumento del peligro de captación de la voluntad) y se rechazó la autotutela negativa (sin mayor argumentación).

Lo que sí se consiguió en esta legislatura fue popularizar la expresión “autotutela”. Inicialmente el diputado del Grupo Popular y catedrático de Derecho Civil Manuel GARCÍA AMIGO la rechazó por considerar que se identificaba con la incapacitación voluntaria y propuso la de “autodelación de la tutela” (Comisión de Justicia e Interior del Congreso, 18 de mayo de 1983). Prevalció, sin embargo, el significado tradicional defendido por el también diputado del Grupo Popular y registrador de la propiedad y notario Emilio DURÁN CORSANEGO, quien expuso el estado doctrinal de la cuestión con referencias a CREHUET, Eloy SÁNCHEZ y RODRÍGUEZ-ARIAS y definió la autotutela como la facultad de que el mayor de edad “pueda designar antes de su incapacitación al tutor que ha de guardar su persona y sus bienes” (Sesión Plenaria del Congreso, 24 de abril de 1983).

6.º Situación de la autotutela a la vista de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de Tutela. Esta Ley, que deroga la normativa anterior, sustituye el sistema de tutela de familia —en el que el Consejo de familia, según dijo la sentencia de 28 de abril de 1968, es el órgano preeminente y soberano de la tutela, ya que a él está encomendada la dirección de la misma— por el de tutela de autoridad en su modalidad judicial, en el que el juez no está vinculado por las disposiciones testamentarias o en documento público notarial, así como tampoco se encuentra sometido al orden de la tutela legítima (art. 234, párr. 2.º, del CC).

(11) Para una información extensa, *vid.* el trabajo citado de BADOSA COLL, pp. 912 y ss.

En este artículo 234 y en el 235 se mantiene la tripartición de las Partidas (Part. 6, XVI, 2) en orden a la delación de la tutela: testamentaria (persona o personas designadas por el cónyuge o los padres en su disposición de última voluntad); legítima (cónyuge, padres, descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez) y dativa (persona designada por el juez, en defecto de las anteriormente mencionadas).

De la autotutela nada se dice, a pesar de que la conclusión del debate parlamentario fue la no hostilidad contra ella. La senadora del Grupo Socialista SAUQUILLO PÉREZ afirmaba en el Plenario del Senado celebrado el 22 de septiembre de 1983 que “esa figura no se puede meter en un proyecto de ley de tutela casi de refilón, sino que habrá que regularla muchísimo mejor viendo todos los problemas que se puedan plantear”. Y el senador del Grupo Popular Rafael ZAPATERO GONZÁLEZ (12) que “Nada hay en el debate de esta enmienda que nos haga pensar que fue voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta, antes bien, el rechazo a la introducción de la tutela en nuestro derecho positivo obedece a razones de prudencia legislativa”.

No obstante este silencio, gran parte de la doctrina se mostró favorable a la admisión de la autotutela en la regulación entonces vigente (*lege data*) y a su inclusión en una futura reforma del Código Civil (*lege ferenda*).

Como ejemplo de autores a favor podemos citar a:

a) RIVAS MARTÍNEZ, Juan José (13), basándose en la facultad de autorregulación de todo sujeto de derecho; en la destipificación de las causas de incapacitación, dado el carácter abierto del artículo 200 CC; y en el artículo 223 de este mismo cuerpo legal que constituye una manifestación clara e inequívoca de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la tutela.

b) COUTO GÁLVEZ, Rosa María (14), que, tras reproducir los argumentos esgrimidos por BADOSA COLL —a los que nos referiremos seguidamente—, añade lo dispuesto en el último párrafo del artículo 234 del CC, que permitiría al juez que encuentre una disposición de un incapaz regulando su tutela cuando todavía tenía capacidad para ello, mediante resolución motivada alterar el orden legal de delación a favor de lo dispuesto por el interesado.

(12) “Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983”, *Rev. Gral. Leg. y Jur.*, 1985, tomo 259, p. 76.

(13) “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacitación”, *Rev. Jur. del Not.*, abril-junio 1998, pp. 178 y ss.

(14) “Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La «autotutela» en Cataluña”, *Rev. Gral. Leg. y Jur.*, enero-febrero 2000, pp. 17 y ss.

c) El citado BADOSA COLL (15), basándose en el artículo 323 del CC (la indicada facultad de autorregulación del mayor de edad, extendiendo esta legitimación no sólo al presente, sino al futuro); el argumento analógico, en realidad *ad maius*, a partir de la legitimación paterna, que ya fue recogido por la mentada RO de 14 de marzo de 1924; la generalización de las causas de incapacitación en el artículo 200 CC, en el que la idea dominante es la falta de aptitud de autogobierno, pasándose con este cambio de la visión “esencialista” de la capacidad de obrar “en sí misma” a la visión “instrumental” en función de la capacidad natural, “instrumentalidad” que no concilia con que la legitimación para la “designación” de tutor se limite a los padres, la ley y el juez, dejando al margen al propio interesado; la falta de obstáculos derivados de la institución tutelar y que no habría ningún problema en considerar al “autotutor” como un representante voluntario, toda vez que la Ley 6/1984, de 31 de marzo, de Modificación de determinados artículos de los del Código Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas sobre interdicción, había suprimido del artículo 1.732,3.º CC la incapacitación como causa extintiva del mandato.

d) CASTILLO TAMARIT, V. José (16), considera que la no regulación de la autotutela en el Código no implica prohibición de la figura y ello en base a las siguientes consideraciones: la autotutela supone un negocio jurídico unilateral de carácter familiar con un posible contenido patrimonial, al que le es de aplicación el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC); la aplicación analógica del artículo 245 CC (“tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre...”); también la analogía en base a los artículos 223, 224 y 226 del repetido Código; y la propia finalidad y fundamento de la autotutela (si el fundamento de que la ley concede a los padres la posibilidad de nombrar tutor a sus hijos, o de prohibir que lo sean determinadas personas, se encuentra en la idea de protección y beneficio de los menores e incapacitados; pues, en principio, nadie mejor que los padres para discernir quiénes son los más idóneos. Este mismo fundamento *mutatis mutandis* se encuentra en la autotutela: nadie mejor que uno mismo para apreciar quién cuidará de él, caso de incapacitación, o quién no está en condiciones de ser su tutor).

e) Y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (17), el cual, tras rechazar los argumentos a favor que hemos ido reproduciendo y enumerar los que

(15) Trabajo citado, pp. 923 y ss.

(16) “Tutela, autotutela, protección de menores”, *Rev. Jur. del Not.*, julio-septiembre 2001, pp. 39 y ss.

(17) “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *Rev. Der. Priv.*, 2001, pp. 937 y ss.

cabe esgrimir, a su juicio, en contra (reducción del marco de la autonomía de la voluntad en materia de tutela en la reforma de 1983; inclusión únicamente de las tres formas tradicionales de delación de la tutela –legítima, testamentaria y dativa–; no aparecer en el artículo 234 CC, en el elenco de personas fijado para el nombramiento de tutor, el o los designados por el interesado; inexistencia de un adecuado sistema de publicidad de los documentos públicos en los que se estableciese la tutela...), considera que la regulación de la Ley 13/1983 no ofrece base suficiente para admitir la viabilidad de la autotutela, pero... y por este pero lo incluimos en esta lista, se inclina a considerar la necesidad de que el legislador afronte *ex novo* y decididamente la regulación de esta figura. Y concluye que “la incorporación de la autotutela (tanto la positiva como la negativa) a nuestro Derecho común sería algo plenamente beneficioso para la sociedad española, en la que... cada vez es mayor el número de personas que progresivamente va alcanzando una edad más elevada, fenómeno que suele acarrear como inevitable corolario el que muchas de ellas vayan perdiendo gradualmente su capacidad de autorregimiento, hasta que finalmente resultan incapacitadas”.

Hasta aquí –a excepción de las opiniones doctrinales expuestas de RIVAS MARTÍNEZ, COUTO GÁLVEZ, CASTILLO TAMARIT y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ– el *iter* desbrozado por BADOSA COLL, al cual –no olvidemos que su trabajo, que hemos estado siguiendo, fue publicado en 1993– hemos de añadir hoy dos mojones o hitos importantes:

— La Ley 11/1996, de 29 de julio, de la Generalidad de Cataluña, modificativa de los artículos 4 y 5 de la Ley 30/1991, de 30 de diciembre, de Tutelas e Instituciones Tutelares, primera Ley que admitió en España la autotutela. Admisión que justificaba el preámbulo de la misma del modo siguiente: “Las modificaciones introducidas por la presente Ley, inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impidan que ésta se gobierne por sí misma, facultan a las personas con capacidad de obrar para designar tutores, protutores o curadores por sí mismas, en previsión del caso de ser declaradas incapaces... La presente iniciativa legislativa responde al aumento de la esperanza de vida de la población, lo cual da lugar a un sobreenvjecimiento de las personas, conducente a un incremento de patologías crónicas que pueden impedir el propio gobierno”.

Actualmente la autotutela en Cataluña aparece regulada en el artículo 172 de su Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), en sus dos modalidades, activa y pasiva (equivalentes a las que, como ya expusimos, LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE llamó positiva y negativa), en tér-

minos que exceden del ámbito de este estudio, pero al que haremos más de una referencia comparativa,

— y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que es la que introduce en el campo del Derecho civil común la autotutela. Ley que no fue una ocurrencia de los grupos parlamentarios, sino una iniciativa de la Confederación Española de Representantes de Minusválidos (CERMI), recogida por la Fundación Æquitas, creada en el seno del Consejo General del Notariado y que el ministro de Trabajo y Asuntos Sociales elevó al Consejo de Ministros y al Parlamento. La finalidad fundamental de esta Ley —tal y como se explicita en su Exposición de Motivos— es la regulación de nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centradas en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Su objeto inmediato es la regulación del patrimonio especialmente protegido, masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

No acaba aquí el contenido de la Ley, sino que además incorpora distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, modificaciones que se realizan siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación y que son: en primer lugar, la regulación de la autotutela (modificación de los arts. 223, 234 y 239 CC), que se complementa con la reforma del artículo 1.732 del mismo cuerpo legal (estableciendo que la incapacidad del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación o el mandato se hubiera dado precisamente para el caso de incapacitación del mismo apreciada conforme a lo dispuesto por éste —el llamado “mandato de protección” por ARROYO I AMAYUELAS, Esther (18), que afirma haber tomado esta expresión del profesor de la Universidad de Montreal Claude FABIEN, o “apoderamientos preventivos” por MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel (19) y RIBELLES DURÁ, Simeón (20), recogiendo, quizá, la terminología del

(18) “Del mandato «ordinario» al mandato «de protección»”, *Rev. Jurid. del Not.*, enero-marzo 2004, pp. 9 y ss.

(19) “Reflexiones sobre la autotutela y los llamados «Apoderamientos preventivos»”, *La Notaría*, número 2, febrero 2000, pp. 41 y ss.

(20) *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, Personas, volumen 2.º, pp. 166 y ss., Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, 2003.

Borrador –versión 18/02/02–, que incluía la regulación de la autotutela en su disposición final sexta, juntamente con las modificaciones en materia de poderes) y la modificación del artículo 757.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (legitimando al presunto incapaz para promover su propia declaración de incapacidad); en segundo lugar, se introducen distintas modificaciones en materia sucesoria (arts. 756, nueva causa de indignidad en la sucesión de persona con incapacidad; 782, permitiendo que una sustitución fideicomisaria grave la legítima estricta cuando ello beneficie a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado; 822, no computación a efectos de cálculo de la legítima de 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 y, además, concesión al legitimario con discapacidad que lo necesite de un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviere con el causante; 831, ampliación de las facultades del testador para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto –protección indirecta de las personas con discapacidad–; y 1.041, dispensa de colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad), y en tercer término, se modifica el contrato de alimentos introduciéndose dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, un nuevo capítulo II que engloba los artículos 1.791 a 1.797, que regulan los alimentos convencionales, ampliando así las posibilidades que ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con dependencia, como los ancianos.

Tras esta introducción, es posible que excesivamente extensa, procede que entremos en materia.

I. Concepto

Autotutela es una voz compuesta a su vez de otras dos: auto (del griego “autós”), elemento compositivo que significa propio o por uno mismo, según la vigésimo segunda edición (2001) del Diccionario de la Lengua Española de la RAE y tutela (del latín “tutela”), que de acuerdo con la acepción primera del citado Diccionario significa “autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para curar de la persona y los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil”.

En este sentido, puramente etimológico-gramatical, autotutela es la designación de tutor que se hace uno mismo para sí mismo, para el caso de ser declarado incapaz en el futuro.

En sentido más técnico-jurídico podemos encontrar, como suele suceder en estos casos, tantas definiciones como autores se han ocupado del tema. Por vía de ejemplo podemos reproducir las de los siguientes: CREHUET DEL AMO (21), “la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso de que deje de ser capaz”; BADOSA COLL (22), “la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacidad”; RIVAS MARTÍNEZ (23), “la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad” o también como “la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacidad”; COUTO GÁLVEZ (24), que sobre la base del artículo 5 de la mentada Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio, afirma que se puede interpretar la autotutela como “una medida previsora para el supuesto de ser declarado incapaz en un momento posterior”; CASTILLO TAMARIT (25), “autorregulación normativa de la institución tutelar, en previsión de la propia incapacidad”; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (26), “facultad de que goza una persona para designar a su propio tutor, o para excluir a alguien de tal cargo, en previsión de su eventual incapacidad”; CARPIO GONZÁLEZ, Ignacio (27) “la posibilidad de que una persona mayor de edad, para el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)”; MARTÍNEZ GARCÍA (28), “institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz para, mediante un documento apropiado, formal y revocable, dejar preestablecido, para el supuesto de su incapacidad, el organismo tutelar en cuanto a su configuración, personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control”; RIBELLES DURÁ (29), que acepta la definición que acabamos de transcribir de MARTÍNEZ GARCÍA y la completa añadiéndole “o excluir expresamente a una persona como integrante del organismo que se haga cargo de la guarda”, para incluir en la definición la autotutela negativa; y

(21) Obra citada, p. 199.

(22) Obra citada, p. 903.

(23) Obra citada, p. 156.

(24) Obra citada, p. 26.

(25) Obra citada, p. 41.

(26) Obra citada, p. 944.

(27) “Primera regulación de la autotutela en Derecho español: la Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio”, *Bol. de Inf. de la Acad. Granadina del Notariado*, número 189, noviembre 1996, p. 2811.

(28) Obra citada, p. 48.

(29) Obra citada, p. 164.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María (30), que se limita a aceptar la contenida en el ya citado Estudio redactado por Díez-PICAZO y colaboradores en 1977, donde se define la autotutela como “la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad”.

Y ponemos aquí punto y final a las definiciones doctrinales por estimar haber agotado ya la paciencia de cualquier lector y no por haber reproducido la totalidad de las existentes.

La Ley 41/2003, cumpliendo con la sagrada regla de que las Leyes no deben contener definiciones, no nos da un concepto de la autotutela; regla que también respetó la Ley catalana de 1996 y el vigente Código de Familia de esta Comunidad Autónoma (*vid.* sus arts. 5 y 172, respectivamente). De la Exposición de Motivos, concretamente de su apartado VI, se desprende que nuestro legislador considera la autotutela como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación” y del párrafo segundo del nuevo artículo 223 del CC podemos extraer la siguiente definición de autotutela: “institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, puede, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

II. Naturaleza jurídica y caracteres

Como modalidad de la tutela, la autotutela es una institución cuasifamiliar que el Derecho regula como un medio para suplir el vacío o la carencia que dejan las familias. Ello explica –como dice SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (31)– que en su origen la tutela incumbe sólo a la familia. Posteriormente se supera esta concepción cuando se califica a la tutela de *munus semipublicum* y es reglamentada por el Estado, trascendiendo del orden puramente familiar. El sistema actual de nuestro Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1998, de 24 de octubre, es el de tutela de autoridad, lo que le confiere, según el citado SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (32), el carácter de función pública de Derecho Privado, de un deber personalísimo que se ejerce bajo el control o salvaguardia de

(30) *Instituciones de Derecho privado*, tomo IV, Familia, volumen 2.º, p. 461, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, 2002.

(31) Obra citada, p. 425.

(32) Obra citada, p. 426.

la autoridad judicial, que queda investida en este campo de un amplísimo margen de arbitrio o de discrecionalidad, limitada únicamente por el principio de beneficio del tutelado (cfr. art. 216 CC). A la postre, una institución que se halla comprendida –continúa afirmando dicho autor– dentro de la zona en que se hacen secantes las esferas de los derechos privado y público.

Considerada la autotutela como declaración de voluntad encaminada a “adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor” (art. 223, párr. 2.º, CC) o a “nombrar –como leemos en el art. 172.1 del Código de Familia catalán– en escritura pública a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código...”, es un negocio jurídico que presenta los siguientes caracteres (33):

1.º De Derecho de Familia, en el que la autonomía de voluntad puede resultar limitada por intereses familiares e incluso por el interés social (cfr. arts. 216, 224, 228, 229, 230, 233 y concordantes del CC).

2.º Unilateral, no necesitando para su perfección la aceptación de nadie (“... cualquier persona... podrá...”, art. 223, párr. 2.º, CC).

3.º Recepticio, por cuanto para que produzca efectos es necesario que la declaración de voluntad sea dada a conocer a otra persona (al nombrado y a la autoridad judicial, cfr. arts. 231, 234, 259 y concordantes del CC).

4.º Personalísimo, como la generalidad de los negocios jurídicos de Derecho de Familia, en el sentido de que sólo podrá ser ejercitado este derecho por el titular. Nos atrevemos a afirmar que lo es por definición (auto, ya lo dijimos, significa por uno mismo). El artículo 223 CC establece que “cualquier persona... podrá... adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona...”, lo que nos conduce a los llamados derechos de la personalidad y su intransmisibilidad.

5.º *Inter vivos*, porque ha de producir efectos en vida del declarante. La tutela del fallecido nos es desconocida.

6.º Solemne, así lo determinan tanto el CC (art. 223: documento público) como el Código de Familia catalán (art. 172: escritura pública).

7.º Revocable. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (34) explicaba que debía ser factible la revocación ínterin no se iniciare el procedimiento sobre la capacidad del otorgante por ser la voluntad humana mudable hasta la muerte. El artículo 223 CC calla, no así el artículo 172 del Código de Familia catalán, que presupone la revocabilidad al establecer que “en caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”.

(33) Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ: obra citada, p. 944, y DÁVILA HUERTAS: “La autotutela”, en el *Bol. de Inf. de la Acad. Granadina del Notariado*, número 227, abril 2000, pp. 1311 y ss.

(34) “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, RCDI, 1953, p. 350.

III. Fundamento

Al exponer las posturas doctrinales favorables a la admisión de la autotutela antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, tomamos conciencia de que la razón de ser de la autotutela se halla en la facultad de autorregulación o autorregimiento que el Ordenamiento Jurídico reconoce a todo sujeto de derecho mayor de edad (cfr. arts. 322 y 323 CC), proyectada —como señala PÉREZ-VARGAS MUÑOZ (35)— al momento en que su capacidad llegue a faltar, lo que permite a una persona prever su propia incapacidad y establecer las medidas necesarias para cuando ésta se produzca, respetando así el principio de plena libertad personal, pues ¿quién mejor que el propio interesado para —estando en condiciones de hacerlo— designar a la persona que desea como propio tutor o para excluir a las que no quiera para tal cargo?

Curiosa la postura de SÁNCHEZ TORRES (36), para el que el fundamento de la autotutela es idéntico y la filosofía de sus fines análoga a las herencias a favor del alma, que constituyen una faceta de los derechos sobre la propia persona.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, que comienza invocando los artículos 9.2 (libertad e igualdad de los individuos) y 49 (atención a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), ambos de la CE, en su apartado VI, al justificar la regulación de la autotutela, dice: “Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado”.

Por su parte, el Código de Familia catalán en el apartado II (Principios de la presente Ley) de su Preámbulo, tras proclamar el respeto por el principio de la autonomía de la voluntad (mantenimiento de la libertad de pacto en la elección del régimen económico matrimonial) determina que: “En este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela, según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacidad”.

Particularmente no nos parece un desatino afirmar que el fundamento de la autotutela es un tanto coincidente con el de las instrucciones previas, también denominadas voluntades anticipadas y más conocidas con la

(35) Obra citada, p. 945.

(36) Obra citada, p. 348.

denominación de “testamento vital”, traducción castellana del término anglosajón *living will*, cuya paternidad corresponde a la jurisprudencia norteamericana. Instrucciones previas reguladas con carácter general en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reformadora de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, necesaria tras la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2002. Fundamento que no es otro que el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de nuestra Constitución.

IV. Elementos personales

Evidentemente son dos: el que designa (también denominado autotutelando) y el designado.

1. ¿Quién puede ordenar la autotutela? El artículo 223, párrafo 2.º, CC dice que “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente”.

En materia de capacidad, la suerte no suele sonreír a nuestros legisladores. Mientras la doctrina diferencia con claridad entre capacidad jurídica (aptitud para la mera tenencia y goce de los derechos; *Rechtsfähigkeit* en terminología alemana) y capacidad de obrar (aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos; *Handlungsfähigkeit* para los alemanes), hasta nuestro Código Civil se manifiesta con imprecisión. Así –como ponía de relieve CASTÁN (37)– los artículos 9 y 15, en su redacción original, hablaban de capacidad legal; la rúbrica del título II del libro I y el artículo 32, de personalidad civil; el 29 y el 35, de personalidad simplemente; el 37, de capacidad civil, y los artículos 666, 745 y 758, de capacidad o incapacidad.

La Ley 41/2003 elude esta imprecisión y el párrafo 2.º del nuevo artículo 223 habla de capacidad de obrar, pero no acaba de despejar todas las dudas al adjetivar esa capacidad de obrar con el calificativo “suficiente”.

Es evidente que frente a la capacidad jurídica –que es fundamentalmente una, indivisible, irreductible y esencialmente igual siempre y para todos los hombres– la de obrar es contingente y variable, no existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado. Así como para la capacidad jurídica basta la existencia de la persona, para la de obrar se

(37) Obra citada, p. 156.

requiere inteligencia y voluntad, y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la Ley niega unas veces en absoluto esa capacidad y otras la limita y condiciona (38). De ahí que sea posible calificar la capacidad de obrar de suficiente, lo que nos obliga a precisar qué debe entenderse por “capacidad de obrar suficiente”.

A este respecto cabe diferenciar:

a) Mayores de edad. La respuesta es sencilla. “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, dice el artículo 322. Al no existir ninguna excepción es evidente que la capacidad de obrar del mayor de edad –que es la más amplia– es suficiente para designar a quien haya de regir su persona y/o bienes para el caso de que él mismo pueda resultar posteriormente incapacitado. Es la opinión de la generalidad de la doctrina.

b) Menores emancipados. Extremo respecto del que hay opiniones para todos los gustos. Antes de nuestra Ley (41/2003), el artículo 172.1 del Código de Familia catalán tampoco brillaba por su claridad al permitir a “cualquier persona” nombrar a quienes quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en dicho Código. MARTÍNEZ GARCÍA (39), compartiendo la opinión de Encarna ROCA, fundaba la capacidad del menor emancipado o habilitado de edad en el artículo 159 del Codi (equivalente al art. 323 CC), según el cual estos menores pueden actuar, en relación a su persona y sus bienes y derechos, como si fueran mayores de edad, con la única exigencia de asistencia o complemento de capacidad para determinados supuestos, entre los que no se encuentra el presente y en los artículos 155 y 209, también del Codi (*vid.* arts. 164 y 267 CC), que excluyen de la representación paterna y tutelar los actos relativos a los derechos de la personalidad.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (40) encuentra en el artículo 161 del repetido Código de Familia un sólido argumento para afirmar que en Cataluña el menor emancipado pueda realizar válidamente el negocio de autodelación de la tutela, cuando dice que: “La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados, si no hay designación de tutor por ellos mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172...”. De aquí se desprende nítidamente –dice este autor– que el menor emancipado puede nombrar tutor de sí mismo.

(38) CASTÁN: obra citada, pp. 157 y ss.

(39) Obra citada, p. 51.

(40) Obra citada, pp. 951 y ss.

¿Qué sucede en sede del Código Civil? Comparto la opinión de todos aquellos autores que se inclinan por reconocer al emancipado capacidad para la autotutela. Por citar algunos podemos comenzar con uno de los “inventores”, CREHUET DEL AMO (41), y continuar con MARTÍNEZ GARCÍA (42), SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (43), ALONSO PÉREZ (44) y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (45). Razones: que el menor emancipado es persona a quien la Ley equipara con el mayor de edad, con las limitaciones que enumera el artículo 323.1.º CC –que han de ser consideradas *numerus clausus* y no susceptibles de ampliación analógica–; que hay que estar siempre a la mayor capacidad de la persona; y, por último, que las incapacidades y las prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente.

Y cuando mantenemos esta postura lo hacemos plenamente, es decir, considerando que el menor emancipado podrá por sí solo nombrar tutor de sí mismo. Rechazamos la opinión de GARCÍA GRANERO-COLOMER, Ana Victoria (46), que sostiene que puede hacerlo, pero siempre con la asistencia de sus padres o curador, por cuanto, además de estar refiriéndose al artículo 323 CC a supuestos muy concretos (tomar dinero prestado, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor), que como ya apuntamos antes consideramos *numerus clausus* y no susceptibles de ampliación analógica, en todos ellos el consentimiento para su realización procede siempre del emancipado; los padres o el curador sólo le prestan asistencia.

Frente a esta postura es posible que alguien arguya que en el Borrador de la Ley (versión 18/02/02), concretamente en su disposición final sexta, que era la que regulaba la autotutela y los poderes preventivos, se atribuía expresamente capacidad a “cualquier persona, mayor de edad o emancipada...”. La eliminación de la referencia a los emancipados puede ser interpretada como un rechazo del legislador a su admisión. No lo consideramos así, por cuanto también se ha suprimido toda referencia a los mayores de edad. Lo que ha sucedido es un cambio de técnica legislativa al considerarse que era preferible referirse a personas con “capacidad de obrar suficiente”.

Todo lo dicho respecto de los menores emancipados es aplicable a los habilitados de edad (cfr. art. 323 *in fine*).

(41) Obra citada, pp. 206 y ss.

(42) Obra citada, p. 51.

(43) Obra citada, p. 465.

(44) “Estatuto Jurídico del menor emancipado tras la reciente reforma del Derecho de Familia”, en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, pp. 22 y 23.

(45) Obra citada, pp. 951 y ss.

(46) “La autotutela en el Derecho Común Español”, en *Boletín de Inf. de la Acad. Granadina del Notariado*, 1998, pp. 202-204.

c) Menores de edad no emancipados. Tampoco hay acuerdo unánime en la doctrina sobre si deben o no ser excluidos de la posibilidad de realizar el negocio de la autotutela. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (47) en 1953 ya mantenía que debía rechazarse la tutela fiduciaria para los menores, pues, dado el carácter público de la institución tutelar, iría contra el fin de la institución entregarle la facultad de nombrarse tutor a quien se presume que no ha alcanzado la necesaria plenitud y razón de juicio y entendimiento. MARTÍNEZ GARCÍA (48), refiriéndose al Derecho catalán, opina que parece más que dudoso que el menor no emancipado tenga la capacidad suficiente para decidir acerca de cuestiones tan complejas como la organización de mecanismos de control, la distribución de las funciones entre varios tutores o la administración general de su patrimonio (que no le competen por sí solo) o tan espinosas como decisiones acerca de su salud o educación (*vid.* art. 172 Código de Familia).

Por el contrario, CAMPO GÜERRI (49) se muestra partidario de reconocer a los menores no emancipados capacidad para la autotutela. Razones: a) Los numerosos preceptos del CC que exigen al juez, antes de adoptar medida alguna que afecte al menor, oírle siempre que tuviese suficiente juicio (arts. 156.2 y 159). b) La postura hoy dominante (50) que sostiene que el menor no es un incapaz de obrar. c) Las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que pueda hacer el mayor de edad (*vid.* art. 224 CC, según el cual las disposiciones contenidas en el artículo anterior –la designación de tutor por los padres y la autotutela– no vincularán al juez cuando el beneficio del tutelado exija otra cosa).

Por derroteros similares camina SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (51), que se inclina, en principio, por la amplitud de criterio a la hora de interpretar el artículo 172.1 del Codi (todavía no se había publicado la Ley 41/2003), por tratarse de una norma que afecta al ámbito de los derechos de la personalidad, en donde la Ley concede en otros campos, como el matrimonial (cfr. art. 48 CC) capacidad a los menores para ejercitarlos por sí solos.

Queda en pie el problema de determinar cuál debe ser la edad mínima que debe exigirse al menor, opinando el autor últimamente citado que, por afinidad de supuestos, debemos inclinarnos por la edad de cator-

(47) Obra citada, p. 350.

(48) Obra citada, p. 51.

(49) “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, *Rev. Jur. del Not.*, número 34, abril-junio 2000, pp. 25-26.

(50) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, parte general; tomo II, volumen 1.º

(51) Obra citada, pp. 464 y 465.

ce años, que es la que se exige para los testamentos abiertos notariales (art. 663 CC y art. 104 del Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre). Criterio mínimo, pero no definitivo, ya que, en última instancia –continúa el autor al que estamos siguiendo– y debiéndose formalizar el nombramiento en escritura pública, el notario que vaya a autorizarla debe emitir un juicio de capacidad una vez explorada la voluntad del menor, debiendo rechazar la autorización si no cumple con un mínimo de capacidad que le permita valorar y comprender las circunstancias de un nombramiento de esta naturaleza (art. 156.8 RN).

Si tenemos en cuenta que el juez es quien constituye la tutela, que para ello deberá oír al tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (art. 231 CC) y que tiene la potestad plena para no designar al elegido (art. 224 CC), no nos parece arriesgado reconocer a los menores no emancipados mayores de catorce años la posibilidad de realizar por sí solos el negocio jurídico de la autotutela.

2. ¿Quién puede ser designado tutor? La Ley 41/2003 no contiene ninguna disposición que afecte a las normas vigentes en materia de aptitud o capacidad para ser designado tutor. En consecuencia resultan plenamente aplicables los artículos 241 y 242 CC, al igual que las causas de inhabilidad de los artículos 243 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Cuestiones que pueden plantearse:

— Aplicación de las causas de los artículos 243.4.º (“No pueden ser tutores: 4.º Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñarán bien la tutela”) y 244.4.º (“Tampoco pueden ser tutores: 4.º Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el... incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que les adeuden sumas de consideración”) si al tiempo de la declaración de tutor las conocía el autotutelando y a pesar de ello les instituyó para este cargo.

Nos parece de aplicación el artículo 246 CC, que considera que dichas causas de inhabilidad no afectarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueran conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el juez disponga otra cosa en beneficio del incapacitado. Si no son aplicables al nombramiento hecho por los padres, con mayor razón no deben serlo al realizado por uno mismo.

— Aplicación del artículo 245. La posibilidad de que el autotutelando excluya expresamente a determinada persona para que ejerza el cargo de tutor en su día nos parece evidente. Si el padre o la madre pueden hacerlo, ¿qué razón hay para que el propio interesado no pueda? Eso es lo que

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (52) denominó autotutela negativa y que admite expresamente el artículo 172 del Codi catalán (“Cualquier persona... puede nombrar... o excluir a determinadas personas...”). En el mismo sentido se pronunciaba la disposición final sexta del Borrador –versión 18/02/02–, y no parece que el vigente artículo 223, párrafo segundo, lo impida dados los amplios términos con que se pronuncia (“Asimismo, cualquier persona... podrá... adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”).

— Aplicación del artículo 242. ¿Pueden ser nombradas tutores por el autotutelando las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados? La expresada amplitud con que se pronuncia el artículo 234 nos lleva a una respuesta afirmativa. En esta misma línea el repetido Borrador –versión 18/02/02–. No olvidemos, sin embargo, que excepcionalmente el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden de preferencias del artículo 234 (en cuyo primer lugar se encuentra el designado por el propio tutelado) o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

V. Elementos formales

La necesidad, o si se quiere para no ser tan tajante, la conveniencia de la intervención notarial para la validez y eficacia del negocio de delación de la autotutela es preconizada por toda la doctrina y reclamada por el Notariado. En las conclusiones de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana (Veracruz, México, 1998) podemos leer: “El Notariado Latino, como depositario de la fe pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de particulares, asesor, redactor y controlador de la legalidad es el instrumentador adecuado para formalizar las disciplinas y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado que debe ser suficiente en sí mismo”. Postura ratificada en el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, septiembre-octubre 1998), en el que se formuló la siguiente propuesta: “Que la autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, puedan organizarse de antemano con la intervención de un Notario”.

(52) Obra citada, pp. 344 y ss.

En esta línea, la primera Ley que admitió en España la autotutela, la Ley 11/1996, de 29 de julio, de la Generalidad de Cataluña, que en su artículo 5.1 exigía escritura pública, exigencia que reitera el vigente artículo 172 del Codi.

El artículo 223 CC va más allá al imponer el “documento público notarial”. ¿Por qué decimos que va más allá? Lo decimos por cuanto la escritura pública es una especie de documento público notarial, siendo éste el género. Son documentos públicos notariales todos los autorizados por notario –lógicamente, con arreglo a derecho, como preceptúa el artículo 317.2.º de la nueva LEC–, rigiéndose por la Legislación Notarial (arts. 1.216 y 1.217 CC). Son escrituras públicas aquellos documentos públicos cuyo contenido son “las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases” (art. 144.2 RN); frente a las actas que contienen “hechos jurídicos que por su índole peculiar no puedan calificarse de actos o contratos” (art. 144.3 RN).

A la vista, pues, de los términos literales del artículo 223 parece indiscutible que el autotutelando puede designar su futuro tutor tanto en escritura pública como en acta, puesto que ambas posibilidades encajan dentro del concepto de “documento público notarial”. Damos así por zanjada la discusión mantenida por aquellos autores que defendían sólo la posibilidad de escritura pública, entre los que podemos citar a VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso (53), y los que aceptaban tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones, por ejemplo, RIVAS MARTÍNEZ (54). Y no se nos diga que siendo la autotutela un negocio jurídico no encaja en la concepción reglamentaria que de las actas se contiene en el expuesto artículo 144.3 RN, ya que hay supuestos de actas en las que también hay inadecuación de la forma al fondo; ejemplo claro de esta inadecuación son las actas de depósito del artículo 217 del propio Reglamento Notarial.

¿Y qué sucede con el testamento? Es este el documento más habitual para la designación de tutor y en la redacción original del Código, hasta la reforma de 1983, era el único por el que los padres podían nombrar tutor a sus hijos (arts. 204 y 207 CC), lo que llevaba a CREHUET DEL AMO en 1921 (55) a lamentarse afirmando que: “No se me alcanza por qué únicamente por disposición de última voluntad haya de poder hacerse el nombramiento de tutor. Cuando se entendía que la tutela era una consecuencia de la patria potestad y se consideraba, en primer término, como una facultad, una prerrogativa de dicho poder, pesando en último lugar la ne-

(53) *La reforma de la tutela*, Madrid, 1985, p. 54.

(54) Obra citada, p. 194.

(55) Obra citada, pp. 212 y ss.

cesidad de proteger al que no podía por sí defenderse, se explica que en la forma más solemne hubiera de expresarse la ordenación o deferimiento de la tutela, puesto que se discernía por la muerte del padre... Mas ahora la tutela es ministerio social a que tiene derecho el mismo incapacitado, y la función se define como de orden público, habiéndose derivado de fuente más alta que la patria potestad... Por último, el testamento es en la actualidad un acto igualmente solemne que cualquier otro, y hasta hay forma de alguno, como la del ológrafo, desprovista de toda solemnidad, no siendo autenticado sino después de la muerte del testador. ¿Qué razón, pues, existe hoy para continuar proclamando que la tutela no puede deferirse por otro acto que el testamento?”. Las quejas fueron finalmente oídas y el artículo 223, reformado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, permite a los padres nombrar tutor en “testamento o documento público notarial”.

A destacar que la introducción del documento público notarial, al lado del testamento, como medio o forma de ordenación de la tutela, es algo que no fue directamente querido por el legislador, simplemente ha sido el resultado del propio azar del juego parlamentario, indudablemente a veces absurdo y disparatado. Así lo destacó SANCHEZ REBULLIDA (56) y lo reitera RIVAS MARTÍNEZ (57). En el Proyecto de 11 de enero de 1983, y después en el texto de 25 de mayo de 1983, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, solamente se recogía el testamento como medio o forma de ordenación de la tutela; pero, en el Senado, el Grupo Popular introdujo dos enmiendas hasta cierto punto concatenadas: una (coincidente, prácticamente, con otra del senador PORTABELLA I RAFOLS, que ya había formulado en el Congreso), que pretendía introducir la autotutela, posibilidad de que una persona pueda designar tutor para sí misma en el caso de que sea incapacitada; y, como para tal hipótesis no sería posible, por definición, el testamento, otra enmienda añadía en los artículos 223, 225, 236.4.º y 245, el documento público notarial. La propia dinámica legislativa de la Cámara da lugar a que se acepte, por la Comisión y después por el Pleno, la segunda enmienda introductoria del documento público notarial como forma de efectuar la referida designación y no, en cambio, la primera (reguladora de la autotutela), de la cual aquélla era una mera consecuencia.

Retomamos el hilo y nos preguntamos: ¿es posible en sede de autotutela la utilización del testamento? CREHUET (58) se manifestaba rotundamente en contra, llegando a afirmar que si el único modo de deferirse la

(56) Obra citada, p. 212.

(57) Obra citada, p. 351.

(58) Obra citada, p. 26.

tutela era el testamentario no podía admitirse la tutela fiduciaria “puesto que se la da a sí mismo el tutelado antes de serlo; y habiendo de ser deferida por testamento, no podría discernirse sino después de haber aquél muerto, cuando la personalidad se ha extinguido con el hálito vital”. En la misma línea y por razones similares se pronuncian gran número de autores, entre los que podemos citar a RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (59), CAMPO GÜERRI (60), ROMERO CANDAU, Pedro A. (61) y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (62), afirmando este último que la vía testamentaria no resulta idónea para recoger disposiciones de autotutela, a pesar de la publicidad que del testamento pueda hacer el Registro de Últimas Voluntades; siendo la autotutela un negocio jurídico *inter vivos*, debe recibir una documentación distinta a la del testamento, que es el prototipo de los negocios jurídicos *mortis causa*.

El argumento de que el testamento no produce efecto hasta la muerte de su autor, y precisamente en ese momento de nada servirían las previsiones de autotutela, nos parece insuperable. Es más, la redacción del artículo 223 nos conduce a esta misma solución al diferenciar el nombramiento de tutor por los padres —que puede hacerse en testamento o documento público notarial (*vid.* su párrafo primero)— del supuesto de autotutela —en el que solamente se admite la designación en documento público notarial (*vid.* su párrafo segundo)—. No debe inducir a confusión la referencia contenida en el párrafo tercero de este mismo precepto al Registro de Actos del Última Voluntad, cuya certificación recabará el juez en los procedimientos de incapacitación, al mismo tiempo que la del Registro Civil, toda vez que este párrafo alude en su palabras iniciales a “los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo” y en el presente artículo hay, como acabamos de señalar, dos párrafos: uno, que recoge los testamentos y documentos públicos, y otro, que sólo acepta los documentos públicos; de ahí, pues, la necesidad de ambas certificaciones a efectos de comprobar la existencia o no de tutores nombrados por los padres y/o los designados por el propio tutelado.

En Derecho balear cabría, además, traer a colación el artículo 14 de su Compilación, que exige la institución de heredero para la validez del testamento, con lo cual el que sólo contuviera la ordenación de una autotutela sería difícilmente considerado como válido (*vid.*, al respecto, referido a los testamentos meramente revocatorios o de reconocimiento de hijos

(59) “Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad”, Academia Sevillana del Notariado, tomo VIII, Madrid, 1995, p. 458.

(60) Obra citada, p. 967.

(61) *Elementos de Derecho Civil*, IV. Derecho de Familia, volumen 2.º, 1989, p. 298.

(62) Obra citada, pp. 183 y 184.

no matrimoniales el discurso de apertura del curso, pronunciado el 26 de noviembre de 2003 por MASOT MIQUEL, Miquel, publicado en el vol. VII del *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, 2004, pp. 14 y 15).

Quedaría incompleta la sinfonía de la forma si no tratáramos el problema de la publicidad de la autotutela. Si el juez, que es el que constituye la tutela (art. 231 CC), no pudiera tener conocimiento de los “preferidos” del artículo 234, entre los que ocupa el primer lugar el designado por el propio tutelado, no podría cumplir su cometido.

El tantas veces citado Borrador –versión 18/02/02–, inspirándose en el sistema catalán, en su disposición final sexta, se inclinaba por la creación de un Archivo de voluntades anticipadas de Autotutelas y Poderes Preventivos, al que el notario autorizante de la correspondiente escritura pública debía enviar de oficio una comunicación en el plazo de siete días, debiendo el juez, antes de constituir la tutela en caso de incapacitación, solicitar una certificación de dicho Archivo que acredite si el incapacitado previó un tutor o una determinada ordenación tutelar cuando tenía plena capacidad de obrar o había otorgado un poder preventivo (poder que, salvo manifestación en contra del poderdante, si éste fuera incapacitado judicialmente, se entenderá que el apoderado ha sido designado como tutor y se aplicará lo dispuesto para el caso de autotutela, según prevea el propio Borrador). El indicado Archivo estaría a cargo del Consejo General del Notariado; su funcionamiento y organización se regularía reglamentariamente; no sería público y únicamente facilitaría los datos inscritos a los jueces que, en el curso de un procedimiento de incapacitación, lo solicitasen.

La Ley catalana 39/1991 disponía que las autotutelas se inscribirán en el Registro de Tutelas y Autotutelas, a cuyos efectos los notarios autorizantes de las escrituras públicas de designación, revocación o exclusión de tutor o curador, debían dirigir un oficio al mencionado Registro, indicando las circunstancias personales de los otorgantes, el contenido del acto, pero sin mencionar la identidad de la persona o personas designadas. La regulación de este Registro se desarrolló reglamentariamente por el D. 360/1996, de 12 de diciembre, imponiendo al notario la obligación de remitir al Decanato del Colegio Notarial de Barcelona (hoy de Cataluña) una comunicación en el plazo de tres días, extendiendo de ello nota en el instrumento respectivo.

El vigente Código de Familia catalán –en su única disp. adicional– cambia a este Registro de nombre, denominándolo “Registro de nombramientos tutelares no testamentarios” y lo regula en sus artículos 251 y 252. Según el apartado 2 del primero de los artículos citados, los notarios que autoricen escrituras en las que se haga uso de las facultades previs-

tas en el artículo 172 (autotutela o delaciones hechas por uno mismo) deben dirigir un oficio a dicho Registro, indicando el nombre, los apellidos, el domicilio y el documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en tal fecha se ha procedido a dicha designación o anulación, pero sin indicar la identidad de las personas designadas.

El legislador estatal, por cierto el único competente para la “ordenación de los Registros e instrumentos públicos –art. 149.1.8.º CE; *vid.* también al respecto la sentencia del TC 71/1983, de 29 de julio, recogida por PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (63)–, ha optado por el Registro Civil como instrumento de publicidad de la autotutela, en contra de la propuesta contenida en el Borrador, la postura del legislador catalán y la opinión de gran parte de la doctrina (64).

Establece el párrafo tercero del nuevo artículo 223 que “los documentos públicos a que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su inclusión en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”. No olvidemos –perdón por la reiteración– que en el párrafo primero se contempla el nombramiento de tutor por los padres (que podrá llevarse a cabo por testamento o documento público notarial, de ahí la referencia al Registro de Actos de Última Voluntad) y en el segundo la autotutela (cuya forma, como ya hemos visto, es la de documento público notarial –*ad solemnitatem*– y en el que no hemos incluido el testamento).

La vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 incluye la inscripción de tutelas en su Sección Cuarta (arts. 88 a 91), incorporando al Registro Civil el antiguo Registro de Tutelas que regulaban los artículos 288 a 292 del CC y que estaba a cargo de los Juzgados de Primera Instancia. En esta Sección se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones (art. 88 en la redacción que le dio el RD 1917/1986, de 29 de agosto); practicándose las inscripciones relativas al organismo tutelar en el Registro del domicilio de las personas sujetas a tutela en el momento de constitución de ésta (art. 89, también en la redacción del citado

(63) Obra citada, p. 972.

(64) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ: obra citada pp. 971-973; FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA: “La autotutela”, *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, p. 74, y CORRAL GARCÍA: “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores”, *Rev. Jur. del Not.*, número 46, 2003, pp. 38-39.

RD 1917/1986). Complementan esta regulación los artículos 283 a 289 de su Reglamento, aprobado por D. de 14 de noviembre de 1958, modificados, con excepción del artículo 285, por el mentado RD 1917/1986. Regulación que consideramos excede del ámbito de este trabajo.

VI. Contenido

¿Qué es lo que puede hacer el autotutelando en previsión de ser declarado incapacitado en el futuro? Por definición, y en sentido positivo, designar a la persona que desea ejerza el cargo de tutor. De detenernos aquí más de uno pensará que para este viaje no necesitaba alforjas. Y sería verdad. Debemos profundizar y nos ponemos a ello.

El repetido Borrador decía más cosas, además de designar a la persona o personas físicas o jurídicas que desea ejerzan el cargo de tutor, a saber: designar a sus sustitutos en caso de imposibilidad del ejercicio de los primeramente llamados; designar a las personas que quiera excluir del cargo; fijar el contenido y funcionamiento de la tutela; establecer órganos de fiscalización o medidas de vigilancia y control; arbitrar reglas de administración y de disposición de sus bienes; efectuar pluralidad de designaciones, prevaleciendo la última; y delegar en otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas previamente identificadas en la escritura pública.

El artículo 172.1 del Código de Familia catalán también es ilustrativo, por cuanto establece que el autotutelando podrá: nombrar a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código (sin descender a detalles y si caben o no todas las posibilidades, ex arts. 167 y 226: tutor, administrador patrimonial, curador, *defensor judicial* y Consejo de tutela); designar sustitutos de los mismos; excluir a determinadas personas; hacer pluralidad sucesiva de designaciones; establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona; y efectuar los expuestos ordenamientos tanto en forma conjunta como sucesiva.

El legislador de Derecho común, por el contrario, en el nuevo artículo 223, párrafo segundo, CC elude el sistema de enumeración de posibilidades y, con carácter general, se limita a establecer que el autotutelando, “en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. Fórmula un tanto sorprendente por cuanto la esencia de la autotutela, y volvemos a reiterarlo, es por definición la designación de tutor, designación que el legisla-

dor coloca en último lugar anteponiéndole la frase “cualquier disposición relativa a su persona o bienes”, a la que añade “incluida la designación de tutor”, con lo que parece que podrá ser posible adoptar disposiciones relativas a persona o bienes y omitir la designación de tutor.

Si completamos, como nos parece que así debe hacerse, la frase “cualquier disposición relativa a su persona o bienes” con el artículo 215 CC, hemos de concluir que la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los incapacitados se realizará mediante la tutela, la curatela y el defensor judicial. Con lo que alcanzamos un resultado similar al del Codi catalán: nombrar a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos, en este caso, en el Código Civil.

Esta fórmula general del Código deja sin resolver múltiples cuestiones, entre las que podemos destacar las siguientes:

1.^a ¿Autotutela positiva y/o negativa? La modalidad positiva no admite ninguna duda; basta con la lectura del reproducido párrafo segundo del artículo 223. La exclusión de determinadas personas –autotutela negativa– también debe admitirse, no sólo por el empleo del pronombre indeterminado “cualquier” antepuesto al nombre (“disposición”), sino por la aplicación analógica (argumento *ad maius*) de lo prevenido en el artículo 245. Si el padre o la madre pueden en su testamento o documento notarial excluir expresamente a determinadas personas del cargo de tutor, con mayor razón deberá poder hacerlo el propio interesado. Para CASTILLO TAMARIT (65) no resultaría admisible que el juez nombrara tutor a quien ha sido excluido por el autotutelando.

2.^a ¿Cabe la autocuratela? Al ser, como ya hemos dicho, una forma de guarda y protección de la persona y bienes (cfr. art. 215 CC) y ser aplicable a los curadores las normas sobre nombramiento de los tutores (art. 291 CC), ingresamos en la cofradía de los que responden afirmativamente a este interrogante, tales como GARCÍA CANTERO (66), LETE DEL RÍO (67), DÁVILA HUERTAS (68) y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (69). Añade este autor el argumento de que quien puede lo más (nombrar tutor), puede lo menos (nombrar curador) y cómo este problema está resuelto en el artículo

(65) Obra citada, pp. 42-43.

(66) “Notas sobre la curatela”, *Rev. Der. Privado*, 1984, p. 791.

(67) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por el profesor ALBALADEJO, tomo IV, p. 443.

(68) “La autotutela”, *Bol. de la Acad. Granadina del Notariado*, número 227, abril 2000, p. 1332.

(69) Obra citada, pp. 960 y ss.

lo 239.1 del Código de Familia catalán (“La designación de la persona que debe ejercer la curatela puede realizarla la propia persona, el padre y la madre o judicialmente, en las mismas circunstancias de la tutela”).

Y ya que estamos en sede de autotutela podemos plantearnos, siguiendo a PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (70), la cuestión de si designado tutor por el autotutelando para caso de su eventual incapacitación, debería ser válida la previsión –incluida por éste en la escritura pública de autotutela– de nombrar curador a persona distinta para el caso de que, revisada su incapacitación, el juez dicte una nueva resolución en la que sustituya el régimen de tutela por el de curatela. Y con este autor estamos de acuerdo en la respuesta afirmativa; razones: fundamento de la autotutela (capacidad de autorregimiento de la persona); quien puede lo más, debería también poder lo menos; que el que tenía unas determinadas cualidades para ser tutor carezca en cambio de las idóneas para ejercer el cargo de curador, y porque la norma del artículo 292 CC (“Si el sometido a curatela hubiere estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiere sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa”) tiene carácter dispositivo para el juez y la voluntad del interesado debería normalmente prevalecer sobre ella.

3.^a Posibilidad de nombrar sustitutos. El Borrador lo admitía expresamente, al igual que el artículo 174 del Código de Familia catalán (“En los casos de delación tipificados en los arts. 172 y 173 –autotutela y tutela deferida del padre y de la madre, respectivamente, añadimos nosotros–, pueden designarse sustitutos para los cargos tutelares, de administración y para la curatela...”). El artículo 223, párrafo segundo, nada dice; no obstante, estamos a favor de esta posibilidad. Los amplios términos en que está redactado dicho párrafo (“... adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes...”) avalan esta respuesta. Se muestran también partidarios de esta solución PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (71) y DÁVILA HUERTAS (72).

4.^a Pluralidad de tutores. Lo preveía el Borrador y lo prevé el artículo 172 del Codi. El legislador común nada establece, si bien puede llegarse a la misma conclusión afirmativa sobre la base de lo establecido en el artículo 236.4.º (“La tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo... 4.º Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer

(70) Obra citada, pp. 959 y 960.

(71) Obra citada, p. 958.

(72) Obra citada, p. 1321.

la tutela conjuntamente”) y en el artículo 237 (actuación mancomunada o solidaria). Ya saben lo del repetido argumento *ad maius*, que consideramos que, con carácter general, permite hacer extensivas a la autotutela las normas referentes a la tutela deferida por voluntad de los padres. En la misma línea PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (73) y DÁVILA HUERTAS (74).

Se nos puede rebatir esta solución en base a la forma singular que utiliza el número 1 del párrafo primero del nuevo artículo 234 al reconocer preferencia para el nombramiento de tutor “al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”; al igual que la usada en el propio párrafo segundo de este último artículo (“... incluida la designación de tutor”). Rechazamos, no obstante, esta interpretación literal sobre la base reiterada de que las normas de la autotutela deben integrarse con las demás disposiciones del Código relativas a la tutela en general y especialmente a la deferida por la voluntad de los padres. Si el autotutelando puede, según el párrafo segundo del 223, “adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes”, ¿no va a poder nombrar un tutor de la persona y otro de los bienes, ex artículo 236.1.º?

5.ª Pluralidad de designaciones. En el supuesto de designación en diferentes documentos separados en el tiempo, ¿qué designación debe prevalecer? El Código vuelve a callar, no así el Borrador y el Código de Familia catalán, éste en su artículo 172, que coincidían en considerar prevaleciente a la posterior designación. Al hablar de los caracteres de la autotutela dijimos que era un negocio jurídico unilateral, personalísimo y revocable. Si esto es así y, además, la autotutela no se constituye hasta que, concluido el proceso de incapacitación del autotutelado, el juez dicte sentencia incapacitándole, declarándole sometido a tutela y constituya la tutela (cfr. art. 231 CC), ¿qué razón hay para que el autotutelando no pueda otorgar sucesivos documentos públicos notariales en los que cambie de opinión y nombre a diferentes tutores y no deba prevalecer el últimamente designado (cfr. art. 737 y 739 CC, en materia testamentaria)? Entendemos que ninguna, es más, el artículo 225 del propio Código nos puede conducir a la misma solución (“Cuando existieran disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”).

(73) Obra citada, p. 958.

(74) Obra citada, p. 1321.

6.^a Órganos de fiscalización. El Borrador permitía al autotutelando “establecer órganos de fiscalización o medidas de vigilancia y control”. El artículo 176 del Codi también autoriza a la persona interesada (indudablemente el autotutelando lo es) a “establecer las medidas de control de la actuación tutelar y, en su caso, de la administración patrimonial que se crean convenientes, sin perjuicio de las que puedan establecerse judicialmente”. El Código Civil vuelve a callar, pero tanto la amplitud de la fórmula utilizada en el párrafo segundo del 223 (“... cualquier disposición...”), como los términos de su párrafo primero que, refiriéndose a la tutela deferida por los padres, permite a éstos “establecer órganos de fiscalización de la tutela”, nos facultan para dar una respuesta afirmativa. Respuesta afirmativa que no nos autoriza, sin embargo, a olvidar que nuestro Código ha escogido el modelo de tutela de autoridad en su modalidad de judicial y que es al juez a quien compete establecer las modalidades de vigilancia y control que estime oportunos en beneficio del tutelado (art. 223) y que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 232). Lo que equivale a que el autotutelando no podrá limitar las funciones de uno u otro, ni sustituirlos por otras personas o cargos, por ser las normas reproducidas de *ius cogens* (vid. art. 224 CC).

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (75), que mantiene esta misma postura, reproduce al respecto la Conclusión Cuarta a que llegó la VIII Jornada Notarial Iberoamericana (Veracruz, México, 1998): “Con el objeto de proteger los intereses del otorgante, se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control” (tema III, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”).

7.^a ¿Cabe excluir la intervención judicial en los supuestos prevenidos en el artículo 271 CC? CAMPO GUERRI (76) admite que el autotutelando pueda establecer en la escritura pública de autotutela normas de administración y disposición de sus bienes, excluyendo la intervención judicial de manera expresa. Rotundamente rechaza esta postura PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (77), para el cual adoptar el planteamiento expuesto significa introducir, de *lege ferenda*, un cambio radical de política legislativa en materia de tutela, sustituyendo el actual modelo (tutela de autoridad) por el anterior sistema de tutela de familia. Particularmente nos inclinamos también por una respuesta negativa, por considerar la norma del artículo 271 CC de *ius cogens*.

El Borrador no contemplaba este supuesto, ni tampoco lo hace el ar-

(75) Obra citada, p. 962.

(76) Obra citada, p. 27.

(77) Obra citada, p. 963.

título 172 del Código de Familia catalán, lo que ha permitido a la doctrina de esta Comunidad Autónoma plantearse si entre las normas de funcionamiento del organismo tutelar –lo que sí está previsto y permitido– podría incluirse la de autorizar a quien desempeñe el cargo a realizar los actos a que se refieren los artículos 212, 215.2 y 219 del propio Codi (similares a los del art. 271 CC) sin necesidad de autorización judicial ni la del Consejo de Tutela (*vid.* arts. 226 a 236). MARTÍNEZ GARCÍA (78) expone que la regulación legal parece aconsejar una respuesta negativa, no sólo porque la opción se establece expresamente entre autorización judicial o del Consejo de Tutela, sino también porque en los casos de los artículos 215 y 219 se afecta directamente a la persona (internamiento en un centro de educación especial o en otro establecimiento adecuado, aplicación de tratamientos médicos especialmente agresivos) y en el del artículo 212 a determinados negocios patrimoniales que puedan comprometer gravemente al patrimonio del sometido a guarda.

8.^a ¿Puede el autotutelando delegar en otra persona la elección del futuro tutor? Formulado el interrogante en estos términos tan generales, la respuesta debe ser negativa. Negativa por cuanto ya hemos indicado al enumerar los caracteres de la autotutela que es un negocio jurídico de Derecho de familia y es de todos sabido que, al contrario de lo que sucede en el Derecho patrimonial, la regla general es la no posibilidad de representación en este tipo de negocios debido al carácter personalísimo que revisten las relaciones familiares (79).

El Borrador admitía la posibilidad de que el declarante (el autotutelando) podía “delegar en otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas previamente identificadas en la escritura pública” y que “si por cualquier causa el designado no puede efectuar la elección, la realizará el Juez en su lugar”. Esta posibilidad no ha sido recogida en el nuevo artículo 223 CC, ni tampoco la encontramos en el 172 del Código de Familia catalán. A pesar de ello nos inclinamos por aceptar la solución propuesta en el Borrador, toda vez que en este caso no estaríamos ante un auténtico supuesto de representación –no admisible, como hemos indicado hace unos instantes–, sino ante un simple *nuncius* o mensajero, mero ejecutor de la voluntad del autotutelando con un pequeñísimo margen para decidir (elegir entre varias personas previamente identificadas por el interesado).

En contra de nuestra postura, la interpretación literal del reformado

(78) Obra citada, p. 52.

(79) FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis: en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, Personas, volumen 2.º, p. 652, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, 2003.

párrafo primero del artículo 234 al prescribir que “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”. El tercero, el *nuncius*, no es el propio tutelado.

El único encaje que hemos encontrado para admitir la delegación de la facultad de elegir entre dos o más –no de designar directamente o *per se*– es el artículo 231 CC, según el cual “el Juez constituirá la tutela previa audiencia... de las personas que considere oportuno...”. Entre estas personas podría encontrarse nuestro mensajero.

Son también posibles argumentos a favor de nuestra tesis, por un lado, la admisión de los apoderamientos preventivos del nuevo párrafo final del artículo 1.732 CC (no extinción del mandato por la incapacitación sobrevinida del mandante cuando el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante) y el artículo 11.1 de la 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, que al regular el documento de instrucciones previas –el mal llamado “testamento vital”– permite al otorgante designar “un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario...”. Instrucciones previas cuyo fundamento, indicado en su momento, consideramos similar al de la autotutela (libre desarrollo de la personalidad).

9.^a Remuneración. Frente al artículo 172 del Código de Familia catalán, que permite expresamente que el autotutelando pueda establecer la remuneración de su tutor –lo que ratifica el art. 177.1 del propio Codi–, tanto el Borrador como el vigente artículo 223 nada dicen.

Somos de la opinión que el artículo 274 CC es de *ius cogens*, o sea, que es al juez al que corresponde fijar la remuneración del tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Este “siempre que” nos conduce con SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (80) a considerar que la regla general es el carácter gratuito de la tutela, carácter que también se desprende del artículo 216 CC (“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...”).

Sí nos parece, por el contrario, admisible la asignación de frutos por alimentos a que se refiere el artículo 275 CC, conforme al cual, los padres, en uso de las facultades que les concede el artículo 223, pueden disponer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos. Literalmente se refiere sólo a los padres, pero, lo reiteramos una vez más, si los padres pueden respecto de sus hijos, con

(80) Obra citada, p. 493.

mayor razón deberá poder hacerlo el autotutelando respecto de sí mismo. Norma de derecho dispositivo y que encaja dentro de la libertad de disposición que, en el marco del artículo 1.255 CC, permite al interesado la constitución de su autotutela con plena libertad (81), libertad a la que invita la redacción del propio párrafo segundo del nuevo artículo 223 CC (“... cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”).

10. ¿Será vinculante para el juez la designación que en su día hizo el autotutelando? El artículo 223 nada dice al respecto, si bien este silencio no nos impide responder que en principio la designación es vinculante, pero que el juez podrá, mediante decisión motivada, no tomarla en consideración si el beneficio del incapacitado así lo exigiera, ex artículos 224 y 234 del propio Código.

Opina PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (82) que quizá lo único que debería permitirse a la autoridad judicial sería un juicio de revisión sobre si se mantienen o no las circunstancias que condujeron al interesado a nombrar –o rechazar– como tutor de sí mismo a una determinada persona y no comparte la opinión de GARCÍA-GRANERO COLOMER (83) que distinguía al respecto entre autotutela positiva y negativa, considerando que respecto de esta última sí tendrían eficacia vinculante para el juez las exclusiones realizadas por el interesado.

La solución de PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ es la del Código de Familia catalán cuando en el artículo 172.2 establece que “los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnadas por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión”.

No nos cabe duda que sin mayor esfuerzo se puede llegar a la misma solución en régimen de Derecho civil común sobre la base de la aplicación conjunta y racional de los artículos 223, 224, 228, 229, 231 y 234 CC y artículo 757 de la nueva LEC, también reformado en su apartado 1 por la Ley 41/2003.

(81) DÁVILA HUERTAS: obra citada, p. 1320.

(82) Obra citada, pp. 960 y ss.

(83) Obra citada, p. 229.

VII. Consideraciones finales

Dejando a un lado el mayor o menor acierto del legislador en puntos concretos, considerada en su conjunto la reforma introductoria en los territorios de Derecho común de la autotutela, complementada con la regulación de los poderes preventivos (art. 1.732 CC), no merece más que elogios. Se ha colmado así una laguna legislativa criticada por todos, dotándose a la sociedad de los medios necesarios para solucionar los problemas que, debido al incremento de la esperanza de vida, se han producido, provocando un aumento de las enfermedades de carácter degenerativo (Alzheimer y de Pick, fundamentalmente), que en numerosas ocasiones impiden a la persona gobernarse por sí misma. Bienvenida sea la autotutela y las opiniones doctrinales y resoluciones judiciales que sobre ella recaigan, que, sin duda, contribuirán a un mayor y mejor desarrollo de esta modalidad de tutela que va a satisfacer las necesidades de más de uno.

**HACIA UNA TEORÍA GENERAL
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EN EL DERECHO DE FAMILIA.
EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES
PERSONALES ENTRE
LOS CÓNYUGES**

MARÍA DE ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR

*Doctora en Derecho Privado
por la Universidad de Zaragoza.*

*Académica correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA ELIMINACIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LA LEY 15/2005. **III.** ALGUNOS DATOS PARA LA HISTORIA DE “LO NO PATRIMONIAL” EN EL DERECHO. **IV.** EL CONTENIDO DEL *CÓDIGO CIVIL* TIENE CARÁCTER JURÍDICO. **V.** EL SOMETIMIENTO AL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL. **VI.** LA EXIGENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO AUTÓNOMO. **VII.** ALGUNAS CONCLUSIONES. **1.** Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. **2.** El caso español. **3.** Entre el Estado Liberal y el Estado Social: el deslinde entre las obligaciones de los particulares y las del Estado. **4.** Una taxonomía propia.

I. Introducción

La responsabilidad civil en el Derecho de Familia constituye un amplio sector del Derecho Civil que comprende muchos ámbitos: responsabilidad entre padres e hijos, entre pupilos y tutores, responsabilidad civil para con los abuelos, o entre adoptante y adoptado, etc.

Uno de los ámbitos en los que juega es la responsabilidad entre cónyuges, que también tiene diferentes aspectos, uno de los cuales es la responsabilidad en cuanto a sus derechos y deberes personales.

El estudio general sobre la responsabilidad civil en el Derecho de Familia no está hecho, y tampoco está realizado particularizadamente un análisis de esa responsabilidad en cada uno de los ámbitos que comprende, salvo algunos supuestos. Así, por ejemplo, la responsabilidad entre tutores y pupilos tiene una regulación concreta en el *Código Civil* (arts. 222 y ss.); y también la tiene la responsabilidad en la adopción y el acogimiento (arts. 172 y ss., según redacción dada por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

En este artículo voy a avanzar algunas ideas sobre la responsabilidad entre cónyuges en materia de derechos y deberes personales. Sin perjuicio de que éste era un tema pendiente con anterioridad a las reformas de 2005, éstas han traído consigo la urgencia de abordar el problema y pensar las soluciones.

Todo ello teniendo en cuenta que el estado de la cuestión sobre esta materia se ha caracterizado por una cierta confusión doctrinal acerca de si deben aplicarse a las relaciones conyugales algunos aspectos de la responsabilidad contractual, y/o extracontractual, sin plantearse la posibilidad de elaborar un régimen especial de responsabilidad civil para el Derecho de Familia, que nada tendría que ver con el Derecho Civil Patrimonial, salvo porque, igual que en éste, debería considerar la indemnización de los daños patrimoniales causados, por una parte y, por otra, el resarcimiento de los daños morales, con arreglo al principio fundamental del Derecho Civil de la reparación integral del daño causado.

II. La eliminación de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005

La Ley 15/2005, de 8 de julio, elimina las causas de separación y divorcio como tales, cosa insólita en el Derecho Comparado y, a pesar del espíritu de la Ley, introduce, en vez de eliminarlos, nuevos deberes jurídicos, añadiendo al artículo 68, que recogía los deberes de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente: “Deberán, además, compartir las res-

ponsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

Ante esta situación queda por definir cuáles serán a partir de ahora las consecuencias del incumplimiento de los deberes personales. Desaparecidas las causas de separación y de divorcio, el incumplimiento de los deberes personales, ¿de qué es causa ahora?

En efecto, ante esta nueva regulación aparecen, como mínimo, dos cuestiones:

1.^a Si las obligaciones personales del matrimonio se han devaluado, se han convertido en meros deberes morales o, bien al contrario, se ha querido resaltar su carácter *jurídico*. Esta última posibilidad constituye la más probable a mi juicio, ya que de otro modo se habría aprovechado la ocasión para eliminarlos, dado el espíritu de la norma, y una de las razones por las que no se ha hecho es la de que el párrafo 2.º del artículo 32 CE dispone que: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, *los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”.

2.^a Tomando también en cuenta la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el *Código Civil* en materia de derecho a contraer matrimonio, atribuyendo al matrimonio homosexual los mismos efectos que venía produciendo el heterosexual, se genera una interrogación acerca de qué tipo de matrimonio subsiste en el *Código Civil* español y hasta qué punto el *Código* ha eliminado la sustancia de la institución matrimonial y, por ende, esta misma.

Esta segunda cuestión será objeto de debate durante las décadas con las que comienza el siglo XXI. La primera, por su parte, constituye una “Caja de Pandora”, a partir de la cual se desplegará mi argumentación.

III. Algunos datos para la historia de “lo no patrimonial” en el Derecho

La dificultad para deslindar con claridad el carácter ético y el carácter jurídico de las relaciones entre las personas, confundiendo estos dos campos operativos, según la terminología de BOURDIEU tiene una larga historia.

Uno de los primeros ámbitos en los que operó la actividad “separadora” y “diferenciadora” de los juristas romanos fue el apartar el campo de lo jurídico del campo de la moral, es decir, definir el ámbito que era peculiar del *ius* de aquel otro propio del *officium*, que era el de un amplio universo social en el cual se expresaban una variada gama de debe-

res sociales o morales impuestos por la honestidad (*ex honestate*) y no por la justicia (*ex iustitia*), y que se entendían como propios de un *bonus vir*, condición ésta que se constituía fuera del campo exclusivo del Derecho.

En efecto, cierto es que el matrimonio es una realidad que pertenece al amplio campo de las relaciones sociales y que, en cuanto tal, está sujeto a la disciplina propia de esos deberes (*officia*) fundados no primariamente en la justicia, sino en la honestidad, pero también es cierto que, desde el momento en que el Derecho estatal incluyó en su campo propio al matrimonio, asumió para él una disciplina propiamente jurídica y claramente definida que, sin eliminar esos más amplios deberes *ex honestate*, tiene unas categorías y nociones peculiares, todas ellas jurídicas, de acuerdo con las cuales han de resolverse las cuestiones que toquen al matrimonio.

Así, los “derechos y obligaciones entre los cónyuges”, de los que se ocupa el *Código Civil*, si bien no desconocen su amplia y genérica pertenencia al campo social, constituyen propiamente derechos y deberes de naturaleza jurídica que, fundados en los principios de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges y en el libre desarrollo de la personalidad, han de ser definidos en el contexto peculiar de la familia y del Derecho tocante a ella.

Se trata, pues, de deberes característicos del campo del Derecho de Familia, con una naturaleza propia enmarcada en los principios constitucionales y legales que los gobiernan y, por ende, sin que sea posible su simple asimilación a las obligaciones típicas del Derecho Patrimonial.

Desde la Codificación en adelante ha habido una fuerte tendencia a considerar que los deberes personales entre los cónyuges, o simplemente son jurídicos y no morales, o que siendo jurídicos tienen un marcado carácter moral.

Estas opiniones han tenido una serie de consecuencias que, a mi juicio, no han favorecido una apropiada aplicación del régimen jurídico de los deberes personales del matrimonio, una de cuyas consecuencias más marcadas ha sido la difícil aceptación de la responsabilidad por los daños, tanto patrimoniales como morales, generados en el incumplimiento, ya no sólo de estos deberes, sino de muchos otros del Derecho de Familia.

Diversas son las razones que se encuentran detrás de estas opiniones, aunque, sin lugar a dudas, han sido consciente o inconscientemente muy influyentes las concepciones jurídicas propias del positivismo y de todas aquellas tradiciones que desvinculan al Derecho de un cierto contenido o que lo ligan, preferentemente, al concepto de coactividad.

Estas opiniones fueron discutidas, en el caso español, por HERNÁNDEZ GIL, quien intentó una vía para defender la juridicidad de estos deberes, mediante una argumentación fundada en una concepción material del Derecho, lo que le hacía discutir cualquier concepción formalista del Derecho.

Otras líneas de pensamiento, criticando también las visiones formalistas del Derecho, han defendido la juridicidad de estos deberes fundándose en la voluntad de los cónyuges.

Desde el Derecho Canónico también se ha llamado la atención a las causas que han incidido en la desustanciación del matrimonio: en concreto el alejamiento de éste respecto del amor, la pérdida de la riqueza de la distinción tradicional del matrimonio *in fieri* y del matrimonio *in facto esse*, y los efectos de la excesiva formalización de la emisión del consentimiento matrimonial que tuvo lugar en el Concilio de Trento, olvidando la importancia del contenido de ese consentimiento en favor de un *in fieri* "patológico".

IV. El contenido del *Código Civil* tiene carácter jurídico

Es evidente que lo que está dentro del *Código Civil* es jurídico y no moral, entre otras cosas porque hablamos de "código" y no de "catecismo". Las relaciones humanas de tipo ético que se ven envueltas en cada obligación personal de los cónyuges se convierten en jurídicas al ubicarse en el *Código*.

Así, las obligaciones personales entre los cónyuges o entre padres e hijos son obligaciones jurídicas. Y cosa distinta es que el trasfondo de los problemas jurídicos esté ocupado por elementos éticos y sociales, particularmente cuando de los deberes personales del matrimonio se trata (1), lo que no obsta al carácter jurídico que, indudablemente, tienen las normas consagradas en los códigos civiles y, por ende, necesitadas de cumplimiento bajo amenaza de coacción, o de sanciones tales como separación, divorcio, solicitud de indemnización del daño moral, etc.

Sin perjuicio de que las obligaciones jurídicas sean, o no, además, morales, lo que debe quedar claro es que son, de seguro, jurídicas, puesto que

(1) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *En torno al Derecho y a la Ética* (discurso leído el día 15 de noviembre de 1993 en la sesión inaugural del curso académico 1993-1994 por el Sr. D. ... Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1993, p. 41: "A la visión filosófica, que es la más ampliamente panorámica, le cabe la posibilidad de inquirir la idea del derecho en su más absoluta generalidad, mas no por eso tiene que descuidar la experiencia que, a nuestro juicio, es siempre un elemento integrante del conocimiento jurídico y no algo que se presenta después. Mientras la ciencia jurídica da cuenta de un sistema determinado y de su funcionamiento, la filosofía está en condiciones de tomar en consideración, más ampliamente, los presupuestos y los fines de la ordenación jurídica. Sobre ellos realiza su labor racionalizadora, en la que hay necesariamente una mayor abstracción. Esto no supone entenderla sólo, ni siquiera principalmente, como lógica o teoría del conocimiento. En el trasfondo filosófico y científico de los problemas jurídicos están presentes siempre la realidad social y la ética. La categoría básica del derecho es el deber ser y su campo de operatividad las conductas intersubjetivas".

están en el *Código* y es absurdo pensar que el *Código* pueda comprender “lo no jurídico”. Insisto, con independencia de que sean o no morales *también*. Y siendo deberes jurídicos “*tienen un contenido que es jurídico*”, y no debe caerse en la trampa inconsciente de decir que el contenido es solamente moral.

Debe aclararse que, partiendo de que los deberes personales del matrimonio se encuentran consagrados en todos los códigos, son deberes jurídicos, y su inclusión en los códigos viene a ser el acto de reconocimiento que confiere, indefectiblemente, significado jurídico a lo que pudiera ser meramente “moral”.

V. El sometimiento al proceso de constitucionalización del Derecho Civil

Al tratarse de obligaciones jurídicas, el contenido personal del Derecho de Familia está sujeto al proceso de constitucionalización del Derecho Civil. En muchos países no ha sido desarrollada todo lo que debiera esta constitucionalización, particularmente por lo que al Derecho de Familia se refiere. En cambio, en otros sucede todo lo contrario. Por ejemplo, en Argentina, el deber de no dañar está protegido constitucionalmente. En efecto, el artículo 19 de la *Constitución* argentina consagra la máxima *alterum non laedere* o principio de no dañar a otros en general, cuya interpretación *ad contrario* obliga a reparar todo daño injusto, también el ocasionado a la familia, la cual se protege en todas las *Constituciones Políticas* y *Tratados internacionales*, y ello “aunque la reparación no esté prevista expresamente en una norma infraconstitucional” (2). Tal vez por la consagración de esa máxima se ha desarrollado tanto en ese país la reparación por daño moral en el Derecho de Familia.

Hay que tener cuidado de que los *derechos fundamentales*, como *principios constitucionales* que son, se conviertan en derechos políticos, puramente formales, dejando de ser “derechos de la persona humana”, por una defectuosa asimilación del pluralismo y por la “inserción en un *sistema formal* de derechos y deberes, predominando su carácter abstracto” (3), pues, como cree DE LOS MOZOS, los derechos humanos no están suje-

(2) MEDINA, Graciela, y KANEFSCCK, Mariana: “Daños entre cónyuges”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001-2, p. 146.

(3) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: “Reflexiones sobre derecho, justicia y libertad en el II centenario de la muerte de Kant”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, año CLII, abril-junio, número 2, Madrid, 2005, p. 196; COTTA, Sergio: “Diritto e Politica”, *Iustitia*, 1974, pp. 15 y ss. *Vid.* asimismo, COTTA, Sergio: *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Turín, 1989, pp. 95 y ss.

tos al mandamiento del pluralismo y de la tolerancia, sino que *son* el contenido de la tolerancia y de la libertad (4).

Por lo demás, como es sabido, cada país tiene su propio proceso de constitucionalización, *v. gr.*, en España se desarrolla a partir del mecanismo previsto en el artículo 53 CE. No obstante, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Civil es bastante reciente en Francia y países herederos del *Code*, tales como Chile. Las clásicas ideas francesas de separación de poderes, de repugnancia a la injerencia de los jueces en el control de la constitucionalidad unidas a la mayor tradición y permanencia del Derecho Civil y en especial al prestigio del *Code*, han sido obstáculos casi insuperables para reconocer con alcance práctico la afirmación de que la *Constitución* es la regla fundamental del Estado. De todos modos, en los últimos decenios, la constitucionalización del Derecho Privado en Chile se ha impulsado en torno al llamado “recurso de protección” (5). Sin embargo, la constitucionalización del Derecho ha impregnado desde siempre el Derecho norteamericano. No en vano Alexis de TOCQUEVILLE señaló allí que “la Constitución domina a legisladores como a los simples ciudadanos” (6). También el fenómeno tiene cierta tradición en Alemania, donde la expresión *Drittwirkung der Grundrechte* señala el efecto de las garantías constitucionales en su acción con terceros y también la tiene en el caso de Italia (7).

VI. La exigencia de un régimen jurídico autónomo

Al tener diferente naturaleza jurídica, los deberes personales del matrimonio no se pueden equiparar a los deberes patrimoniales, por lo que requieren un régimen jurídico autónomo.

Respecto a la indemnización de la lesión producida, debe decirse contra quienes alegan la especialidad del Derecho de Familia como escudo para no admitir el resarcimiento de las lesiones en el afecto como derecho de la personalidad, que la responsabilidad, al menos extracontractual, debe admitirse en quien ocasiona el daño en la relación personal entre “personas capaces”, valga la redundancia, ya que el dañado tendrá derecho al resarcimiento *si no como cónyuge, padre o abuelo, al menos, como persona*. Quien, por la gravedad de las afrentas a su integridad personal

(4) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (n. 3), p. 200.

(5) *Vid.* GUZMÁN BRITO, Alejandro: *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001, en particular, pp. 283 y ss.

(6) TOCQUEVILLE, Alexis de: *De la démocratie en Amérique*, reedición París 1987, p. 119.

(7) *Vid.* GALGANO, Francesco: *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bolonia, 1979.

y moral y a su honor y dignidad, producidas por la violencia o el maltrato físico o psicológico ve menoscabados sus derechos personalísimos, podrá reclamar civilmente la indemnización de este daño resarcible.

En Italia, AUTORINO STANZIONE, entre otros autores, ha advertido de la imposibilidad de utilizar –con una rígida trasposición– categorías e instrumentos, nacidos en su mayor parte en función de situaciones de carácter patrimonial, cuando se trata de situaciones de naturaleza estrictamente personal (8).

En cualquier caso, y supuesto que estos deberes son jurídicos, es preciso hacer el esfuerzo doctrinal, que no se ha hecho, de decir qué significa que sean jurídicos estos deberes especiales: régimen propio de cumplimiento e incumplimiento, coercibilidad especial, etc. Como son unos deberes que tienen una estructura jurídica distinta, por tanto, su coercibilidad será distinta de la de los patrimoniales, frecuentemente más enlazada a una disciplina de resarcimiento de daños, tanto patrimoniales como morales.

Esta exigencia de dotar de significado a la juridicidad de estos deberes adquiere en España el carácter de urgente al entrar en vigor la Ley 15/2005, que elimina, como se ha dicho, las causas de separación y divorcio, por lo que es preciso determinar cuáles son ahora las consecuencias de la violación de unos deberes personales que se han, no sólo “mantenido” a pesar del espíritu de la reforma, sino incluso “incrementado” en el *Código*.

VII. Algunas conclusiones

1. Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

En las últimas décadas, la doctrina ha discutido en el Derecho occidental si es posible aplicar al matrimonio ciertas categorías del Derecho de Obligaciones. Al tratarse de deberes jurídicos característicos del campo del Derecho de Familia, con una naturaleza propia enmarcada en los principios constitucionales y legales que los gobiernan, y, por ende, sin que sea posible su simple asimilación a las obligaciones típicas del Derecho Patri-

(8) AUTORINO STANZIONE, Gabriella: “Presentazione”, en AUTORINO STANZIONE, Gabriella (dir.): *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Giappichelli, Turín, 2005, p. XVIII: “Infatti, in primo luogo occorre essere avvertiti dell'impossibilità di utilizzare –con una rigida trasposizione– categorie e strumenti, nati per la maggior parte in funzione di situazioni di carattere patrimoniale, quando si tratti di situazioni di natura strettamente personale”. Cfr. PERLINGIERI, Pietro: “Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile”, en PERLINGIERI, Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Herculano, Nápoles, 1984, pp. 46-48.

monial, no han de afectar al Derecho de Familia puro las disputas acerca de la unificación civil de las responsabilidades contractual y extracontractual, en relación con el principio de unidad de culpa civil, salvo tangencialmente, pues lo que debe abordarse es por fin la elaboración de una teoría general sobre la responsabilidad en el Derecho de Familia, distinta de la responsabilidad en materia de Obligaciones, y comprensiva, al igual que ésta, de responsabilidad por daño patrimonial y de responsabilidad por daño moral. Si se trata de encajar, como se está haciendo a duras penas en muchos países, las reglas y principios previstos para la responsabilidad civil en materia patrimonial al Derecho de Familia, se corre el riesgo de generar más perjuicios que los que se pretenden reparar, por desconocer la naturaleza propia de la sustancia objeto de esta disciplina.

Las consecuencias que genera el incumplimiento de las obligaciones personales del matrimonio se imponen en virtud de un fundamento *ex lege*, esto es, como las obligaciones de fidelidad, asistencia y convivencia son obligaciones jurídicas, puesto que están incluidas en los códigos civiles, demandan un régimen específico en virtud de su peculiaridad. En consecuencia, no procede aplicar por vía analógica las sanciones previstas para otras situaciones jurídicas, de origen contractual o extracontractual, extrañas al estado de familia y al matrimonio.

Junto a lo anterior, debe añadirse a la hora de pensar en un régimen jurídico para el matrimonio que un punto clave para pensar en el modo en que el Estado debe realizar esta regulación es que los cónyuges se obligan con sus personas en el matrimonio y no sólo con sus patrimonios.

Y si la dificultad es la insolubilidad de un problema de prueba, saquemos entonces el contenido personal del matrimonio de los códigos civiles y asumamos que algo se perdió con la Ilustración, esto es, la posibilidad de acceder a otros órdenes normativos distintos del Derecho que atendían a elementos propios del ser humano que hoy, en la época "post-formalista", se encuentran desasistidos. El problema es que, como manifiesta HESPANHA, ha desaparecido para siempre (parece ser que sin sustituto apropiado) el reconocimiento de los otros órdenes normativos que acompañaban al Derecho en otra época. En efecto, sucedía en el Estado pre-liberal que: a) el Derecho ocupaba sólo una pequeña parcela del universo jurídico; b) el Derecho mismo en su conjunto compartía el universo normativo con otros órdenes morales; c) la teoría jurídica de la época subordinaba el Derecho a otras esferas de normatividad, tales como el amor, la moral y la religión (9). HESPANHA se refiere con estas palabras a lo que llama

(9) HESPANHA, Antonio Manuel: *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, trad. cast. Ana Cañellas Haurie, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 152. En cita, HESPANHA reenvía a la obra de VILLEY, Michel: *La formation*

“pluralidad de órdenes normativos y de poder en las sociedades europeas precontemporáneas” (10). La dificultad estriba en que el *paradigma estatista* de organización del poder político ha impedido, entiende HESPANHA, “valorar correctamente el pluralismo de los sistemas jurídicos preilustrados y, asimismo, los sistemas pertenecientes a áreas culturales diferentes de la europea” (11).

En efecto, hasta el siglo XVIII había un tipo de conciencia moral, imperaba un tipo de disciplina moral que regulaba el comportamiento de las personas, y las personas se comportaban más o menos dentro de esos parámetros, pero sujetos a esas reglas. A partir del siglo XVIII surge la pregunta: Los deberes personales del matrimonio que consagran los códigos occidentales, ¿equivalen al deber moral de antaño? Hay autores que dicen que sí y otros que presuponen, sin más, esta equivalencia. A mi juicio, la respuesta correcta es la negativa, ya que considero indudable que los códigos occidentales tienen, indefectible e indudablemente, como mínimo, un contenido jurídico, pues, entre otras cosas, son códigos de una modernidad postkantiana.

2. El caso español.

En definitiva, una cosa es que el incumplimiento del deber de fidelidad o asistencia no sea causa de separación o de divorcio y otra que este incumplimiento no produzca efecto alguno por una especie de “bula del Derecho de Familia” que permitiría dañar impunemente. Como obligaciones jurídicas que son, y que, por ello, han sido mantenidas en el *Código Civil* en las reformas de 2005, los deberes personales del matrimonio, ahora más numerosos que antes, deben cumplirse, so pena de tener que reparar integralmente el daño que, en otro caso, eventualmente se cause, si se dan los requisitos de la responsabilidad civil, cuya teoría general en Derecho de Familia debe construirse especialmente, ya que el Derecho está obligado a tratar diferente a lo que es diferente; y además, la aplicación dudosa o tímida al Derecho de Familia de algunas reglas de responsabilidad contractual o extracontractual pensadas para el Derecho Civil Patri-

de la *pensée juridique moderne*, les Editions de Montchrestien, París, 1968, que dice ser “una de las descripciones más logradas de esta vinculación del derecho a la moral y a la religión”.

(10) Ídem, p. 169.

(11) HESPANHA, Antonio Manuel: *As Vésperas do Leviathan*, trad. cast. de Fernando Jesús Bouza Álvarez bajo el título *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Taurus, Madrid, 1989, por la que cito, p. 363. Vid. las interesantes discusiones recogidas en HESPANHA, Antonio Manuel: “La senda amorosa del derecho”, en PETIT, Carlos (ed.): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

monial, ya ha mostrado sus dificultades de acoplamiento, puesto que la familiar y la patrimonial son realidades jurídicas diferentes. La prevalencia del elemento ético en el *debere*, lo que produce es una diferencia clara en la naturaleza jurídica de los derechos de familia respecto de los derechos civiles patrimoniales, pero no la eliminación, por arte de birlibirloque, de las consecuencias del incumplimiento de unos deberes que eran jurídicos y continúan siéndolo, ya que han permanecido y se han visto incrementados tras la reforma por la Ley 15/2005.

Por todo lo anterior, tal vez podría decirse que la desaparición de las sanciones *especiales* para el caso de incumplimiento de los deberes conyugales ha elevado la importancia de desarrollar las sanciones *generales*; dicho de otra manera, las reformas del Derecho de Familia de 2005 han traído la urgencia de desarrollar, con arreglo a los principios generales del Derecho, el régimen especial de responsabilidad civil en el Derecho de Familia, que, ampliamente desarrollado en otros países, se encuentra en España en ciernes.

El carácter indiscutiblemente jurídico de las obligaciones personales entre cónyuges está protegido por el *principio de no contradicción*. Sabido es que los tres principios en que se funda la Lógica clásica son el de identidad, el de no contradicción y el de tercero excluso. Pues bien, el principio de no contradicción, que se enuncia como “ $p \vee \neg p$ ”, consiste en que las obligaciones personales entre los cónyuges o son jurídicas o no lo son, pero no ambas cosas a la vez, ya que no pueden ser verdaderas una proposición verdadera y también su contraria. De este modo, si las obligaciones personales entre los cónyuges son obligaciones jurídicas, deberá constituirse un régimen especial “jurídico” para las mismas, ausente hoy por hoy de los ordenamientos jurídicos, salvo confusas maneras de entender el principio de especialidad en el Derecho de Familia “cuando conviene”. Y si se concluye que las obligaciones personales del matrimonio no son obligaciones jurídicas, habrá que actuar con coherencia, asumir la situación en la que nos encontramos y sacarlas de los códigos civiles. Por último, quiero añadir que, a mi juicio, la afirmación del profundo, pero mero carácter ético de las normas de Derecho de Familia, lleva a consecuencias perversas y a construir falacias más que silogismos, sobre la base de un salto *imposible* de lo moral a lo jurídico. En España, la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha acentuado el carácter jurídico de las obligaciones personales, ya que, eliminadas las causas legales de separación y divorcio como tales, ha mantenido, a pesar del espíritu de la ley, la regulación de los deberes, e incluso ha añadido otros nuevos, es decir, los deberes se mantienen en el *Código*, y la pregunta urgente que ha quedado planteada es cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de estos deberes jurídicos, las que no pueden encontrarse sino a la luz de los principios cons-

titucionales y en el contexto armónico del sistema jurídico español (12).

Pongamos un ejemplo. En efecto, si conforme a la nueva redacción del artículo 68 del *Código Civil*, los cónyuges están obligados a hacerse cargo de las personas mayores, deberá precisarse el contenido de esta obligación. Como la misma está incluida entre las obligaciones personales entre los cónyuges, la legitimación activa para reclamar el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de que corresponda o no a la persona mayor a quien se debe cuidar por tratarse de un “deber hacia los otros”, corresponderá, en todo caso, a cada cónyuge, teniendo en cuenta que el incumplimiento por uno de los cónyuges de la obligación de cuidar y atender a los ascendientes “incrementa” en la práctica esta obligación de cuidado en el otro cónyuge. Así, esta “obligación de cuidar y atender a otros” constituye una “obligación entre los cónyuges”.

Así como la fidelidad carecía de un contenido y ha sido la labor doctrinal y jurisprudencial la que ha ido dotando del mismo a este deber personal intercónyuges, tendrá la doctrina y la jurisprudencia que dotar de contenido a estas nuevas obligaciones reconocidas por la nueva redacción del *Código*, y ello deberá hacerse en el ámbito constitucional y atendiendo a las concepciones ético-sociales existentes, según exige el artículo 3 del *Código Civil* (13). Es claro que esta determinación será distinta si se trata de familias rurales, en que las mujeres no realizan actividades remuneradas y/o en cuyo ambiente sobrevive la familia extensa, que si el caso concreto se refiere a una familia urbana, en que ambos miembros del matrimonio realizan un trabajo remunerado y carecen de cantidad y calidad de tiempo para ocuparse de los ascendientes.

(12) Aunque sin plantear el problema a fondo, de algunas de las incoherencias de la nueva ley ya se ha ocupado la doctrina. Así, utilizando una visión estatalista, RAMS ALBESA, en la última revisión de los *Elementos* de LACRUZ de DICKINSON de 2005: “El legislador que tan fervorosamente se inclina por el reforzamiento de la individualidad de los cónyuges en el matrimonio y corresponsablemente por el debilitamiento legal, al menos, del vínculo institucional del matrimonio, redescubre el papel principal que la familia asume respecto del «cuidado y atención de ascendientes y descendientes» hasta disimularlo como si se tratase de deberes imperativos, cuando a un planteamiento tan radicalmente individual como el que respira e inspira la Ley de 8 de julio de 2005 correspondería al Estado social del bienestar, tan preocupado por la felicidad o el libre desarrollo de la personalidad, prestar tales atenciones en instituciones adecuadas, al menos, por lo que se refiere al cuidado de los ascendientes. No me parece de recibo que para ahorrar recursos al Estado, el legislador mantenga el discurso de la familia extensa, solidaria y corresponsable del bienestar de todos sus miembros con vínculo de sangre o adopción, en tanto que para otras cuestiones vitales y esenciales de la conformación sociocultural de la familia se opte incondicionalmente por una defensa exagerada de la libertad individual, por encima de naturales compromisos que forman parte indisoluble de la moral y de la ética, pues para mí son, en todo caso y rigurosamente, dos términos sinónimos”.

(13) Artículo 3 CC: “Las normas se interpretarán según..., y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

En cualquier caso, lo que está claro es que la infracción de cualquier deber conyugal ha constituido y sigue constituyendo un acto ilícito, con las consecuencias que en Derecho tiene, en general, la acción u omisión ilícita.

Ante los nuevos desafíos que plantean las reformas de 2005, es importante recordar que se observa una tendencia doctrinal *in crescendo* hacia el reconocimiento de diversas formas de compensación del daño afectivo ocasionado por el incumplimiento de los deberes personales del matrimonio. Estas formas pueden, eliminadas las causas legales de separación y divorcio en virtud de la Ley 15/2005, y en combinación con los derechos fundamentales protegidos por la *Constitución* española, tales como el derecho a la integridad física y moral, constituir un nuevo régimen jurídico comprensivo de los efectos del incumplimiento de unos deberes que no se ha querido suprimir.

3. Entre el Estado Liberal y el Estado Social: el deslinde entre las obligaciones de los particulares y las del Estado.

Los problemas que aquí se discuten están en relación con un problema más amplio: a la hora de pensar una reglamentación acerca del Derecho de Familia personal o *puro* debemos decidir qué tipo de Estado descamos configurar, ya que no es lo mismo organizar este régimen dentro de los parámetros de un Estado Liberal que de un Estado Social de Derecho.

El partir de los fundamentos del Estado de Bienestar no debe inducir al error de atribuir al Estado labores que deben realizar los ciudadanos. Por ello, es preciso dilucidar la función de protección de la familia que debe desarrollar el Estado y las decisiones y tareas que quedan en manos de los particulares, lo que implica para el Estado, en función de su misión de desarrollo del bien común, elaborar políticas públicas y definir una normativa jurídica mínima que proteja la familia y, para los particulares, preocuparse de tomar decisiones con asunción de sus consecuencias para desarrollar su concepto concreto de bien, en el marco constitucional del libre desarrollo de su personalidad.

En el caso español, la protección del Estado debe entenderse, no en función de la protección de la familia, sino en relación con los derechos fundamentales de las personas constitucionalmente protegidos, porque la familia como tal carece de personalidad jurídica y no es sujeto de tales derechos y, además, el artículo 39, que protege a la familia, está inserto en el capítulo III: *De los principios rectores de la política social y económica*, del título I CE, no en la sección primera del capítulo II, que es la que goza de especial protección. Cosa distinta, que el Derecho no puede ob-

viar, es si la familia cumple importantes funciones en relación con los derechos fundamentales de los miembros de ella, de “todos” sus miembros o si el ejercicio de algunos derechos fundamentales ha de ser modalizado en el seno de formas de familia libremente elegidas, tales como la matrimonial, v. gr.: las intervenciones en el derecho a la intimidad por parte del cónyuge no pueden ser iguales que las que realice un tercero.

La defensa de los derechos y libertades fundamentales por cuanto afecta a los deberes personales entre los cónyuges se realiza en buena medida a través de la constitucionalización del Derecho Civil, pues aunque la familia no es parte de la organización estatal, el Estado tiene interés en controlar su organización y estructura para evitar las lesiones de los derechos fundamentales.

En definitiva, son los derechos fundamentales de los individuos los que justifican la intervención del Estado; frente al proteccionismo típico de un Estado Liberal, lo que tiene verdadera importancia es la emergencia de los derechos de los ciudadanos (14). Los sistemas jurídicos deben estar basados en el reconocimiento de derechos, reconocimiento que en el sistema español, entre otros, se traduce, como es sabido, en la “titularidad de los derechos fundamentales” (15).

Una concepción de esta naturaleza, que implica la intervención del Estado en sede de derechos y deberes personales de los cónyuges, por la vía de la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la familia, significa ciertos límites al reconocimiento del principio de la autonomía privada de marido y mujer, lo que se justifica por la misión que el Estado tiene de defender el bien común, misión que, a mi juicio, resulta incrementada en tiempos de “perplejidad” (16) o de “crisis” (17). Más aún cuando una de las obligaciones del Estado es el desarrollo de las virtudes cívicas, dado que, como enseñaba la ética clásica, la política debe ser una proyección de la ética, porque el ser humano es un *ser moral*, cuestión central en el debate contemporáneo entre comunitaristas y republicanistas del entorno anglosajón (18).

(14) ROCA I TRÍAS, Encarna: *Derechos Humanos y Derecho de Familia*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (coord.): *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 73.

(15) PÉREZ TREMP, Pablo, en LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, GARCÍA MORILLO, Joaquín, PÉREZ TREMP, Luis y SATRÚSTEGUI, Miguel: *Derecho Constitucional*, tomo I. *El ordenamiento constitucional; Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 129.

(16) Vid. HESPANHA, Manuel A.: “El derecho en una época perpleja”, en HESPANHA (n. 9).

(17) Sobre la función educativa del Derecho, vid. D’ORS, Alvaro: *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, 1973.

(18) Vid. CAMPS, Victoria: “Principios, consecuencias y virtudes”, *Daimon. Revista de Filosofía*, 27, Facultad de Filosofía, Universidad de Murcia, Murcia, septiembre-diciembre 2002, p. 65.

Como las obligaciones personales están en el *Código* y, por tanto, son deberes jurídicos, ¿cómo delimitamos su contenido? Lo delimitamos aplicando los principios jurídicos propios del Derecho de Familia y los más amplios del Derecho de las personas: el principio de igualdad, el principio de libre desarrollo de la personalidad (usted eligió desarrollar su personalidad en el matrimonio), el respeto a la integridad psíquica y moral, etc., por lo que procede una revisión del catálogo de derechos fundamentales consagrados en las Constituciones Políticas sobre la base de considerar, como hace FERRANDO en Italia, que “el hecho es que la violación de las obligaciones familiares pone en juego derechos fundamentales de la persona, la dignidad, la igualdad, la libertad, la autonomía, derechos de rango constitucional, cuya lesión merece una tutela plena” (19).

Debe partirse de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y protegidos por los sistemas garantistas que caracterizan a nuestras democracias, y que se encargan de la efectividad de los derechos fundamentales, si resultan lesionados. Es claro que la dignidad de las personas, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad, al honor y a la intimidad personal y familiar, y el principio de igualdad material por cuya realidad y efectividad deben velar los poderes públicos, pueden encontrarse en entredicho cuando resultan afectados los deberes de fidelidad, asistencia, convivencia y demás deberes personales entre los cónyuges. Los derechos de la personalidad aparecen dentro del título primero de la *Constitución* española en los artículos 10, 14, 15, 17 y 18. Los tres últimos de ellos se encuentran incluidos en la sección 1.^a del capítulo II del título I y, como es sabido, gozan de mayor protección.

El presupuesto para hablar de los derechos fundamentales es determinar quién es el sujeto de los mismos. Según la *Constitución*, el sujeto de los derechos fundamentales es la persona, por lo que es de interés determinar qué se entiende por persona.

Aunque la *Constitución* española no comprende expresamente el principio *neminem non laedere*, es un principio general que inspira la regulación de la responsabilidad. Y es claro que el derecho de la persona a no ser dañada y el correlativo deber jurídico de no dañar a otro hace a la dignidad y a la integridad física y moral del ser humano, conjugados en la fe matrimonial que se manifiesta en las múltiples facetas de la fidelidad, la asistencia y la convivencia de los esposos. Faltar a los deberes personales del matrimonio implica afectar la dignidad del cónyuge, el respeto incondicional debido a su ser.

(19) FERRANDO, Gilda: “Rapporti familiari e responsabilità civile”, en *Trattati Persona e Danno*, a cura de Paolo Cendon con la collaborazione di Enrico Pasquinelli, III. *Le persone deboli. I minori. I danni in famiglia*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 2790.

Debo agregar que, a mi juicio, la riqueza doctrinal y cultural que puede aportar en esta labor “neutral” por parte del Estado, la elaboración intelectual canónica acerca del matrimonio, constituye una indiscutible realidad histórica en Occidente, pero insisto en que no hay escapatoria: si los “fantasmas nos acechan” y nos parece ejemplo de parcialidad echar mano del trasfondo espiritual de Occidente, lo que es seguro es que no puede prescindirse del desarrollo urgente de un concepto de “virtud” neutral, que utilice el contenido atribuido a la misma por la cultura clásica, o el saldo arrojado por la historia de la filosofía occidental, pero no cabe mantenerse al margen o “tirar balones fuera”, porque la neutralidad no es posible en el debate intercultural en la época de un avanzado desarrollo de los derechos humanos.

Lo anterior exige, desde luego, reflexionar acerca de qué tipo de Estado quieren los ciudadanos que, como mínimo, será un Estado que no engañe a las masas acerca de los contenidos de la cultura y de la sabiduría, en el sentido de lo que puede conocerse.

4. Una taxonomía propia.

Por lo demás, esta nueva teoría general de la responsabilidad en Derecho de Familia que se propone tendrá en cuenta las especialidades de la institución familiar y generará su propia taxonomía: a) responsabilidad derivada del matrimonio y su crisis; b) responsabilidad derivada de los esponsales, concubinato y uniones de hecho; c) responsabilidad derivada de la filiación, tanto de los padres biológicos o adoptivos como de los establecimientos de educación de los hijos; d) responsabilidad en sede de guardas, etc.

Por último, se ofrece, a modo de ejemplo, una sistematización de las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento de los deberes personales entre los cónyuges.

I. Consecuencias ligadas a la satisfacción del contenido del deber incumplido:

En primer lugar, puede pensarse en el cumplimiento forzoso y para ello hay que determinar en qué campo puede operar esta consecuencia, para lo que es preciso distinguir entre consecuencias patrimoniales y no patrimoniales del incumplimiento:

a) Patrimoniales: un ejemplo sería el especial cuidado que las instituciones democráticas deben tener en que el régimen de las pensiones se cumpla.

b) No patrimoniales: estimo que no cabe el cumplimiento forzoso del contenido no patrimonial de los deberes: no cabe obligar forzosamente a ser fiel, a asistir moralmente, a convivir.

En segundo lugar, cabe pensar en el cumplimiento por equivalencia:

a) Patrimonial: por ejemplo, si uno de los cónyuges incumple el deber de socorro, no prodigándole al necesitado los cuidados, atenciones o solícitos afectos que necesita, cabe obligar al cónyuge que ha incumplido a contratar a un asistente social, o a ingresar al cónyuge en una institución sanitaria apropiada.

b) No patrimonial: no es posible el cumplimiento por equivalente del deber de fidelidad, del socorro moral y del de convivencia, ya que se trata de deberes personalísimos.

En España, RAGEL SÁNCHEZ ha señalado que medidas semejantes son posibles desde una óptica jurídica, pero no resultan plenamente satisfactorias en la práctica, ya que “una persona extraña no podrá realizar su actividad con la misma calidad y cariño con que lo llevaría a cabo uno de los cónyuges cuando, movido por el afecto, cumple voluntariamente estos deberes. La posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento es prácticamente nula cuando se incumplen los deberes espirituales de ayuda y de socorro. Si uno de los cónyuges se desentiende sistemáticamente de los problemas que aquejan a su pareja, no hay forma jurídica de obligarle a cumplir con esa obligación, ni cabe tampoco traducir esa prestación en su equivalente pecuniario. El cónyuge necesitado de ayuda se sentirá solo y decepcionado por el comportamiento de su pareja. Podrá tomar medidas de represalia para manifestar su disgusto ante el abandono espiritual a que ha sido sometido, incluyendo el cese temporal o definitivo de la convivencia matrimonial, pero no podrá forzar al otro cónyuge para que le ayude anímicamente” (20).

En tercer lugar, procede la indemnización de daños, tanto de los daños patrimoniales como de los morales.

1.º *Indemnización de daños patrimoniales:*

a) Con carácter general, quien, como persona, y no como cónyuge, causa daño al otro, está obligado a resarcir, con arreglo a un principio general del derecho de reparación integral del daño injusto causado.

b) Entonces, si un cónyuge ha dado malos tratos físicos al otro, pue-

(20) RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe: *¿A qué obliga el matrimonio?*, Cáceres, 1998, pp. 90-91.

de ser obligado a pagarle una operación de cirugía estética, obligación que tendría respecto a cualquier persona a quien dañare, fuese o no su cónyuge. La pregunta es si, por el hecho de haberle causado daños, *siendo cónyuge*, recae sobre él una responsabilidad mayor o específica, como sería el caso de no sólo indemnizar mediante la cirugía restauratoria, sino también de aprovechar la intervención para realizar una liposucción y repárese en que esta pregunta y la respuesta que aquí se le da no es exorbitante porque, precisamente, en sede penal, la condición de cónyuge constituye un agravante de la responsabilidad.

2.º Indemnización de daños morales:

El principio de la reparación integral del daño, que se encuentra actualmente asentado en la tradición jurídica occidental, no puede menos que aplicarse al Derecho de Familia y, en consecuencia, todos los daños morales causados como consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales deben ser condignamente indemnizados, todo ello sin perjuicio de que los cónyuges considerados en cuanto personas están también sujetos a las reglas generales de la indemnización del daño moral.

En cuanto a la admisibilidad de la indemnización del daño moral causado en las relaciones personales entre los cónyuges, ya se observa por ejemplo esta tendencia en algunos países, como Argentina; en cambio, en España tiene un menor desarrollo. Es sorprendente que en España se haya desarrollado poco, sobre todo porque es sabida la importancia que tuvo la Teología moral española en los juristas del *Usus modernus* en cuanto a la doctrina de la *restitutio* y en concreto la *restitutio ratione acceptationis*, grupo “al que pertenecen en primer lugar los ataques antijurídicos en una zona jurídica extraña: por ejemplo, hurto, injurias, adulterio, ruptura del contrato que causa daños” (21).

Entonces, si en el Derecho Patrimonial se ha consagrado, como principio básico, el de la “reparación integral” de los daños ocasionados en sede contractual y extracontractual, según se diferencia tradicionalmente, las mismas razones existen para su pleno reconocimiento en sede de Derecho de Familia. De este modo, si el incumplimiento por parte de uno de los cónyuges de alguno de los deberes personales causados en el matrimonio le es imputable y tal acto u omisión le ha ocasionado un daño material o moral al otro, tiene este último el derecho a exigir la correspondiente indemnización y reparación.

(21) COING, Helmut: *Derecho privado europeo, I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, título original *Europäisches Privatrecht, I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Munich, 1985, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 247.

En definitiva, admitido el carácter jurídico de las obligaciones personales del matrimonio, la lógica obliga a determinar que o el matrimonio es un contrato o no lo es, y en ambos casos se les aplicaría un tipo distinto de responsabilidad, sin perjuicio de la tendencia doctrinal favorable a unificar ambas, y si no se quiere aplicar al matrimonio ni uno ni otro tipo de responsabilidad, lo procedente es elaborar una disciplina especial de responsabilidad por daños causados en el Derecho de Familia, porque lo que se ha venido haciendo hasta ahora es, con varias excusas como la de las dificultades de encuadramiento del matrimonio en el grupo de los contratos, privar al Derecho de Familia de un régimen general de responsabilidad civil. No me resisto a recordar aquí las palabras de IHERING: "El derecho, que es por un lado la prosa, se trueca en la lucha por la idea en poesía, porque la lucha por el derecho es, en verdad, *la poesía del carácter*. ¿Cómo se opera este prodigio? No es ni por el saber, ni por la educación: es por el simple sentimiento del dolor. El dolor, que es el grito de angustia, de socorro de la naturaleza amenazada, verdad ésta aplicable, como hemos notado, no sólo al organismo físico, sino además al ser moral. La patología del sentimiento legal es para el legista y para el filósofo del derecho, o debiera ser, porque sería inexacto afirmar que esto es así, lo que la patología del cuerpo humano es para los médicos, y revela indudablemente el secreto de todo el derecho" (22).

Lo anterior significa que en esta sede deben distinguirse dos ámbitos diversos, a saber: a) los daños causados entre los cónyuges como consecuencia de un acto que no implique violación de los deberes personales, cuya disciplina, en principio, debiera ser la general, como si, por ejemplo, un cónyuge atropella con el coche al hijo del otro (23), y b) los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de un deber conyugal, pues en este caso el daño moral, de partida, debe presumirse, sin que sea necesario su prueba, pues su fundamento se encuentra en la afectividad (24). Sin perjuicio de ello, la reparación no necesariamente ha de consistir en una cantidad de dinero, como si, en el caso de que un cónyuge haya cometido adulterio, pagase al otro unas espléndidas vacaciones o un crucero por el Caribe con la intención de mitigar el dolor causado.

(22) IHERING, Rudolf von: *La lucha por el Derecho*, 1.ª edición, Madrid, 1976, p. 77.

(23) En este sentido, FERRANDO (n. 19), p. 2779, advierte que "Da questo punto di vista anche la tutela risarcitoria non può essere esclusa in linea di principio, almeno in quei casi in cui l'illecito che commette il coniuge è lo stesso che potrebbe essere commesso da un qualsiasi terzo: la guida imprudente che danneggia le cose o la persona del coniuge, altre imprudenze o negligenze che provcano la distruzione o il danneggiamento di beni".

(24) Se entiende que lo que no es necesario probar es el daño moral causado y no el hecho productor del mismo, ni la entidad de ese daño.

II. *Sanciones que impone el ordenamiento jurídico*, no en función directa de la satisfacción del contenido del deber incumplido, sino como respuesta frente a una conducta que se considera contraria a los valores que encarna el mismo ordenamiento y al tipo de sociedad que el Estado propugna.

Estas sanciones pueden agruparse en diversos grupos, atendiendo, entre otros criterios, a las funciones que desempeñan dentro de una sociedad democrática y de un Estado de derecho. Así:

a) Sanciones que, sin perjuicio de cautelar intereses sociales, procuren también la protección del cónyuge afectado por el incumplimiento: por ejemplo, cuando un cónyuge ha causado malos tratos psicológicos al otro, al Estado y a la sociedad le interesa sancionar la violencia, pero también proteger a la víctima y, por ende, el cónyuge maltratador adviene obligado a un programa de rehabilitación de maltratadores o se le impone la obligación de permanecer a cierta distancia de la víctima de los malos tratos.

b) Sanciones cuya función es, primordialmente, punitiva y que, en consecuencia, implican la pérdida de un derecho o de una facultad, por ejemplo, la posibilidad para el cónyuge afectado de revocar las donaciones que ha efectuado al otro, la pérdida o disminución de ciertos derechos hereditarios: pérdida de la condición de legitimario, causa de desheredación, disminución del derecho de alimentos, etc.

Así, por ejemplo, en España, el artículo 1.343 del *Código Civil* dispone que en las donaciones por razón del matrimonio “se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. Se estimará ingratitud, además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio”. Por otra parte, el artículo 855 del *Código Civil* incluye entre las causas específicas de desheredación del cónyuge, que se unen a las generales de desheredación: “haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”. Junto a lo anterior, el artículo 834 del *Código Civil*, en sede de usufructo viudal, estipula que: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

En Italia, RICCIO ha aclarado que la existencia de estas sanciones específicas del Derecho de Familia no excluyen la posibilidad del resarcimiento del daño, concretamente cuando derivan de la declaración de imputabilidad de la separación, porque ésta tiene una naturaleza sancionatoria y no resarcitoria, de manera que, si bien ambas tienen un carácter patrimonial, la imputabilidad y sus consecuencias patrimoniales no es-

tán dirigidas a compensar a la pareja por el daño sufrido, mientras que la responsabilidad, desde hace mucho tiempo, ha abdicado de su función punitiva, pues ella está asignada por el ordenamiento a otras ramas del Derecho, y su finalidad es reparar el daño además de cumplir un cierto efecto disuasorio (25).

III. *Consecuencias que consisten en el nacimiento, para el cónyuge afectado, de un derecho dirigido a cambiar su situación vital y a procurar la posibilidad de elegir libremente un estado personal que supere la situación de vulneración de los deberes a que su estado de cónyuge le hacía acreedor*: derecho a pedir la separación de cuerpos o el divorcio, salvo en España, derecho a pedir la separación de bienes, etc.

En Italia, FERRANDO ha hecho notar que hay violaciones de derechos conyugales que “claman venganza”, que parece injusto dejar sin consecuencias, y que la disciplina de las consecuencias patrimoniales de la separación y del divorcio no se hacen cargo, salvo marginalmente, de indemnizar las contribuciones hechas a la vida en común o de resarcir los daños sufridos por uno de los cónyuges. En presencia de un derecho inherente a la calidad de cónyuge, por ejemplo, del derecho de fidelidad, es admisible entonces solicitar además de la imputabilidad, si concurren las circunstancias, también el resarcimiento del daño sufrido y, eventualmente, ¿en qué condiciones el remedio del Derecho de Familia admite en estos casos el concurso de remedios resarcitorios de derecho común, o se agota la tutela del cónyuge en el primero? (26).

Respecto del divorcio, aunque hay quienes insisten en que genera más divorcio y conflictos matrimoniales, otros recuerdan que también a su manera el divorcio, tan extendido en nuestra época, podría venir a sacrali-

(25) RICCIO, Giovanni Maria: *Famiglia e responsabilità civile*, en AUTORINO STANZIONE (dir.), (n. 8), p. 405: “La differenza tra i due istituti, però, è evidente se si osservano le finalità cui sono chiamati a rispondere. L'addebito, stando alla dottrina dominante, avrebbe natura sanzionatoria e non risarcitoria. Le misure disposte, anche quelle di carattere patrimoniale, non sarebbero dirette a compensare il partner del torto subito. La responsabilità civile, al contrario, avrebbe da tempo abdicato alla funzione punitiva, assegnata dall'ordinamento ad altre branche del diritto, e sarebbe finalizzata a riparare il danno, oltre che a determinare un effetto deterrente”.

(26) FERRANDO (n. 19), pp. 2789-2790: “D'altra parte vi sono violazione dei doveri coniugali che «gridano vendetta», che sembra ingiusto lasciare senza conseguenze. Ma la disciplina delle conseguenze patrimoniali della separazione e del divorzio, per la ragioni sommariamente esposte, non si fa carico, se non marginalmente, di ripagare i contributi dati alla vita comune o di risarcire i danni subiti a uno dei coniugi. In presenza di una lesioni di un diritto inerente alla qualità di coniuge, ad esempio del diritto di fedeltà, è ammissibile, allora, chiedere, oltre all'addebito (ove ne ricorrano le circostanze), anche il risarcimento del danno subito? Ed eventualmente, a quali condizioni? Il rimedio giusfamiliare sopporta in questi casi il concorso di rimedi risarcitori di diritto comune, o la tutela del coniuge si esaurisce nel primo?”.

zar de nuevo el matrimonio, obligando a los cónyuges a una “prueba continua de respeto mutuo” (27), evitando el estado de relajamiento de la “lucha por el otro cónyuge” al que tienden algunas personas cuando el matrimonio ya se ha celebrado, estado que no contribuye a la “salud” de la relación, y que se funda en la absorción del matrimonio *in facto esse* por el matrimonio *in fieri*. Como decía MONTESQUIEU: “Nada contribuye más a la estimación mutua que la facultad del divorcio: un marido y una mujer sobrellevarán con paciencia las penas domésticas, si saben que son dueños de ponerles fin; y con frecuencia tendrán este poder en su mano durante toda la vida, sin usarlo, por la sola consideración de que serían libres de hacerlo” (28). Sin embargo, conviene dejar la discusión acerca del divorcio para otra sede, ya que tampoco cabe olvidar que muchos divorcios suponen un tipo de fractura en la personalidad de alguno de los cónyuges de la que no se recuperarán jamás. Por ello, y como mínimo, el régimen jurídico del matrimonio y de su crisis debe atender a la importancia de asuntos que dicen relación con la identidad de las personas, huyendo de la superficialidad y de la facilidad para celebrar y terminar matrimonios.

(27) CARBONNIER, Jean: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. (Prólogo y traducción de la 2.^a ed. francesa, revisada y ampliada por Luis Díez-PICAZO), Tecnos, Madrid, 1974, p. 173: “Es clásico imputar a la sola presencia del divorcio en una legislación, una exacerbación de los conflictos conyugales, una especie de condición de prueba inserta en cada matrimonio y, en resumen, un quebrantamiento virtual de todas las uniones. A lo cual replican algunos que, por el contrario, la simple posibilidad del divorcio tiene un efecto consolidador. Transforma el matrimonio, haciendo de algo que sin divorcio podría no ser más que la conquista de unos cuantos días, una prueba continua de respeto mutuo. El temor de una intervención judicial (es decir, de la sociedad), que sancione el incumplimiento de los deberes matrimoniales, actúa en las relaciones entre esposos como una especie de censura permanente”.

(28) MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat: “Lettres persanes”, CXVII, en *Œuvres complètes*, París, 1838, p. 78, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José: *La crisis del matrimonio (Ideas y hechos)*, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 166.

**NULIDAD MATRIMONIAL
POR ERROR EN CUALIDADES
PERSONALES: EN TORNO
A LA SENTENCIA
DE 26 DE FEBRERO DE 2003**

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho

Introducción al tema

La problemática que plantea el tema del error en las cualidades personales de uno de los contrayentes como causa de nulidad matrimonial es, sin lugar a dudas, polémica y apasionante. El artículo 73.4 de nuestro Código Civil dispone, efectivamente, que es nulo el matrimonio contraído por error en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes del consentimiento (o de la prestación del consentimiento, como sería la dicción más lógica).

En la reforma del Código Civil operada por la Ley 30/81, de 7 de julio, el legislador desistió de establecer una distinción entre los diferentes tipos de ineficacia, encuadrándose bajo la rúbrica “De la nulidad del matrimonio” supuestos que la doctrina venía considerando como causas de inexistencia, como la falta o ausencia de consentimiento matrimonial. Si

no existe consentimiento o prestación del mismo, ¿cómo puede tan siquiera hablarse de que ha existido matrimonio, de que el matrimonio así celebrado haya tenido existencia?

Se ha prescindido, asimismo, de la distinción entre nulidad absoluta, no convalidable, y la nulidad relativa o anulabilidad, que admite la convalidación, aunque en la regulación concreta que determina el Código Civil en su artículo 73 sí está, en cierto modo, presente esta distinción.

El Código Civil dispone que es nulo el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. El error en la persona, de esta manera, tiene dos vertientes: la tradicional, de error en la identidad de la persona del otro contrayente, entendida ésta como identidad física, y la novedad del *error qualitatis*, que, por la entidad de la cualidad, da causa o razón a la prestación del consentimiento y, en consecuencia, a la existencia de matrimonio. Con esta ampliación, acertada, a mi juicio, nuestro Código Civil sigue la tendencia existente en el Derecho Comparado en materia de vicios del consentimiento, como lo hacen el Código Civil francés o el italiano, entre otros.

Sin embargo, esta causa de nulidad matrimonial es polémica, genera discusiones doctrinales y a ella voy a dedicar las páginas que siguen, a propósito de una sentencia, muy interesante, que se dictó por la Audiencia Provincial de Pontevedra el 26 de febrero de 2003.

* * *

Estamos, sin duda, ante una causa de nulidad matrimonial que, aunque encuadrada por el legislador en el mismo marco de la causa de nulidad fundada en el error en la identidad del otro contrayente, es mucho más frecuente su invocación que ésta, al ser mucho más variados y, a veces, complejos los supuestos en los que se invoca.

En primer lugar, me parece oportuno destacar una afirmación que se ha hecho repetidas veces de esta causa de nulidad: este error es de más susceptible frecuencia que el anterior e incluso, de hecho, se produce siempre y en todos los casos, porque todos los contrayentes creen que contraen matrimonio con “príncipes azules” o con “princesas rosas” (1) y que, más tarde, tras enfrentarse a la convivencia matrimonial, en muchas ocasiones monótona y rutinaria, no lo son en realidad.

(1) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, volumen IV, Madrid, 1995.

Sin embargo, y a pesar del indudable prestigio doctrinal de esta tesis, una generalización de tal envergadura es absurda y podría generar problemas. La dicción legal, además, puede ser peligrosa cuando se alega, por ejemplo, error en la posición social o económica del otro contrayente, tal como ha puesto de relieve Jesús Díez DEL CORRAL RIVAS (2) y que, más tarde, han resultado inferiores a lo que creía, al casarse, el demandante, si bien este mismo autor admite que puede ser una solución para los casos de impotencia absoluta, previa y perpetua.

Según Mariano LÓPEZ ALARCÓN (3), la calificación de la entidad de las cualidades personales habrá de tomar en consideración la nota subjetiva del aprecio en que se tenga tal cualidad por el otro contrayente y, a la vez, la valoración objetiva de dicha cualidad en el contexto social en que se inserta cada matrimonio concreto. Nuestro Código Civil deja la calificación de la entidad del error al juicio del Tribunal, tal como lo hace, de modo análogo, el artículo 180, párrafo 2, del *Code français*.

Desde mi punto de vista, tomar en consideración la nota subjetiva del aprecio en que se tenga la cualidad en cuestión por el otro contrayente es, sin lugar a dudas, peligroso y genera unos riesgos importantes, por lo que en ningún caso podría dejarse al arbitrio del demandante la estimación de la cualidad y de su importancia, porque la nulidad matrimonial es una institución pensada por el legislador para causas realmente graves y fuertes, no debiendo supeditarse al "capricho" o a las veleidades de uno de los contrayentes. De ahí que la conjunción del aspecto subjetivo con el objetivo, sin duda mucho más fiable y oportuno, nos dará la medida para establecer una valoración de la causa alegada como error.

Algún otro autor, como Carlos ONECHA SANTAMARÍA (4), se muestra, igualmente, partidario del aspecto objetivo que debe darse a este tema y no a la entidad o relieve que, subjetivamente, otorgue la parte interesada a unas cualidades determinadas.

Estimo que, en todo caso, será la combinación del aspecto objetivo con el subjetivo la que nos dará la pauta a seguir, porque tampoco me parece justo relegar al olvido la valoración subjetiva que cada persona hace, al contraer matrimonio, de unas cualidades concretas y determinadas de su consorte, siempre, naturalmente, que éstas tengan una cierta entidad o, en otras palabras, sean dignas de valoración por separado.

(2) Díez DEL CORRAL RIVAS, Jesús: *La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil, en las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Madrid, 1983.

(3) LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El error qualitatis personae en el consentimiento matrimonial según el nuevo Código de Derecho Canónico*, Murcia, 1983.

(4) ONECHA SANTAMARÍA, Carlos: "Nulidad de matrimonio por error en cualidades personales del otro contrayente", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1982.

Manuel PONS GONZÁLEZ y Miguel Ángel DEL ARCO TORRES estiman que no resulta acertada, no ya la dicción de la Ley, sino, lo que es peor, el enfoque que da el precepto a este motivo de nulidad, ya que una interpretación literal, según estos autores, podría abrir el camino para la obtención de innumerables declaraciones de nulidad, si no se opta por una interpretación restrictiva (5).

De ahí que estos autores consideren que es menester que el juzgador, en uso de sus facultades discrecionales, actúe con la necesaria cautela en la concesión de una nulidad basada en la causa que estoy analizando, imponiendo, en consecuencia, una interpretación restrictiva.

Para GONZÁLEZ POVEDA (6), las cualidades sobre las que el error puede versar afectarán a esos distintos aspectos de la personalidad, entendida la persona en sus diversos planos, físico, moral, social o jurídico, teniendo especial relevancia aquellas cualidades que, por su propia naturaleza, son necesarias para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del instituto matrimonial. El consentimiento matrimonial se dirige a los elementos constitutivos del matrimonio y las cualidades de la otra parte necesarias para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones esenciales del matrimonio como condición *sine qua non*, de tal forma que el consentimiento fundado en la equivocada creencia de la concurrencia en el otro cónyuge de esas cualidades ha de estimarse viciado. Según expone este autor, resulta ocioso hacer un catálogo de las cualidades de la persona, en sus distintos aspectos, sobre las cuales pueda recaer el error, vicio del consentimiento. Pero, en todo caso, debe aludirse a las condiciones físicas y psíquicas necesarias para el establecimiento de la comunidad de vida que entraña el matrimonio y que comporta una serie de derechos y obligaciones para los cónyuges, y que puede verse frustrada por la existencia de anomalías físicas y psíquicas en uno de los cónyuges, desconocidas para el otro al tiempo de prestar su consentimiento.

Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, por su parte (7), comparte la tesis de LÓPEZ ALARCÓN afirmando que el error en las cualidades de la persona ha de ser de entidad objetiva y, al mismo tiempo, subjetiva, determinante del matrimonio en el concreto contrayente, lo que, desde luego, puede

(5) PONS GONZÁLEZ, Manuel, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico (teoría, praxis judicial y formularios)*, Editorial Comares, Granada, 1985.

(6) GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: "La nulidad del matrimonio", en la *Ley del Divorcio*, Madrid, 1992.

(7) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia*, tomo IV, Madrid, 1991.

ser de difícil prueba y, en numerosos casos, deducible de la propia entidad objetiva.

A mi juicio, para que el error en las cualidades personales sea relevante, debe recaer sobre las cualidades necesarias para asumir los derechos y deberes matrimoniales, tanto en el orden personal como en el patrimonial. De este modo, la impotencia, por ejemplo, que en la actual redacción del Código Civil ya no es causa de incapacidad, puede, en cambio, ser motivo de error, sobre cuya base o fundamento se solicite la nulidad, ya que hay que suponer que, entre los actos propios del matrimonio, forma parte, precisamente, su consumación. Si ésta deviene imposible o irrealizable, cabe accionar, lógicamente, en base a este motivo (8).

Por su parte, Diego ESPÍN afirma que el problema de si el error debe ser excusable para poderlo alegar, como causa de nulidad matrimonial por el que lo sufrió, estima que la excusabilidad no opera evidentemente en las cualidades personales, cuyo conocimiento depende precisamente de actos posteriores al matrimonio, como la virginidad o la aptitud para la consumación del mismo; la impotencia, que en la actual redacción del Código Civil no es, en efecto, ya causa de incapacidad, puede ser motivo de error anulatorio, como ya ha quedado anteriormente expuesto, ya que, en la generalidad de los casos, cabe suponer e incluso presumir que la aptitud para los actos propios del matrimonio forma parte de las cualidades personales que se suponen en cada cónyuge (9).

Para Díez-PICAZO y GULLÓN (10) encuentran su sede en esta regla las cualidades necesarias para el cumplimiento de los fines matrimoniales y de las funciones sociales de la institución, así como aquellas cualidades que conocidamente hubieran sido buscadas ex profeso por el otro contratante.

Hechas estas consideraciones iniciales, parece oportuno plantearse ya la problemática del error en las cualidades personales del otro contrayente, al acreditarse la existencia de síndrome maníaco-depresivo, con estados de excitación y disminución del intelecto. ¿Se enmarca este supuesto en el ámbito del error del artículo 73.4 del Código Civil? ¿Es la enfermedad psíquica padecida por uno de los contrayentes motivo de error accionable por la vía del artículo 73.4 del Código Civil?

Para responder a esta interrogante, que es polémica, en todo caso, me he detenido en una interesante sentencia dictada por la Audiencia Pro-

(8) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1990.

(9) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil español, familia*, tomo V, Madrid, 1982.

(10) Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*, citado en nota 1.

vincial de Pontevedra el 26 de febrero de 2003, que paso a analizar detenidamente a continuación.

Se instó en la demanda la nulidad del matrimonio contraído entre los cónyuges litigantes el 22 de noviembre de 1997, según la causa 4.^a del artículo 73 del Código Civil, por error en las cualidades personales de la demandada, que vició el consentimiento del demandante prestado al tiempo de contraer matrimonio y que afectaban a aspectos esenciales de la personalidad del cónyuge, ya existentes al tiempo de la celebración del matrimonio y que, por ser desconocidos por el demandante, originaron una creencia equivocada en el actor que contrajo matrimonio en la ignorancia de que tales defectos psíquicos a que se alude en la demanda afectaban a la demandada.

Esta pretensión fue desestimada en la resolución apelada, concluyendo que las anomalías psíquicas apuntadas en el informe médico obrante en la causa, aunque existentes al tiempo de contraer matrimonio, no ostentaban relevancia bastante para invalidar el consentimiento. Y, por lo que respecta a las de carácter físico también padecidas por la demandada, eran de fácil percepción al tiempo de contraer matrimonio.

La Audiencia sólo compartió esta última apreciación del Juzgador de Instancia, pues es evidente que la sordera y consiguientes dificultades de expresión de la esposa demandada eran fácilmente perceptibles durante los cuatro meses de noviazgo previo al contrato matrimonial y, por ello, no podían fundar un error invalidante.

Pero, sin embargo, no lo eran las deficiencias psíquicas que también padecía la esposa, acreditadas mediante el informe del médico especialista en Psiquiatría, obrante en la causa, por lo que queda por determinar si éstas, al ser ignoradas por el esposo actor, afectaban a una correcta formación del consentimiento.

Señala la sentencia analizada que la jurisprudencia viene declarando que este error en las condiciones del cónyuge ha de afectar a cualidades sustanciales de la persona, idóneas y precisas para el desenvolvimiento de la vida conyugal y que hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento. En este sentido, reseña la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1989, que declaró que “el típico error del negocio matrimonial es el que recae sobre cualidades de la persona, que pueden ser físicas o anomalías psíquicas, que no impiden la emisión de un consentimiento válido por parte de quien los padece”.

En sentido similar, la sentencia, también del Supremo, de 11 de julio de 1997 y la anteriormente citada, de 18 de septiembre de 1989, señalaron que el artículo 73.4 del Código Civil no se refiere a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquellas personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento, y siem-

pre que el error no pudiera ser evitado empleando una diligencia media, según apunta la sentencia del Supremo de 18 de febrero de 1996, para lo que es necesario valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges en el período de relaciones mantenido durante el noviazgo. Se excluyen, así, por consiguiente, aquellas condiciones de carácter profesional, económico o incluso de índole social del otro consorte, abarcando el precepto examinado las características de índole psíquica que integran la personalidad del individuo.

Con respecto a la sentencia objeto de comentario, declaró que “en el caso, se alegó en la demanda que la demandada al tiempo de contraer matrimonio padecía no sólo «un síndrome maníaco-depresivo con estados de excitación», sino también «disminución del intelecto», y efectivamente ha resultado probado mediante el informe del médico especialista vertido en el curso del proceso, que la demandada, además de ser tratada por los Servicios de Psiquiatría de la unidad de la salud mental desde el año 1994, lo que fue reconocido por la propia demandada al absolver la posición sexta («tomaba diariamente unas pastillas, que dejó de tomar cuando se casó»), padece también un retraso mental leve (Coeficiente Intelectual total = 63) y un «trastorno de adaptación con alteración de emociones», deficiencias psíquicas que sí se estiman de evidente entidad objetiva configuradoras de la personalidad del contrayente, cuyo conocimiento por parte del demandante incidiría de modo esencial en la correcta formación del consentimiento. Era una enfermedad preexistente a la celebración del contrato matrimonial, incluso congénita, de carácter permanente y con evidente transcendencia de futuro de cara a la convivencia y al cumplimiento de los fines de la institución matrimonial (incluida la descendencia). No consta que el demandado la conociese, pues al tratarse de un retraso mental y hallarse sometida la demandada a tratamiento médico-psiquiátrico, no sería fácilmente perceptible, habida cuenta que el noviazgo sólo duró cuatro meses”.

“El padre de la demandada, al declarar testificalmente, admitió que «nunca comentó nada al demandante sobre las enfermedades de su hija». Y la misma demandada, después de reconocer al absolver la posición quinta que venía siendo tratada de una enfermedad maníaco-depresiva, se limitó a referir que le dijo al demandante que iba al psiquiatra.

Afirmación que, además de no ser corroborada en modo alguno, por su imprecisión, no era apta para llevar al conocimiento del cónyuge el exacto alcance del padecimiento mental de la demandada, que había de ser conocido por el actor para una correcta emisión del consentimiento, por lo que procede estimar la demanda rectora del proceso, no habiendo transcurrido el período de un año después de la celebración del matrimo-

nio, que el artículo 76 del Código Civil prevé como plazo de caducidad y convalidación del vicio de nulidad.”

En primer lugar, estimo que hay que detenerse un instante en el concepto de “cualidades personales” del contrayente. Hay, efectivamente, en este concepto una cierta dosis de ambigüedad y, quizá, de confusión. En todo caso, es una expresión amplia, si bien hay que deslindar de ella una serie de accidentes, que pueden acompañar a la persona, pero que no constituyen, en sí mismas, cualidades personales al modo que el Código Civil establece.

Según expone José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (11), no son cualidades personales las exclusivamente patrimoniales, como tampoco lo son aquellos accidentes de carácter puramente transitorio o pasajero. Se excluyen, por tanto, las cualidades puramente patrimoniales, es decir, el denominado error de fortuna, lo cual no suscita dudas, prácticamente, en la doctrina española, ya que estimar este error como invalidante del matrimonio supondría, a todas luces, una patrimonialización de la relación jurídico-matrimonial, opuesta, en cierta manera, a la plena comunidad de amor conyugal y socorro mutuo que se predica del matrimonio.

Hay que plantear la cuestión, problemática, de si el error, en el supuesto de enfermedades de carácter transitorio, susceptibles de ser curadas con un tratamiento médico o intervención quirúrgica, es relevante a estos efectos.

La respuesta parece que ha de ser, en principio, negativa.

En armonía con todo ello, se puede definir la cualidad personal como un accidente no patrimonial apto para caracterizar a una persona de modo permanente o estable y que, existiendo al tiempo de la celebración del matrimonio, actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento matrimonial de uno de los contrayentes.

Del ámbito de aplicación del artículo 73.4 del Código Civil hay que excluir:

1.º Los accidentes de la persona, que en ningún caso pueden ser considerados cualidades personales, bien por su carácter exclusivamente patrimonial, bien por su carácter transitorio o pasajero.

2.º Los accidentes que, siendo extrapatrimoniales y duraderos, pueden ser considerados como cualidades personales, pero que no constituyen error en cualidad personal ex artículo 73.4 del Código Civil, por referirse a la propia persona o a la de un tercero, por no existir al tiempo de la celebración de las nupcias o por tratarse de cualidades que funcionaron como medio de individualización de la persona de los contrayentes.

(11) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *El error en el matrimonio*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1997.

Naturalmente, las cualidades personales pueden ser innatas o adquiridas y pueden afectar a la dimensión física o corporal, a la psíquica, a la moral y a la jurídica de la persona.

Con respecto a la sentencia que estoy analizando, hay que resaltar que el retraso mental es una cualidad innata a la persona o, en otras palabras, la persona nace con ella. Puede afirmarse que es un defecto genético. Esto es invariable y no existe, en la actualidad, ningún tratamiento médico que cure o, en alguna medida, alivie el retraso mental. En síntesis, dura toda la vida de la persona.

En contraposición, las enfermedades mentales o alteraciones psíquicas, como, por ejemplo, el síndrome maníaco-depresivo con estados de excitación, si son susceptibles de curarse en muchas ocasiones —hay que excluir, sin embargo, la esquizofrenia, que, hasta el momento, no tiene curación, al menos una curación completa y duradera—, o de aliviarse, hasta el punto de poder desempeñar una vida normal, en otras ocasiones.

Hay que insistir, con carácter previo al estudio de este tema, que no todo error sobre una cualidad personal de entidad objetiva —entiendo que una enfermedad mental lo es— constituye causa de nulidad, sino tan sólo el error recayente sobre las cualidades impulsoras de la celebración del matrimonio. El requisito exigido es que ese error sea esencial, es decir, se exige la esencialidad del error en cualidad personal, lo cual, como fácilmente puede entenderse, es bastante problemático y plantea buen número de dificultades.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1987 matizó esta cuestión declarando que “la normativa contenida en el artículo 73.4 del Código Civil se refiere no a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquéllas que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

En consecuencia, el contrayente que comete el error, en primer lugar, lo que debe es demostrar ese error, es decir, la existencia al tiempo de contraer matrimonio de un estado psicológico de falsa representación mental de las cualidades personales del otro contrayente o de ignorancia de las verdaderas cualidades de éste. En este sentido, hay que distinguir la posible relevancia del denominado error de valoración, el cual no consiste en una equivocada apreciación de la realidad, sino en la errónea formación de un juicio sobre una realidad perfectamente conocida. En este caso se trataría de un juicio equivocado sobre las repercusiones de una cualidad personal conocida en la vida en común, mostrándose la doctrina italiana contraria a conceder relevancia invalidatoria al error de valoración.

El demandante debe demostrar el carácter esencial o determinante del error o, en otras palabras, la existencia de un nexo de causalidad entre

el estado psicológico de falsa representación mental –o de ignorancia– y la prestación del consentimiento matrimonial.

Como afirma José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (12), la prueba del carácter esencial del error reviste indudables dificultades, ya que requiere la demostración de un futurible de carácter psicológico, consistente en que el demandante, de haber conocido la verdadera situación de hecho, no habría consentido en la celebración del matrimonio, lo que, en definitiva, depende, en buena medida, de la concreta personalidad y del particular sistema de valores de cada contrayente, tal como ha expuesto MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (13), siendo ante el matrimonio concreto y en relación a los cónyuges en cuestión cuando se determine si ha existido causa, o no, de nulidad.

FINOCCHIARO, en la doctrina italiana (14), afirmaba que el juez difícilmente alcanzará certeza plena sobre este punto, por lo que se verá obligado a formular un juicio de probabilidad que le permita llegar a la presunción de que entre el hecho demostrado (error) y el que se trata de demostrar (esencialidad) haya un enlace directo y preciso según las reglas del criterio humano, disponiendo, a tal efecto, de ciertos índices de esencialidad que le pueden orientar en la formación de dicho juicio probabilístico: de un lado, la abstracta significación social de la cualidad sobre la que recae el error y, de otro lado, el particular comportamiento observado por las partes antes, durante e incluso después de la celebración de las nupcias.

En el supuesto que estoy analizando se trataba de la enfermedad mental de la esposa, así como de un cierto retraso mental, no advertidos por el esposo demandante durante el noviazgo, que fue breve –unos meses–. Hay que entrar a considerar, en consecuencia, si la enfermedad es una cualidad esencial y con entidad objetiva, lo que, naturalmente, plantea la discusión sobre este extremo, si bien es pacífica en la doctrina la tesis de que la enfermedad es una cualidad personal y con entidad objetiva y no meramente subjetiva.

Efectivamente, la práctica unanimidad de la doctrina afirma que el error sobre las enfermedades físicas o psíquicas del otro contrayente debe ser incluido en el ámbito de aplicación del artículo 73.4 del Código Civil, llegándose a sostener por algunos autores, quizá un tanto exageradamente, requiriendo de matizaciones, una concepción subjetiva, aludiendo algún

(12) Ídem: *Ibidem*.

(13) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: "Comentario a la sentencia de 11 de julio de 1987", en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1988.

(14) FINOCCHIARO, Francesco: *Matrimonio civile. Formazione, validità, divorzo*, Milano, 1989.

autor, como GETE-ALONSO Y CALERA (15), a las deficiencias o anomalías psíquicas, siempre que no impidan la prestación del consentimiento.

Por su parte, GONZÁLEZ POVEDA consideraba de entidad las enfermedades mentales que afectan a la capacidad de quien las sufre para asumir plenamente sus obligaciones matrimoniales (16), al paso que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se refería a la enfermedad mental grave (17), mientras LUNA SERRANO excluía, sin embargo, la relevancia de las perturbaciones mentales, argumentando que el legislador ha previsto para tales supuestos el tratamiento que considera adecuado, que es la separación de los cónyuges, y no están referidos al negocio, sino a sus efectos, razón por la cual han de llevarse a un ámbito distinto al de la nulidad (18). Esta última tesis, si bien es impecable desde el punto de vista jurídico, me parece exageradamente restrictiva. Pensemos que hay supuestos en los que el contrayente afectado por la enfermedad psíquica o, más frecuentemente, sus familiares, ocultan al otro consorte la enfermedad que aquél padece y, de este modo, se produce la celebración de un matrimonio susceptible de ser declarado nulo. Estimar que sólo es factible, desde el punto de vista legal, acudir al instituto de la separación, que, ciertamente, canalizaba estos supuestos a través del artículo 82.4 del Código Civil (son causa de separación las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia), supone, a mi juicio, un desfase, ya que hay que tener en cuenta que determinadas enfermedades y trastornos psíquicos inciden muy negativamente en el desarrollo de la convivencia matrimonial, dificultándola gravemente e incluso impidiéndola, y es obvio que, de haber conocido estas circunstancias en el noviazgo, con toda probabilidad el contrayente demandante no hubiera contraído, en su día, matrimonio. Por lo tanto, esa ignorancia sobre la concreta enfermedad o patología psíquica del otro contrayente incide, de modo directo, en la prestación del consentimiento matrimonial, por lo que, a todas luces, debe ser factible su invocación a través de la vía de la nulidad. Cuando la enfermedad psíquica es sobrevenida, es decir, aparece después de la celebración de las nupcias, *a posteriori*, sí era evidente que la vía adecuada es instar la separación matrimonial por dicha causa.

El artículo 56.2 de nuestro Código Civil previene, a este respecto, que es suficiente cualquier deficiencia o anomalía psíquica que haga inepto al contrayente para prestar el consentimiento matrimonial. Naturalmente, es-

(15) GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: "Comentario al artículo 73 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen I, Madrid, 1984.

(16) GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: "La nulidad del matrimonio", citado.

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de Familia*, Madrid, 1989.

(18) LUNA SERRANO, Agustín: "Invalidéz del matrimonio", en *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia*, tomo IV, Barcelona, 1989.

tamos tratando temas médicos, psiquiátricos y, en consecuencia, al entrar en el ámbito jurídico y entremezclarse, hay que ser sumamente cautelosos, ya que algunos términos son de difícil deslinde para personas legas en la materia, siendo, no obstante, ineludible referirse a ellos al objeto de captar más profundamente el sentido del precepto civil.

Las anomalías psíquicas pueden ser definidas como una disfunción patológica que afecta a la mente del sujeto que la padece. CAZZANIGA la definió de esta manera en los años treinta del siglo XX (19). La anomalía psíquica no es sinónimo de alteración, sino que guarda algunas diferencias referibles al carácter patológico de la disfunción o, en otras palabras, la anomalía psíquica está considerada como una enfermedad desde el punto de vista médico-psiquiátrico.

Es interesante la referencia al sistema alemán, pues éste alude a los conceptos de trastornos psíquicos patológicos, trastorno profundo de la conciencia, oligofrenia y otras graves anomalías psíquicas en el párrafo 20 StGB. La enumeración, aquí, es taxativa, pues no cabe aplicar análogicamente otras causas, al imponerlo así el principio de legalidad penal. Con el calificativo de oligofrenia o debilidad mental se designa el estado consecutivo a un desarrollo insuficiente de las funciones psíquicas, principalmente denotable o apreciable en su aspecto intelectual. Al débil mental le falta la disposición intelectual necesaria para comprender los problemas de la vida social, para crear los hábitos de adaptación convenientes y para criticar, de acuerdo con los resultados de su experiencia personal, el valor de los mismos. Expresado en una forma menos técnica, pero más precisa, le falta al débil mental la inteligencia en sus tres modalidades de comprensión, creación y crítica, requeridas para poder autoconducirse en la sociedad, tal como, en otra ocasión, tuve la oportunidad de exponer (20).

Una cuestión importante y compleja, y que se plantea al hilo de esta sentencia, es que el concepto de oligofrenia o debilidad mental es puramente cuantitativo y, además, de cierta relatividad, impuesta por los estándares variables sociales que hayan de servir, en cada momento, para definirlo. En este sentido, según sea el nivel intelectual medio del grupo humano que se utilice como referencia, puede ocurrir que un mismo sujeto aparezca en él como débil mental o no, todo lo cual, como fácilmente puede deducirse, genera más problemas respecto al ya controvertido tema del consentimiento matrimonial.

Por lo que respecta al retraso mental, hay que señalar, también en

(19) CAZZANIGA: "Sul concetto di malattia", en RITDP, 1934.

(20) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El análisis psicológico del testigo en el proceso penal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1991.

relación con la sentencia objeto de análisis, que se trata de una detención en el desarrollo mental del sujeto, que se traduce, asimismo, en un déficit intelectual variable entre la simple debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia, siendo comparados, en ocasiones, los sujetos afectados con niños.

Tal como la mayoría de la doctrina jurídica española ha puesto de manifiesto (21), el contrayente afectado por una enfermedad –física o psíquica– puede ver seriamente comprometida su capacidad para asumir las obligaciones que integran el contenido de la relación jurídico-matrimonial, así como para cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, respecto de los hijos que pudieran nacer del matrimonio.

Se ha objetado, a este respecto, asimismo, que el matrimonio genera una serie de deberes, entre los que se encuentran, según el Código Civil, los de asistencia y socorro mutuos, cuando la otra parte se encuentre afectada por una grave enfermedad física o mental. ¿Cómo invocar, en este supuesto, la nulidad del matrimonio, haciendo dejación, así, de los deberes de asistencia y socorro mutuos y admitiendo una sanción tan grave –la más grave del Ordenamiento Jurídico– cual es la institución de la nulidad?

A esta objeción hay que replicar, obviamente, que el matrimonio también comporta una serie de obligaciones, ineludibles, por otra parte, y que son plenamente jurídicas, no éticas ni morales, tales como la capacidad para cumplir determinados deberes anexos a la institución matrimonial. Pensemos, sin ir más lejos, en la función de la patria potestad, en caso de existir hijos de la pareja matrimonial. ¿Podría cabalmente una persona retrasada mental o con un grave déficit de la función intelectual asumir una función tan importante en beneficio de los hijos habidos del matrimonio?

Creo que la cuestión es harto evidente y no precisa de más comentarios, no siendo, a mi juicio, equitativo relegar esta problemática a la institución de la separación, al menos con carácter exclusivo o excluyente.

Un sector importante de la doctrina italiana considera que la enfermedad que el contrayente padezca ha de tener una virtualidad caracterizadora, porque, de otro modo, no podría alcanzar la consideración de cualidad personal, y no ha de tratarse de una enfermedad puramente transitoria, si bien no es requisito imprescindible ni necesario que ésta sea perpetua o incurable (22). Lo realmente decisivo no es tanto la gravedad o el carácter perpetuo de la enfermedad, como su influencia sobre el des-
envolvimiento de la vida matrimonial.

(21) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ A.: *Curso de Derecho de Familia, matrimonio y régimen económico*, Madrid, 1986; ROCA TRÍAS, E.: “La celebración del matrimonio”, en *Derecho de Familia*, Valencia, 1995.

(22) FERRANDO, G.: voz “Matrimonio civile”, en autores varios, Torino, 1995.

Esta tesis me parece correcta y, en cualquier caso, es sintomática de lo que he venido exponiendo hasta ahora: el matrimonio genera una serie de obligaciones –además de derechos– y éstas han de ser cumplidas por ambos cónyuges, no sólo por uno de los miembros de la pareja matrimonial, por lo cual habría que realizar una valoración de la enfermedad que padezca uno de los cónyuges, para poder, así, estimar, si es verdaderamente apto –o no– para desempeñarlas y si la ineptitud, en su caso, le incapacita para el desempeño de las obligaciones derivadas del matrimonio.

Según una sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 28 de mayo de 1985, lo decisivo es que la enfermedad no pueda curarse en un tiempo previsible mediante el oportuno tratamiento médico o con una intervención quirúrgica. En este sentido, la mencionada sentencia aludió a las cualidades que tienen un carácter permanente, no a las meramente accidentales. Hay que resaltar, sin embargo, que la demandante, en este supuesto, había conocido la existencia de la enfermedad del otro contrayente antes de la celebración del matrimonio, siendo, además, difícil que la misma le fuese ocultada, ya que se trataba de toxicomanía, aunque en proceso de rehabilitación.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1989 y una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete de 13 de junio de 1994 se refirieron, efectivamente, a la problemática de la enfermedad mental y de los trastornos psíquicos, expresando que, en determinados supuestos, lo que se evidencia, en realidad, es una falta o ausencia absoluta de consentimiento matrimonial, y no por error, es decir, sería invocable el artículo 73.1 de nuestro Código Civil, si bien reconocen que es más fácilmente prosperable la invocación por error, es decir, vía artículo 73.4 del Código Civil, al ser de difícil probanza la carencia de capacidad natural de entender y querer.

Se alude también por parte de estas sentencias citadas a la declaración de nulidad del matrimonio contraído por un disminuido psíquico –supuesto similar en todo al que estoy comentando– en un intervalo lúcido, partiendo de la premisa de que quien padece una enfermedad mental puede prestar válidamente el consentimiento matrimonial si, cuando se celebra la ceremonia nupcial, está en el pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas.

El artículo 56.2 de nuestro Código Civil se refiere a las “deficiencias o anomalías psíquicas” de uno de los contrayentes, estableciendo que “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

A mi juicio, esas “deficiencias” o “anomalías psíquicas” de las que habla el precepto civil se refieren a un sujeto aún no incapacitado o, en su

caso, pendiente de una sentencia de declaración judicial de incapacidad. Por tanto, el precepto viene referido a un estadio previo, presuponiendo que aún no se ha declarado, por sentencia, que es el cauce procesal oportuno y necesario en estos casos, la incapacidad. En este supuesto, y tal como se aprecia en la sentencia objeto de análisis, en tanto no se dicte esta sentencia, es más que dudoso –y harto problemático, en todo caso– si el sujeto que contrae matrimonio es capaz o incapaz, pero en tanto no se dicte dicha sentencia se le presume capaz, lo cual, como puede fácilmente comprenderse, origina numerosísimos conflictos en la práctica forense (23).

¿Qué supone el dictamen médico en estos supuestos? Si es concluyente, establece, por lo que respecta a las anomalías psíquicas del sujeto, una duda razonable sobre su capacidad en cuestión. Y, por lo que respecta a los intervalos lúcidos, deberá probarse la lucidez para que el matrimonio contraído no sea susceptible de ser declarado nulo en base al número 1.º del artículo 73 del Código Civil.

Hay que resaltar que el hecho de que nuestro Código Civil no haga referencia expresamente a las perturbaciones psíquicas como causa de nulidad del matrimonio, no quiere decir que no sea susceptible de ser declarado nulo el matrimonio contraído por una persona que sufra alguna perturbación de este tipo.

Tengamos en cuenta, a efectos teóricos, al menos, que existe una tesis doctrinal que sostiene la necesidad de una aptitud psicológica centrada exclusivamente en el acto de prestación del consentimiento o, en otras palabras, más gráficas, en el momento de la celebración del matrimonio.

Pero esta tesis, desde mi punto de vista, es excesivamente legalista y, en consecuencia, restringida, sólo y exclusivamente, al momento del acto de celebración de las nupcias, sin tener en cuenta el desenvolvimiento y desarrollo de la convivencia matrimonial, algo tan importante, yo diría que esencial, en el seno de este ámbito, con su marco de deberes jurídicos exigibles mutuamente por ambos cónyuges y que difícilmente –en ocasiones, de forma improbable– serán cumplidos por sujetos afectados por incapacidad psíquica, sea ésta o no judicialmente declarada, tal como, sin duda, sucedió en el supuesto que estoy comentando, en el que la esposa, evidentemente, era incapaz de asumir las obligaciones propias inherentes al matrimonio, lo que motivó que el esposo accionara demandando la nulidad del mismo.

Un punto interesante a tratar, sin duda alguna, lo constituye el tema de la excusabilidad del error, que genera una problemática jurídica trata-

(23) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El matrimonio y sus crisis jurídicas...*, citado en nota 8.

da por nuestra jurisprudencia, declarando que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1943). Es decir, parece que nuestra jurisprudencia da relieve al elemento subjetivo. No obstante, hay que resaltar que el error padecido en la formación del contrato, para ser invalidante, además de ser esencial, ha de ser excusable, siendo esta noción de excusabilidad vislumbrada desde hace muchos años, apareciendo incluso ya en una sentencia del Supremo de 15 de enero de 1910, que declaró que “cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo, a la vez, buena fe de la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección de la «bona fides» y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido”.

La sentencia anteriormente citada, de 14 de junio de 1943, consagró, ya con carácter definitivo, el requisito de la excusabilidad, definiendo el error inexcusable como el que se ha podido evitar con una regular diligencia y, en consecuencia, no puede ser invocado por el que haya incurrido en él, fijando, de este modo, un concepto que será repetido en posteriores sentencias. Así, una sentencia de 11 de marzo de 1964: “Aun cuando el Código Civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él para anular la declaración...”

Es evidente, a la vista de lo expuesto, que no podrá alegarse el error cuando pudo haber sido evitado empleando una diligencia media o regular. En este sentido, cabría plantearse si, en el supuesto que estoy analizando, cabía exigir al contrayente que accionó, más tarde, la nulidad de su matrimonio, una diligencia para conocer el estado psíquico de su esposa que hubiera, en todo caso, evitado la celebración de las nupcias.

Naturalmente, la respuesta, a mi juicio, no puede ser otra más que la afirmativa, es decir, sí cabía exigir al contrayente accionante una diligencia media, no perita ni especial, para entrar a conocer que, efectivamente, su consorte no sólo estaba aquejada de una anomalía psíquica, sino que, además, padecía un ligero retraso mental. Hay que suponer que este ligero retraso mental sería, probablemente, perceptible por terceros. Sin embargo, en el supuesto que estoy analizando, no se dio relevancia a esta

posibilidad. En cualquier caso, todo error, sea o no sea excusable, vicia la voluntad y, en consecuencia, debe reconocerse a quien lo padece el derecho a impugnar el contrato.

De todas formas, entiendo que el contrayente accionante, en este supuesto, cometió un error negligente, al no apercibirse de las anomalías psíquicas y del retraso mental que el otro consorte padecía.

NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD

AGUSTÍN ROMERO PAREJA

Doctor en Derecho

SUMARIO: ABREVIATURAS. INTRODUCCIÓN. NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD. **1.** Nulidad del testamento: generalidades. **2.** La acción de nulidad testamentaria. **2.1.** *La legitimación activa.* **2.2.** *¿Nulidad o anulabilidad?* **I)** *Derecho comparado.* **2.3.** *Prescripción de la acción de nulidad.* **3.** Nulidad del testamento por falta de causa, causa ilícita o vicios del consentimiento. **3.1.** *Captación de la voluntad.* **3.2.** *Violencia.* **4.** El error en las disposiciones testamentarias. **5.** Efectos de la declaración de nulidad de los testamentos. **6.** Nulidad y solemnidad. **7.** La imperfección parcial del testamento. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Abreviaturas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BGB	Código Civil Alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil español
CCi	Código Civil italiano
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal español de 1995
D, 29, I	Digesto, Libro XXIX
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed.	Editorial/edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LN	Ley Orgánica del Notariado
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
n.	Nota
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada en bibliografía consultada
p./pp.	Página/s
Párr.	Párrafo
R.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RN	Reglamento Notarial
ss.	(y) siguientes (páginas)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T./t.	Tomo
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen
VVAA	Varios autores

Introducción

El testamento es un instrumento apto para que la persona ordene el destino de sus relaciones jurídicas tras su fallecimiento. Este destino, que es la finalidad esencial y muchas veces única de la voluntad testamentaria, tiene un interés trascendente; por ello el testamento forma parte fundamental del Derecho de sucesiones; pues, como acto jurídico dispositivo, tiene como función primaria defender y preservar la voluntad individual.

Por otra parte, en el testamento ha estado y está presente la idea de la separación entre forma y fondo, la antigua cuestión del fin perseguido por la voluntad individual y el medio técnico empleado para ello, como instrumento material que transporte válida y adecuadamente la voluntad testamentaria. Porque es esta voluntad el valor principal y el elemento permanente, distintivo y básico del acto testamentario. Bajo tal argumento, ¿se puede hoy justificar que un defecto de forma obligue al juez a desconocer la última voluntad del testador, aunque no dude de la autenticidad y seriedad de ésta?, ¿está justificada la total nulidad del testamento cuando son algunas de sus disposiciones las que adolecen de imperfección formal o invalidez?

Estas cuestiones son planteadas en el presente trabajo partiendo de las generalidades de las nulidades y analizando el régimen jurídico la acción de nulidad y su prescripción. Lo que nos llevará a valorar el alcance de la imperfección del testamento cuando éste ha sido otorgado sin cumplir todos los requisitos preceptuados, además de plantear las responsabilidades e implicaciones de los notarios y otros agentes o fedatarios intervinientes en el otorgamiento.

Por lo demás, consideramos oportuno tratar unificadamente el tema de la nulidad del testamento, pues estimamos que existe una gran dispersión legislativa en la materia, lo que complica al operador jurídico en el enfoque correcto del problema.

Nulidad de las disposiciones de última voluntad

1. Nulidad del testamento: generalidades.

Si entendemos por testamento el acto formal, personalísimo, de última voluntad y esencialmente revocable por el que se dispone de todo o de parte de los bienes para después de la muerte, pero que también puede contener disposiciones extrapatrimoniales. En tal sentido, múltiples y diversas son las causas que pueden anular el testamento, entre ellas:

a) El incumplimiento de las formalidades solemnes propias de cada modo de testar.

b) La incapacidad para testar en general, y las incapacidades que la ley dispone para cada una de las formas de otorgamiento.

c) Las prohibiciones especiales sobre las disposiciones de los testamentos, que a más de ser variadas se encuentran dispersas en el articulado que nuestro codificador dedicó a las sucesiones.

A causa de ello, predomina en la doctrina española el criterio de diferenciar la ineficacia del testamento por “nulidad”, por “revocación” y por “caducidad” (1). No obstante, antes de analizar estos criterios debemos precisar los términos que serán utilizados. Así, en materia de testamentos, aunque se utiliza normalmente el concepto de la nulidad, no se sabe muy bien si dicho término se corresponde con un único régimen o si hay una pluralidad de ellos que vendrían a reconducirse a las categorías de nulidad radical, impugnabilidad y anulabilidad (2).

Respecto a los grados de eficacia (3), sin matizar cuál es la sanción que corresponde al acto jurídico defectuoso, viciado o imperfecto, conviene tratar la llamada por Díez-Picazo “ineficacia estructural” del testamento (4).

Por otra parte, existe diferencia en materia testamentaria, al igual que en la teoría general del negocio jurídico, entre ineficacia total e ineficacia parcial (5), de tal manera que la ineficacia de una disposición o de varias no conlleva necesariamente la de las demás (6). En este sentido hay que **distinguir entre ineficacia del testamento en sí e ineficacia de sus dis-**

(1) VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama de Derecho de Sucesiones II*, ob. cit., Madrid, 1984, pp. 186 y ss.

(2) Señala además VALLET, *Panorama...*, ob. cit., p. 186: “Profundizando más, se ha diferenciado la nulidad propiamente dicha y la impugnabilidad que puede producirse por causa de anulación y de rescisión”.

(3) CAÑIZARES LAZO: *El reconocimiento...*, ob. cit., pp. 247 y ss.

(4) Distingue Díez-Picazo (“Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, ADC, 1961, ob. cit., pp. 829 y ss.) entre ineficacia estructural e ineficacia funcional del negocio jurídico. Señala este autor: “Llamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un negocio defectuoso, viciado o imperfecto. La ineficacia estructural atiende a la fase de celebración o de formación de un negocio jurídico. La ineficacia funcional atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio regularmente formado produce en la realidad.”

(5) Así, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 491 y ss.

(6) La sentencia de 12 de noviembre de 1964 señala en uno de sus considerandos: “... existen dos grupos de causas de nulidad, unas, que se llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible —son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su nulidad— y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento”.

posiciones (7). Por ello, en relación a la ineficacia estructural del testamento, CAÑIZARES toma como punto de partida lo que denomina normas generales del Código Civil (8). Así, atiende concretamente a tres supuestos (9):

- Ineficacia estructural del testamento por falta de forma (10).
- Ineficacia estructural del testamento por falta de capacidad del otorgante.
- Ineficacia estructural del testamento por vicio del consentimiento.

Mas ante todo, aclara dicha autora que, afectando la ineficacia estructural al testamento en su totalidad, se da por supuesto que la falta o vicio que acarrea dicha ineficacia afecta a todas las disposiciones (11).

Con todo, a la nulidad del testamento se aplican las normas generales sobre nulidades; pues es obvio que el testamento es un acto jurídico (12). Con todo, la trascendencia de la doctrina general del acto jurídico radica hoy en la extensión de su ámbito de aplicación: tanto los actos o negocios jurídicos bilaterales y patrimoniales, como los familiares, los testamentos, los negocios jurídicos que tienen un objeto no patrimonial, los negocios patrimoniales unilaterales y cualquier otro acto voluntario lícito que tenga afinidad jurídica quedará subordinado a estas normas genéricas.

En cualquier caso, no queremos dejar de plantear que las dificultades de encuadre del testamento como negocio jurídico son especialmente patentes cuando la pretendida teoría del negocio se limita a ser un reflejo de la teoría general del contrato. Ciertamente, en el testamento no cabe hablar de “autovinculación” del declarante, pues las disposiciones testamentarias no vinculan al testador y, además, operan a partir de su fallecimiento; esto es, cuando ya no cabe decir que los intereses regulados sean propios del testador, pues un fallecido no ostenta como propio ningún interés jurídico: las personas vinculadas son los herederos y los lega-

(7) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, ADC, 1987, XL, ob. cit., pp. 3 y ss. Véase también lo expuesto por Díez-PICAZO: “Eficacia e ineficacia...”, ob. cit., p. 824.

(8) Aunque como dice CAPILLA: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., p. 11: “Solamente merecen el calificativo de normas generales los artículos 743 y 675.2 del Código Civil”.

(9) CAÑIZARES LASO, Ana: *El reconocimiento...*, ob. cit., pp. 247 y ss.

(10) Aquellos autores que parten en materia de ineficacia testamentaria de la distinción nulidad-anulabilidad, aplicándose una u otra en distintos supuestos, entienden que la falta de forma implica la nulidad absoluta. Véase VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama...*, ob. cit., pp. 187-188.

(11) CAÑIZARES LASO, Ana: *El reconocimiento...*, ob. cit., pp. 247 y ss.

(12) No obstante, en los últimos años, como consecuencia de la notable influencia de la doctrina alemana e italiana, la denominación “negocio jurídico” viene ganando terreno, debido al significado legal que a este término se le da; así, la esencia del negocio jurídico reside en la manifestación de voluntad orientada a producir efectos jurídicos.

tarios, respecto de los cuales la reglamentación testamentaria se impone como vinculación heterónoma. No obstante, consideramos que el poder de las personas para dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismos (contrato), es decir, la autonomía, es la médula del negocio jurídico, sea o no sea *mortis causa*. Por tanto, entendemos que se le aplica al testamento la teoría general de las nulidades, aunque con algunas diferencias basadas en la especialidad del acto jurídico de que se trata.

En cuanto a su **definición**, la nulidad es una sanción legal que priva al testamento de sus efectos por adolecer de defectos originales y/o esenciales; lo que requiere normalmente de un proceso de impugnación (13), a través de la acción de nulidad.

2. La acción de nulidad testamentaria (14).

Aunque el régimen general de la nulidad absoluta no se ajusta plenamente al testamento, *grosso modo* la nulidad testamentaria –y no la anu-

(13) Analicemos punto por punto esta definición:

a) Nulidad como sanción. Consideramos, siguiendo en esto a la doctrina mayoritaria, que la nulidad es una sanción que consiste en privar al acto testamentario de sus efectos y de su objeto: el transmitir los bienes y los derechos para después de la muerte del otorgante. Así, la sanción se produce porque el testamento se ha confeccionado incumpliendo los requisitos de validez que la ley le impone; es decir, no ha sido otorgado conforme a la ley, por ello, el ordenamiento jurídico reacciona privándolo de eficacia.

b) Carácter legal. Estimamos que la nulidad sólo puede tener origen legal, lo que implica que no se puede originar en la voluntad de los particulares o en la arbitraria decisión de los jueces. Este carácter legal permite distinguir la nulidad del testamento de otros supuestos de ineficacia, como la revocación, que nace de la voluntad del causante. En efecto, la nulidad es una forma de ineficacia de los testamentos, pero no es la única. Por ejemplo, puede haber un testamento perfeccionado, pero que ha sido revocado, en cuyo caso resulta ineficaz.

c) Privación de los efectos normales. La nulidad del testamento se relaciona con la formación del mismo; la sanción de privación de sus efectos se produce por defectos existentes en él al momento de ser dictado. Desde ese punto de vista, la ineficacia que deviene de la nulidad es originaria.

d) Defectos originales y esenciales. Para que se produzca la nulidad del testamento los defectos deben ser: 1) Originarios o constitutivos. Ello implica que deben existir al momento de redactarse el testamento; en este orden de ideas no importa que una persona pierda la capacidad después de dictado el testamento (arts. 664 y 666 CC); 2) Deben ser defectos intrínsecos; es decir, propios del negocio mismo (art. 687 CC); 3) Deben ser esenciales para que justifiquen la sanción. Ello no ocurre, por ejemplo, cuando se incurre en errores sobre el nombre del heredero (art. 773 del CC).

e) Debe haber una declaración de nulidad. Para privarlo de sus efectos, el testamento debe ser declarado nulo por el juez.

(14) “**Nulidad:** Las causas pueden resumirse así: en los sistemas catalán (art. 125.III CCS) y balear (art. 14.1 CDCIB) la primera causa es la falta de institución de heredero, cosa que no ocurre ni en el sistema del CC ni en los restantes autonómicos; la falta de capacidad en el otorgante (art. 663); la inobservancia de la forma prescrita (art. 687); el ir contra prohibiciones legales, tales como los testamentos mancomunados en el sistema del CC (art. 669), los por comisario

labilidad, dado el caso— se halla revestida de los caracteres propios de la nulidad absoluta: se produce *ipso iure*, con alcance general (*erga omnes*) y de manera definitiva (15).

Del automatismo de la nulidad y de la subsiguiente no producción de los efectos propios del testamento se deriva que la acción de nulidad constata la existencia del defecto que acarrea la nulidad. Pero la nulidad no impide que se puedan producir otros efectos e, incluso, como dice CAPILLA, que si lo realizado tiene una cierta apariencia negocial “puedan producirse en un primer momento efectos similares a los que produciría el negocio no afectado por vicio de nulidad, efectos que son eliminables” (16).

Del mismo modo, del alcance general de la nulidad (*erga omnes*) y del carácter declarativo de la acción se deriva que la legitimación activa sea muy amplia y que los requisitos para poder accionar sean poco exigentes, por ejemplo, tener interés legítimo y actual en la sucesión. Se deriva de ello que la acción de nulidad absoluta sea imprescriptible. También de este carácter general se deriva la extensión subjetiva de la cosa juzgada a todos los interesados.

En efecto, ya hemos visto que todos aquellos que puedan resultar afectados por la declaración de validez o de nulidad del testamento están legitimados para demandar la nulidad; ahora bien, si no litigan, ¿se ven afectados por la sentencia?, ¿pueden entablar de nuevo el pleito de nulidad? Si ello fuera así, se podría dar el caso de que, respecto a un mismo testamento, se obtuvieran sentencias contradictorias, unas de validez y otras de nulidad. Veamos con atención algunos de los puntos planteados.

o los dejados al arbitrio de un tercero (art. 670); y, por último, los vicios de la voluntad. Nos detendremos en estos últimos. El artículo 673 declara que será *nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*. Si bien se mira, resulta que esos vicios no se predicán tanto del testamento como del acto de otorgamiento. Ello explica la inalusión al error en ese precepto, dado que se trata de un vicio afectante al contenido de la voluntad, al que sólo en algunas ocasiones el CC le concede relevancia (arts. 767.1 y 862). La violencia incluye tanto la compulsión física sobre el testador como la simple intimidación, siempre que sean causales, graves e injustas. El dolo es el definido en el artículo 1.269, sólo que en lugar de *uno de los contratantes* habrá que entender (que procede) de *un tercero*, por razones obvias. Un concreto tipo de dolo, la captación (disposición testamentaria hecha con el fin de inducir al favorecido a otorgar, a su vez, testamento a favor del disponente), es objeto de tratamiento autónomo en el artículo 794. El fraude es otro tipo de dolo, cualificado por la existencia de una relación de confianza entre el testador y el sujeto inductor, como patentiza el engarce entre el artículo 674 y el 756.5.^{an} (Enciclopedia Jurídica Básica, vol. IV, pp. 6527-6528, Civitas, Madrid, 1.ª ed., 1995).

(15) Con distinta terminología señala la doctrina como caracteres de la nulidad absoluta: el ser automática o inmediata, de alcance general y no sanable. Véase DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 475; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, ob. cit., p. 570.

(16) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., p. 24.

2.1. La legitimación activa.

La acción de nulidad testamentaria es siempre **personal** (17). No obstante, si junto a la nulidad se reclama, como es habitual, la restitución de los bienes de la herencia, a la acción personal se acumulará la real o material (acción de petición de herencia). Por ello, alguna sentencia antigua, cuando la acción de nulidad afectaba a la restitución de la herencia, la calificó de mixta (18). Pero esta calificación ha sido rechazada desde hace tiempo por la propia jurisprudencia (19).

Mas, como dijimos, la acción de nulidad es también **declarativa**, dirigida únicamente a constatar la existencia del defecto que provoca la nulidad. En tal caso, la sentencia obtenida en virtud de esta acción no es condenatoria, sino que pone de manifiesto o declara la existencia del defecto que hace nulo el testamento; ello, claro está, si entendemos que la nulidad es absoluta, sobre lo que trataremos más adelante. No obstante, es preciso diferenciar esta acción de las acciones de condena (acciones de petición de herencia y reivindicatoria), ya que éstas surgen del reconocimiento de la pretensión de ineficacia. Es decir, como pone de manifiesto CAPILLA, la acción declarativa “no es suficiente para remediar las posibles consecuencias prácticas dimanantes del negocio nulo, [...] hay que ejercitar la oportuna acción material de condena que, desde el punto de vista lógico, es subsiguiente al triunfo de la constatación de la nulidad que resuelve la acción declarativa” (20).

Por ello, la **legitimación activa** que se concede para pedir la declaración de nulidad del testamento es muy amplia. Así, según repetida doctrina del Tribunal Supremo, la acción para impugnar la validez de los testamentos corresponde a los que ostentan el carácter de herederos a falta

(17) En este sentido: SSTs de 7 de junio de 1927 y 20 de junio de 1928. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen II, ob. cit., p. 198; OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, ob. cit., p. 474; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, V, ob. cit., p. 260 (ed. 1993); DIEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., p. 447.

(18) SSTs de 29 de febrero de 1893, 11 de mayo de 1898, 12 de julio de 1905 y 29 de octubre de 1926.

(19) SSTs de 2 de abril de 1913, 11 de marzo de 1935, 31 de octubre de 1942, 16 de febrero de 1960, 21 de junio de 1971 y, sobre todo, la de 20 de junio de 1928, en la que se razona y afirma el **carácter personal de la acción de nulidad** diciendo: “La acción de un testamento cuyo carácter real o personal pudo ser objeto de discusión en los tiempos antiguos, no puede actualmente originar dudas, dada la amplitud que a los derechos patrimoniales ha dado nuestro Código Civil, siguiendo las huellas trazadas por el Código italiano. [...] La acción personal adquirió una generalidad mientras la real se convirtió en excepción; de aquí lo limitadas de estas últimas y la imposibilidad de enumerar las primeras, pues todos los deberes jurídicos se han convertido en acciones personales por ministerio de la Ley.”

(20) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., p. 24.

de disposición testamentaria (21); es decir, los parientes más próximos al testador, su cónyuge y el Estado (22). Pero, como afirma el Alto Tribunal, no puede ser obstáculo para que un pariente ejercite la acción de nulidad del testamento la simple posibilidad de que exista otro pariente de grado más próximo; porque esto provocaría inseguridad jurídica en aquél, que no podría promover el juicio de *abintestato*, ni podría impugnar el testamento de nulidad, por no haberse declarado previamente su derecho a la herencia (23).

En tal sentido, en **Alemania**, la disposición de última voluntad puede ser impugnada por quien hubiese de resultar beneficiado por su anulación (§ 2081, párr. 1). De este precepto dice DE CASTRO que “no se aplica con pureza, ya que habiendo una pluralidad de legitimados, bastará que impugne cualquiera de ellos para que se produzca la nulidad del testamento; sin importar que haya sido confirmado por los demás” (24).

De modo más amplio, se afirma que tienen legitimación activa “todos los interesados en la declaración de nulidad” (25). Más concretamente dice LACRUZ que “están legitimados para impugnar el testamento los que, en virtud de una expectativa sucesoria, resulten favorecidos con la anulación de las disposiciones viciadas; así, los herederos legales, los herederos o legatarios favorecidos en un testamento anterior, los sustitutos cuando lo que se impugne sea sólo la primera institución, los herederos con derecho de acrecer, etc.” (26).

Ahora bien, si el interés en que se declare la nulidad es elemento determinante de la legitimación activa tenemos que preguntarnos si el acreedor del que está legitimado activamente para accionar de nulidad está a su vez legitimado; porque es indudable que tiene interés en la medida en que acrece el patrimonio de su deudor.

Por su parte, en el **Código italiano**, para los defectos que dan lugar a la nulidad (la falta de escritura y de firma del art. 606), puede pedir ésta cualquier persona que tenga algún interés en la herencia, y para los defectos diferentes a éstos puede ser anulado el testamento a instancia de cualquiera que tenga interés legítimo (art. 624). CICU, por su parte, reconoce esta legitimación aplicando la teoría general del contrato (art. 1.421),

(21) SSTs de 18 de diciembre de 1888, 10 de mayo de 1892, 26 de junio de 1907, 14 octubre 1908, 27 de mayo 1913 y 13 de julio 1989.

(22) La STS de 17 de noviembre de 1898 reconoció el derecho del Estado a interesar la nulidad de un testamento.

(23) SSTs de 17 de noviembre de 1898 y 13 de octubre de 1934.

(24) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1997, p. 158.

(25) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., p. 447.

(26) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, V, ob. cit., p. 259.

por ello también la extiende al juez, es decir, a la apreciación de oficio (27).

Sin embargo, no parece que el acreedor tenga un derecho propio a instar la declaración de nulidad. En cuanto a las **personas no legitimadas**, es obvio que no tienen la acción de nulidad los que, habiéndolo ostentado, carecen ya del interés legítimo que acredita la tenencia de la acción. Por lo demás, como dijimos, la acción de petición de herencia se encuentra estrechamente vinculada a la acción de nulidad, siendo esta última, en muchos casos, un presupuesto necesario de aquélla. Con la acción de petición de herencia se pretende el reconocimiento de heredero y, como consecuencia, la restitución de los bienes hereditarios (en manos del heredero aparente); siendo necesario ejercer la acción de nulidad antes de que haya prescrito la acción de petición de herencia.

CAPILLA es de la opinión de que, de forma indirecta, a través de la acción subrogatoria, y previo cumplimiento de sus requisitos, el acreedor puede ejercer esta acción como paso previo para acceder a las acciones materiales (28). Es decir, que si el acreedor puede ejercer subrogadamente la acción de petición de herencia debe poder ejercer de igual manera la de nulidad del testamento, que abre las puertas a aquélla.

Pese a ello, el Tribunal Supremo declaró la falta de legitimación del acreedor en la sentencia de 27 de mayo de 1913. Del mismo modo, en el **Código de Sucesiones de Cataluña**, en su artículo 128, se establece: “La nulidad o la ineficacia, por cualquiera de las causas expresadas, de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, o de las instituciones, legados u otras disposiciones que contengan, conferirá acción para pedirla, una vez abierta la sucesión, a quienes puedan obtener cualquier beneficio patrimonial en el supuesto de que se declare la nulidad o se reconozca la ineficacia. Esta acción será transmisible a los herederos, pero no podrán ejercerla los acreedores de la herencia”. Aunque sí podrán los acreedores del heredero; pues para los acreedores de la herencia el testamento o cualquier otro acto del deudor o de sus herederos es *res inter alios acta*, inoponible a ellos. Por otro lado, es preciso que los interesados impugnantes hagan “una completa justificación de los defectos de esencia o de forma” (29).

(27) (CICU: *El testamento*, ob. cit., p. 137.) En España, el régimen es similar, por ello para GALGANO los primeros que tienen interés en la nulidad del testamento son los herederos legítimos (GALGANO, FRANCESCO: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 565).

(28) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., p. 47.

(29) SSTs de 21 de octubre de 1915, 29 diciembre de 1927 y 7 de enero de 1975.

2.2. ¿Nulidad o anulabilidad?

La nulidad testamentaria, ¿es **nulidad relativa o absoluta**? El Código Civil preceptúa (art. 673): “*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*”. Esta referencia a los vicios de la voluntad y el ejemplo de la doctrina y el Derecho extranjeros (30) han hecho pensar que se trata de supuestos de nulidad relativa, a los que será aplicable el sistema de impugnación (31). Mas parece conveniente insistir respecto a las dudas que surgen para la aceptación de este criterio, ya que la anulabilidad se caracteriza por la investidura de una serie de facultades (hacer que se declare la nulidad del acto, confirmarlo, etc.) a la persona que sufrió la incapacidad o estuvo afectada por el vicio del consentimiento (o a su representante legal). Esta atribución no es posible aquí, pues en el momento de fallecer el testador es cuando se perfecciona el testamento (32).

Con todo, como dijimos, la **facultad de pedir la nulidad** del testamento se ha pensado que correspondería a cualquiera que ostente un interés legítimo en ello (por ejemplo, el heredero que lo sea según un anterior testamento o abintestato). Mas, si ello fuera así, parece haberse abandonado el sistema de la anulabilidad y aceptarse el de la nulidad (33). Por otra parte, ninguno de los interesados tiene poder para confirmar el testamento viciado (34) y, en cambio, cualquiera de ellos podría pedir que se anule.

Pero, ¿desde cuándo comenzará a computarse el plazo de caducidad de la acción? Si fuera desde el día en que, dado el caso, ha cesado la intimidación o la violencia, podrá haber caducado la acción antes de morir el causante, aunque éste no estuviere en condiciones de revocar el testamento.

El sistema del **Código italiano**, que fija el momento del comienzo del

(30) Como veremos, en el **Código alemán** se entienden impugnables los testamentos por error en la declaración o en los motivos (2.078 y 2.079), estableciendo quiénes están legitimados para la impugnación y cómo y cuándo ha de iniciarse ésta (2.080-2.083). El sistema alemán fue seguido por el CC italiano de 1942, artículo 624.

(31) En la **doctrina alemana** se utilizaron como sinónimos los términos de nulidad relativa e impugnación (*Anfechtbarkeit*); predominando este último al seguirse el autorizado criterio de SAVIGNY.

(32) El testador sólo conserva la facultad de revocarlo (art. 737). La anulabilidad, en cambio, será posible en las figuras contractuales admitidas por el CC para disponer las mejoras en capitulaciones (por ejemplo, arts. 826 y 827) y también en las reguladas en los Derechos forales.

(33) El sistema de la impugnación fue abandonado por el CC suizo (art. 519).

(34) Ha de recordarse que la llamada **convalidación** del testamento con defectos de forma, por cumplimiento voluntario del plazo sin acción de los interesados, no se considera confirmación, sino pérdida de la acción por actos propios.

cómputo desde que se tuvo noticia de la violencia, dolo o error (art. 624, párr. 3.º), llevará al resultado de que la acción esté viva para unos y extinguida para otros, con la consecuencia de que pedida la nulidad por unos y declarado válido el testamento por caducidad de la acción, más tarde haya de declararse su nulidad, a demanda de otro interesado, que sólo con posterioridad tenga noticias del vicio alegado.

No obstante, si la finalidad fundamental de la nulidad del testamento otorgado, por ejemplo, con dolo, fraude o violencia es la de respetar la voluntad del testador, parece que en dichos supuestos el sistema de la nulidad absoluta es el más adecuado, pues el testamento se postula que no fue verdaderamente querido por el disponente.

Por lo demás, tampoco parece adecuado el régimen cuatrienal del artículo 1.301, en lo que coincide la consideración hecha incidentalmente en la STS de 31 de diciembre de 1931 (respecto a la nulidad de una cláusula testamentaria por delegación de facultades), que resuelve no ser aplicable al caso el artículo 1.301, “por no tratarse aquí de ningún contrato, pues el vicio que se pretende está en el testamento”. Aunque también es cierto que la STS de 20 de junio 1928 entendió que la acción para pedir la nulidad de un testamento se extingue a los quince años (35).

Con todo, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni el Derecho comparado son unánimes en este asunto. Veámoslo.

A) *Postura favorable a la nulidad absoluta.*

A favor de una única categoría de nulidad se ha pronunciado, con diversos argumentos y distinto alcance, gran parte de la doctrina:

VALVERDE se manifestó contrario a la distinción de grados en la nulidad testamentaria. Para él no existe distinción de efectos entre la nulidad del artículo 673 y la del artículo 687, “lo cual quiere decir que, para el legislador español, la nulidad de los testamentos significa que no produ-

(35) “En el caso célebre de esta discutida sentencia —dice DE CASTRO (*El negocio jurídico*, ob. cit., p. 504)—, se atendieron consideraciones de justicia (se pedía la nulidad por figurar como testigo del testamento el amanuense del notario, art. 681, Quinto), se buscó la aplicación del plazo de prescripción más corto (conforme a la tendencia científica —se dice— de aminorar los plazos), pero ni siquiera se pensó entonces en aplicar el artículo 1.301. Se ha traído también a colación el artículo 762; pero este artículo ha de entenderse referido a los supuestos de incapacidad por indignidad, cuya naturaleza es bien distinta a la de las causas de nulidad (arts. 745, 755, 856 y 914). Así, la incapacidad de suceder, según el artículo 756, número 6.º, tiene esfera distinta que la del 674; el testamento viciado de nulidad será nulo sin atender a quién esté en posesión de la herencia. Y el artículo 762 salvará al indigno de la obligación de restituir lo heredado, teniéndolo en cuenta. Adviértese también lo diferente del juego de los plazos, si se atendiese al artículo 1.301, al 762 o al 1.964.”

ce efectos el testamento y que no es susceptible de ser confirmado ni expresa ni tácitamente” (36).

Para DE CASTRO, la nulidad del artículo 673 no es la nulidad relativa, porque ésta otorga unas facultades (impugnar, confirmar, dejar caducar la acción de restitución) al que ha padecido la falta de capacidad o el vicio del consentimiento; lo que es imposible en el testamento, ya que éste se perfecciona precisamente con la muerte de quien puede impugnarlo. Contrariamente, lo que se concede es una acción a cualquiera que ostente un interés legítimo, sin poder, además, para confirmar el testamento; acción que por ello sólo puede ser calificada de acción de nulidad. Por otro lado, señala dicho autor que tampoco es adecuado al testamento el sistema de caducidad diseñado para la anulabilidad, porque si ha de empezarse a computar el plazo desde que haya cesado la intimidación o la violencia “podrá haber caducado la acción antes de morir el causante, aunque éste no estuviese en condiciones de revocar el testamento” (37).

En este orden de cosas, COSSÍO considera que no parece posible “hacer aplicación de la teoría que en materia de contratos distingue entre negocios anulables y negocios radicalmente nulos”. Y advierte cómo “la ley se refiere simplemente a testamentos válidos y testamentos inválidos, no siendo posible aplicar a este último concepto la doctrina, por ejemplo, de los preceptos relativos a la prescripción de las acciones impugnadoras o a la confirmación expresa o tácita” (38).

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN mantienen que “la anulabilidad es acción que no tiene encaje en los testamentos, pues protege al contratante que ha sufrido el vicio (art. 1.302). El testador, obviamente, carece de ella; la protección de sus intereses se atiende mediante el poder permanente de re-

(36) VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, ob. cit., p. 499.

(37) Mas añade: “El sistema del Código italiano, que fija el momento del comienzo del cómputo desde que se tuvo noticia de la violencia, dolo o error (art. 624, párr. 3) llevará al resultado de que la acción esté viva para unos y extinguida para otros, con la consecuencia de que pedida la nulidad por unos y declarado válido el testamento por caducidad de la acción, más tarde haya de declararse su nulidad, a demanda de otro interesado, que sólo más tarde tenga noticias del vicio alegado”. Y concluye: “En verdad, si la finalidad fundamental de la nulidad del testamento otorgado con dolo, fraude o violencia es la de respetar la voluntad del testador, parece que el sistema de la nulidad absoluta es el más adecuado, pues el testamento se postula que no fue verdaderamente querido por el testador”. (DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 503 y 504). En otro lugar afirma (ídem, p. 158): “en el testamento y en los negocios *mortis causa* de carácter no contractual, coincide el momento de la muerte de la víctima del vicio de la voluntad con el de la eficacia del negocio mismo; siendo entonces el heredero quien está legitimado para ejercitar las acciones de anulación que corresponden al testador, y aquí ese heredero será normalmente el causante del vicio”. La nulidad, afirma también, del artículo 673 “en nada parece distinguirse de la resultante de no haberse observado en el testamento las formalidades legales (art. 687)”.

(38) COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, ob. cit., p. 535.

vocar el testamento viciado. Luego sus sucesores no están legitimados para actuar una acción que él no tenía" (39). Únicamente admiten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que se pueda aplicar a la nulidad por las causas del artículo 673 el plazo de prescripción de quince años (40).

B) Posición de la jurisprudencia.

La jurisprudencia que ha declarado con nitidez la nulidad absoluta lo ha hecho de un modo incidental (41). Así, la sentencia de 24 de octubre de 1963 (42) declara que la inobservancia de requisitos formales determina la nulidad absoluta del testamento "sin posibilidad de ulterior convalidación por los interesados" (43). Y la de 27 de septiembre de 1968 (44) también mantiene la nulidad absoluta por inobservancia de requisitos formales "sin posibilidad de ulterior convalidación", aunque dicha expresión era innecesaria por no debatirse el extremo de la confirmación (45).

(39) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., pp. 446-448.

(40) Ya hemos referido la crítica que CAPILLA RONCERO hace a los partidarios de admitir el régimen de la anulabilidad en los testamentos, mas su opinión no queda ahí. Parte este autor de la distinción "entre acción declarativa de la ineficacia estructural y la acción o acciones materiales o de condena que se abren paso como consecuencia del triunfo de la pretendida ineficacia", acción que las más de las veces será la *actio petitio hereditatis*, para afirmar que aquella acción (declarativa de nulidad) "supone un régimen único de ineficacia del testamento [...] para todos los casos" (CAPILLA RONCERO: "Nulidad e impugnabilidad...", ob. cit., pp. 38 y ss.). Este régimen, sin embargo, es *sui generis*, propio del testamento, distinto, pues, del contractual.

(41) Por otro lado, hay sentencias que han hecho aplicación de preceptos determinados, relativos al dolo contractual [SSTS de 10 de mayo de 1972 (R. 2135) y de 3 de febrero de 1977 (R. 293)], que podrían invocarse como favorables a la extensión del régimen de la ineficacia contractual al testamento. Pero no toda la jurisprudencia que se alega en este punto merece la misma valoración. CAPILLA dice al respecto: "Así, no cabe tomar en consideración el conjunto de sentencias que se auxilian, por la vía de la analogía, de determinadas normas que tienen su sede en materia de ineficacia contractual, para precisar las causas de ineficacia del testamento, o las notas exigidas a las mismas para que sean relevantes. Pues en tales casos en realidad no se está aplicando teoría general alguna sobre la ineficacia del contrato al testamento, sino aplicando por analogía determinados preceptos, sin mayor alcance. Tal ocurre con la jurisprudencia que ha admitido la intimidación como causa de ineficacia total del testamento, a pesar del silencio del artículo 673 y del tenor del 743". (CAPILLA RONCERO: "Nulidad e impugnabilidad...", ob. cit., p. 32.)

(42) R. 4157.

(43) La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1931 (R. 2333), relativa a un caso de nulidad de una cláusula testamentaria por delegación de facultades, afirmó no ser aplicable al caso el artículo 1.301, por no "tratarse aquí de ningún contrato, pues el vicio que se pretende está en el testamento".

(44) R. 5163.

(45) En el mismo sentido, las SSTS de 5 de junio de 1925; 24 de mayo de 1927; 10 de julio de 1944 (R. 911); 4 de noviembre de 1947 (R. 1213); 19 de junio de 1958 (R. 2163); 10 de junio de 1966 (R. 3933); 26 de noviembre de 1968 (R. 5542); 8 de marzo de 1975 (R. 986); 10 de noviembre de 1973 (R. 4163).

Existe otro grupo de sentencias en las que lo que se afirma es la aplicabilidad al testamento de la “doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico” (46), pero en esta jurisprudencia se hace la salvedad de que la aplicación no puede ser íntegra o automática: es decir, sin tener en cuenta las peculiaridades derivadas de la naturaleza del testamento.

Al paso de esta fundamentación podemos plantear y resolver una cuestión ya comentada, como es la de que el testador que hubiese podido revocar libremente y con plena conciencia el testamento inicialmente viciado no lo haya hecho: ¿podríamos entonces pensar que se había producido aquí una confirmación tácita, de acuerdo con la norma del artículo 1.311 del CC?

Nosotros creemos que, dada la peculiar naturaleza del testamento, no sería posible esta confirmación derivada de una conducta omisiva, ya que, en principio, según el artículo 666, “*para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*”; por lo que, por ejemplo, un testamento otorgado por una persona que en aquel momento no se hallase en su “cabal juicio” no se consideraría convalidado por la sola circunstancia de no haber sido revocado después.

I) *Derecho comparado.*

La corriente favorable a la diversidad de grados de invalidez ha estado influida por la regulación dada en los Códigos alemán e italiano. En efecto, el **BGB** distingue, para el testamento, entre la nulidad y la anulabilidad. Para este Código los vicios de la voluntad dan lugar, como en los contratos, a la impugnación (nulidad relativa) (47), en el término de un año desde que el legitimado tiene conocimiento de la existencia del vicio; aunque no cabe ninguna impugnación si han transcurrido treinta años desde la apertura de la sucesión.

En cualquier caso, el Código Civil alemán reconoce diversas formas de nulidad negocial, como es pauta general en los ordenamientos de tipo continental; la que nos ocupa, la parcial, referida primeramente al negocio jurídico como categoría general, se regula en el parágrafo 139 del BGB, el cual reza textualmente:

“Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico, si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula.”

(46) Como la STS de 26 de noviembre de 1968 (R. 5542); o la “doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos”, caso que se da en las del 12 de noviembre de 1964 (R. 5080) y 3 de octubre de 1979 (R. 3235).

(47) §§ 2078 a 2083, por error en la declaración o en los motivos, y por intimidación.

El principio general de la nulidad negocial se encuentra recogido en los parágrafos 134 y 138 BGB, que imponen la invalidez del negocio jurídico por atentar contra las que son “fuentes típicas del ordenamiento alemán”, estableciendo (48):

134: “Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la Ley”.

138: “Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo”.

Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación que, según las circunstancias, estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.

En definitiva, la solución que ofrece el Código Civil alemán es que, en caso de duda, la presunción es la contraria al principio *utile per inutile non vitiatur*, y la posible nulidad parcial debe ser considerada total a menos que sea de suponer que el negocio se habría concluido aun sin la parte nula (49). Así, en caso de duda debe aplicarse la figura de la nulidad total (50) y sólo si las partes lo desean o lo hubieran deseado, se podrá utilizar entonces la figura de la nulidad parcial. Si el negocio se ha comenzado a ejecutar, deben ser las partes, a través de la exteriorización o indagación hipotética de su voluntad, quienes decidan si debe continuar desplegando los efectos que aún le sean posibles sin la parte nula o debe invalidarse totalmente.

El parágrafo 139 BGB sirve para toda clase de negocios jurídicos, a condición de que la partición del negocio sea practicable; y éste es divisible cuando en él están interesadas varias personas.

La consecuencia directa y principal del parágrafo 139 BGB es que la carga de la prueba va a recaer sobre quien intente mantener con vida el negocio jurídico, ya sin la parte nula. El inconveniente práctico que pre-

(48) Para WIEACKER son limitaciones de marcada impronta moral (WIEACKER: *Storia del Diritto privato moderno*, traducción italiana de Santorelli, tomo I, p. 450, Milán, 1980).

(49) Tal norma parece, en principio, contraria a lo dispuesto en el artículo 1.419 del *Codice italiano*; por establecer soluciones opuestas al mismo supuesto de hecho: en el ordenamiento italiano (y también en el español, aunque ninguna norma lo establezca expresamente), la nulidad parcial es la regla general y el negocio se conservará, mientras que en el sistema germano la regla será la total nulidad del negocio que contiene una parte nula y la excepción la nulidad parcial.

(50) MAYER-MALY: *Munchener Kommentar zum BGB*, tomo I, pp. 1055 y ss., Munich, 1984.

senta este sistema es que se puede convertir en un incentivo para el incumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio; pues si, por el contrario, la parte que interesa la nulidad total tuviera la carga de la prueba, el elemento probatorio caería dentro de su esfera de influencia, y sería, por tanto, perfectamente controlable por quien ha de plantearla. Por ello, la doctrina estima que en ciertos casos la carga de la prueba debe ser invertida, haciéndola recaer sobre quien desee la nulidad total del negocio (51).

Se puede afirmar que hay en el BGB un buen número de preceptos que expresamente invierten la carga de la prueba, favoreciendo la nulidad parcial sobre la total (52). Es por ello que ha de decirse que el párrafo 139 tiene un valor subsidiario para aquellos casos en los que no se ordene, expresa o tácitamente, uno u otro tipo de nulidad, lo cual se hace, concretamente, respecto al testamento.

No obstante, es necesario hacer una referencia al papel que desempeña el criterio de la buena fe fundamentado en el párrafo 242 BGB, que en gran medida ha colaborado, a favor de la nulidad parcial, a mitigar los efectos producidos por el 139, al ordenar que para poder sostener que el negocio haya de ser nulo en su totalidad se debe ostentar una posición de buena fe (53). Especialmente relevante se propone tal afirmación en los casos en los que la práctica de la prueba se hace difícil en supuestos de alegación y prueba de actuaciones maliciosas o reprochables por parte de quien pretende la nulidad total.

Para nuestra tesis especialmente interesa la desviación respecto del párrafo 139 BGB que contienen los párrafos 2.084 y 2.085 BGB en el ámbito sucesorio, al establecer que:

2.084: “Si el contenido de una disposición de última voluntad admite diversas interpretaciones, en la duda se dará preferencia a aquella que le permita producir efectos”.

2.085: “La ineficacia de una o más disposiciones contenidas en un testamento no tiene como consecuencia la ineficacia de las demás, a menos que se demuestre que el testador no las hubiera querido sin la disposición ineficaz”.

Así cambian, en cuanto a las disposiciones de última voluntad, los términos de carga de la prueba establecidos por el párrafo 139, puesto que

(51) Es lo que la doctrina alemana denomina “valor subsidiario del párrafo 139” (HEINRICHS: *Bürgerliches Gesetzbuch*, de Palandt, Munich, 1988, pp. 128 y ss.).

(52) HEINRICHS: *Bürgerliches Gesetzbuch*, de Palandt, Munich, 1988, p. 131.

(53) HEINRICHS: *Bürgerliches Gesetzbuch*, de Palandt, Munich, 1988, p. 130.

la nulidad de alguna disposición testamentaria sólo acarreará la del instrumento íntegro que la contiene si se demuestra que el testador no lo hubiera querido sin la disposición inválida.

Se impone como regla la nulidad parcial y como excepción la total en lo relativo a las disposiciones testamentarias, invirtiéndose así los términos planteados por el parágrafo 139 para los negocios jurídicos en general, como consecuencia del principio del *favor testamenti* (54), entendido en función de la voluntad del testador, e infiriéndose que es digno de una protección mayor que aquella otorgada a la voluntad negocial general. Es, pues, la propia norma la que exige, por la finalidad perseguida, estimar que son criterios teleológicos proteccionistas los que guían la declaración imperativa de la nulidad parcial. La comprobación de tal exigencia puede venir dada por la frustración del fin que de otra forma se podría producir en caso de la declaración automática de la invalidez total.

Por su parte, el **Código italiano** de 1942 sigue al BGB en este punto. Más en concreto, admite dos grados en las formalidades y dos grados en la nulidad, distinguiendo, por ello, entre la nulidad y la anulabilidad (55). Por lo demás, para el *Codice Civile*, la acción de nulidad es imprescriptible y apreciable de oficio; mientras que la de anulabilidad prescribe a los cinco años, computándose éstos a partir de diferente momento, en función de la causa de la anulabilidad (56). Por otro lado, su artículo 590 priva de la acción de nulidad al que haya confirmado o ejecutado voluntariamente la disposición nula, siendo esta misma circunstancia la que da lugar a la perfección del testamento por prescripción quinquenal de la acción de anulabilidad (art. 606) (57).

Respecto a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico y su acomodación al testamento, el Código Civil italiano contiene una norma que da cobertura a la nulidad parcial del negocio jurídico: el artículo 1.419 CCi. Tal norma recoge la entera formulación legal del fenómeno de la nulidad parcial respecto de los negocios jurídicos en el ordenamiento jurídico-

(54) Influido también, como hemos dicho, por la buena fe, fundamentada en el parágrafo 242 BGB (HEINRICHS: *Bürgerliches gestzbuch*, de Palandt, Munich, 1988, p. 130).

(55) Veámoslo. A) **Nulidad**: la del testamento mancomunado (art. 589 del CC italiano), la producida por falta de escritura y de firma del testador o/y del notario (arts. 606 y 619 del CC italiano); así como la posibilidad de nulidad de disposiciones concretas. B) **Anulabilidad**: del testamento del incapaz (art. 591 del CC italiano), la del otorgado con violencia, error o dolo (art. 624 del CCi) y la producida por defectos formales de segundo orden (arts. 606 y 619 del CCi).

(56) La aplicación al testamento del sistema de la anulabilidad, realizada por estos Ordenamientos para mantener la unidad de régimen dentro del negocio jurídico, produce resultados que, dice DE CASTRO, “no son para animar a que se les siga” (DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 158).

(57) Al respecto, véase CÍCU: *El testamento*, ob. cit., pp. 130 y ss.

privado italiano (58). No obstante, la norma se refiere a los contratos y, de hecho, es una norma general convencional, y al pie de la letra debiera aplicarse únicamente a ellos y no a los negocios unilaterales; especialmente en el caso del testamento, en el que la relación entre cláusula e instrumento es sustancialmente diferente de una relación entre cláusula contractual y contrato, además de disponer de una regulación propia de los casos de nulidad, reproduciendo muchas veces aquello dictado para el contrato.

Aun así, al ser disciplinas autónomas dentro de la teoría general del negocio jurídico, pudiera pensarse que no son aplicables al resto de negocios las normas dictadas para el contrato; no obstante, *por mor* del principio de expansividad fijado en el artículo 1.324 CCi (59), esa regulación puede ser aplicada, siempre que sea compatible, a todos los tipos negociales en los que sea posible, ya sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales (60). Eso sí, han de ser celebrados *inter vivos* y tener un contenido de carácter esencialmente patrimonial.

Pero para los negocios *mortis causa* no existe una norma equivalente, si bien es cierto que existen múltiples preceptos en el CCi que establecen la nulidad parcial para casos concretos en este ámbito. La extensión del alcance del artículo 1.324 también a los negocios *mortis causa* ha sido resuelta favorablemente, con la reserva hecha de que sea compatible en cada caso con la doctrina dictada específicamente para cada negocio preciso en todo momento (61), siguiendo la estela que marca la aplicación más amplia del principio *utile per inutile non vitiatur* a todo tipo de negocios jurídicos (62), incluido el testamento (63).

Tal extensión encuentra fundamento legal en el criterio técnico expuesto en el artículo 12 de las disposiciones preliminares del CCi, por medio del cual es posible recurrir a la analogía para comprobar, caso por caso, la compatibilidad de los presupuestos legales dictados con respecto al contrato y al testamento (64).

(58) MIRABELLI: "Dei contratti in generale", en *Commentario del Codice Civile*, Turín, 1967, tomo IV, volumen 2.º, p. 441. Y PERLINGIERI: *Codice Civile annotato*, Turín, 1980, tomo IV, volumen 1.º, p. 555.

(59) MIRABELLI: *L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1955, pp. 155 y 302.

(60) MANIGK: "Studi di Diritto italiano", en *Anuario di Diritto comparato*, 1942, p. 138.

(61) BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1944, p. 373.

(62) En cuanto a la jurisprudencia, véanse las sentencias de la Corte Suprema de Casación de 26 de noviembre de 1949, 28 de julio de 1950, 11 de julio de 1951, 5 de marzo de 1955 y 10 de agosto de 1963.

(63) En tal sentido se manifiestan ALLARA, Mario, en *Il testamento*, ob. cit., p. 280; y en *Principi di Diritto testamentario*, Turín, 1957, p. 178, y ASTRALDI: *Le nullità formali del testamento olografo*, Padova, 1940, p. 106.

(64) Ciertamente la estructura y la función de este último refuerzan la necesidad de conservarlo con vida incluso reducido en sus atribuciones. Ello encuentra explicación en que consta

El artículo 1.419 CCi establece, como una derogación de la regla *utile per inutile non vitiatur*, que la nulidad de una cláusula o parte del negocio supondrá la del mismo en su totalidad si resulta que las partes no lo hubiesen querido sin la parte que es nula. Es el propio título del artículo 1.419 (“Nulità parziale”) el que le otorga la clave de su sentido y de los efectos que ha de producir, esto es, su función práctica. En tal sentido, como se desprende del texto del artículo, en algunos casos se ordena la conservación parcial del negocio y en otros casos se ordena la nulidad total de él, dependiendo de las circunstancias concretas de cada hipótesis. Así, habrá que considerar cada una de ellas por separado, sin que se dicte una línea general de actuación, cosa, por otro lado, muy difícil de conseguir dada la inmensa riqueza casuística que la autonomía de la voluntad crea en el mundo jurídico. El límite a la aplicación del principio de conservación es que la nulidad no afecte a un elemento esencial del negocio, o a una parte tan íntimamente conectada, que éste no pudiera sobrevivir sin él (65).

En caso de que resulte que los contratantes no hubieran deseado el negocio sin la parte nula, éste será nulo totalmente, partiendo de la base de que no hubo pacto expreso reparador de la nulidad parcial. Por ello, en el testamento, la alusión a esa voluntad es una alusión a una voluntad que hemos de considerar hipotética (66), y en tal caso, la misión del juez ante tal problemática, más que la búsqueda de la voluntad conjetural del testador, es la realización de sus intereses de la manera más justa y aproximada a sus deseos (67).

de una pluralidad de cláusulas independientes entre sí en cuanto a su naturaleza y efectos, pudiendo recibir, por tanto, un tratamiento diferenciado unas de otras. También en cuanto a la potenciación de los principios de economía jurídica y autonomía privada la conservación aparece como la medida a adoptar en cuanto sea posible, lo cual encuentra su demostración en todo el entramado de disposiciones que regulan la sucesión testada.

(65) Los criterios que el artículo propone para que un negocio con una parte afectada de nulidad sea conservado en parte o declarado nulo en su totalidad se basan en un criterio psicológico o subjetivo que se desprende de la voluntad de las partes. El problema se plantea en cuanto a los medios para adivinar los deseos de las partes. Los medios pueden resumirse brevemente en:

- Si uno solo de los contratantes no hubiera querido el negocio sin la parte nula, entonces será nulo en su totalidad.

- La voluntad debe verificarse mediante una declaración expresa o bien a través de un comportamiento de carácter concluyente.

- Tal voluntad debe ser real, esto es, efectivamente existente, aunque también puede ser una voluntad presunta, revelada por vía de hipótesis.

- Ésta debe ser la del momento de la creación del negocio o bien al momento en que se hace valer nulidad parcial.

(66) D'ANTONIO: *La modificazione legislativa del regolamento negòciale*, Padova, 1974, p. 231. TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, Milán, 1983, p. 277.

(67) El juez tiene que decidir si limita la nulidad a las cláusulas o la extiende a todo el instrumento. Así, TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, Milán, 1983, p. 278. D'ANTONIO: *La modificazione legislativa del regolamento negòciale*, Padova, 1974, p. 234.

Hay otro criterio, dictado por el segundo párrafo del artículo 1.419, para la solución de tal dilema, y es que se conservará válido el negocio cuando la parte nula sea sustituida legalmente por una norma imperativa. Las características de tal criterio se basan en prescindir absolutamente de los principios establecidos por las partes, basándose exclusivamente en la imperatividad de la Ley (68), dándose así al problema una solución unívoca en relación a la conservación. De este modo, podemos concluir que sólo si las cláusulas nulas no resultan sustituidas legalmente por alguna norma imperativa puede entrar en juego la voluntad de las partes en orden a determinar si la nulidad de la cláusula va a implicar su nulidad completa o si lo será parcialmente.

El carácter del artículo 1.419 parece no ofrecer dudas en cuanto a su imperatividad, más marcada en el segundo párrafo que en el primero, el cual, debido a su contenido en relación a la voluntad de las partes en cuanto a la solución del problema que puede plantear la nulidad parcial, pudiera ofrecer un punto de apoyo para solventar la duda. Es, por otro lado, una regla general: la nulidad parcial no implica la total del negocio a menos que las partes no hubieran querido el negocio sin la parte nula, que afecte a un elemento esencial (69). El elemento volitivo sólo entra en acción cuando la Ley no haya previsto la conservación coactiva por medio de la sustitución de la cláusula nula. La consecuencia práctica más relevante de resultar la nulidad parcial la regla y, por tanto, la nulidad total la excepción, es que la carga de la prueba recae sobre quienes desean la total (70).

En definitiva, son tres los grupos en los que se deben dividir los artículos del CCi referentes a la nulidad parcial en el ordenamiento jurídico italiano:

1. Aquellas normas que establecen un límite a la autonomía de la voluntad, con el fin de asegurar la creación de preceptos negociales social y jurídicamente idóneos a la regulación de los intereses a los que están destinados: son normas limitativas.

(68) En tal sentido se expresan las sentencias de la Corte Suprema de Casación de 10 de junio de 1943 y 5 de mayo de 1952.

(69) En tal sentido se expresan las sentencias de la Corte Suprema de Casación de 22 de febrero de 1947, 21 de abril de 1949 y 19 de enero de 1950.

(70) El artículo 1.419 CCi es un precepto de aplicación general; pero además el Código Civil italiano contiene artículos específicos en los que la nulidad parcial es la protagonista, pues no cabe duda que tal fenómeno encuentra un vasto campo de acción. Tales hipótesis se dividen en dos grupos como consecuencia de la dicción del artículo 1.419, dados los dos párrafos que contiene: unas entrarán en las previsiones del primer párrafo y otras lo harán en las del segundo.

2. Las que prevén y establecen la nulidad parcial de una cláusula, verificándose una reducción ya en la cantidad del objeto, ya en los efectos que despliega; son normas reductoras.

3. Aquellas que, además de establecer la nulidad de la cláusula, ordenan que su contenido sea sustituido con un contenido previsto por la Ley: son normas sustitutivas.

El primer grupo de normas, denominadas limitativas, son las más numerosas, especialmente en lo referente al Derecho sucesorio (71). En líneas generales, los principales artículos que contienen tal tipo de prescripción son:

— Artículo 458, que prohíbe los pactos sucesorios (72).

— Artículos 596, 597, 598 y 599, sobre la incapacidad para recibir por testamento (73).

— Artículo 606, que establece la nulidad de las disposiciones testamentarias que adolecen de algún defecto de forma (74).

— Los artículos 625, 626 (75), 628, 629, 632 y 632, párrafo primero, como normas generales acerca de la institución de heredero (76).

— Los artículos 634, 635, 636, párrafo primero, 637 y 647, acerca de las disposiciones sometidas a condición, término y modo (77).

— Los artículos 651, párrafo primero, 652, 654, 655, 656 y 673, referidas a los legados (78).

— El artículo 679, que establece la prohibición de la renuncia a la facultad de revocar (79).

(71) Normas limitativas que son potenciales generadoras de casos de nulidad parcial fuera del ámbito sucesorio las encontramos también en relación al resto de los principales negocios jurídicos, como en las donaciones (arts. 772, párrafo primero, referente a la donación de bienes futura, y 788, 794 y 795, sobre particulares efectos de las donaciones) y, especialmente, en gran abundancia en cuanto a los contratos.

(72) Es un límite de orden general a la autonomía de la voluntad (CICU: *El testamento*, ob. cit., p. 30).

(73) Al respecto, CICU: *El testamento*, ob. cit., p. 180.

(74) Al respecto, ALLARA, Mario: *Il testamento*, ob. cit., p. 104. CICU: *El testamento*, ob. cit., pp. 51 y ss.

(75) El artículo 626 establece que el testamento será nulo parcialmente cuando una o más cláusulas sean ilícitas, pero si éstas lo inspiran en su totalidad, entonces el testamento será inválido íntegramente. Al respecto, BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1944, p. 382. Y ALLARA: *Principi di Diritto testamentario*, Turín, 1957, pp. 44 y 66.

(76) Al respecto, CICU: *El testamento*, ob. cit., pp. 133 y ss.

(77) Al respecto, BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1944, p. 408. CICU: *El testamento*, ob. cit., pp. 195 y ss.

(78) Sobre el legado nulo, CICU: *El testamento*, ob. cit., pp. 332 y ss.

(79) Sobre la cláusula revocatoria se pronuncian ALBALADEJO en *Curso de Derecho...*, tomo V, ob. cit., p. 364, y CICU: *El testamento*, ob. cit., p. 19.

— El artículo 713, párrafo primero, sobre la facultad de pedir la partición del caudal hereditario (80).

El segundo grupo de normas, denominadas reductoras, comprende aquellas que establecen la nulidad parcial de una determinada disposición, operando una reducción en la cantidad de su objeto o en la duración de sus efectos. Un ejemplo de ellas es el artículo 713, párrafo tercero, del CCI, que determina los límites temporales que se pueden imponer a la facultad de solicitar la partición, ordenando que el testador puede disponer que ésta no se realice hasta transcurrido un período de tiempo desde su muerte, el cual no puede exceder de cinco años (81).

El tercer grupo de normas, denominadas sustitutivas, tienen como función la sustitución del contenido nulo de la cláusula por un contenido legal predeterminado y que es el que las partes deberían haber incluido, pero no hicieron, y el ordenamiento coactivamente les impone, interfiriendo con la autonomía de la voluntad manifestada en la autorregulación negocial (82).

En resumen, es conveniente apuntar una diferencia entre nuestro ordenamiento y el italiano acerca de las formas de invalidez del testamento, consistente en la aceptación, sin dudas en el transalpino, de la anulabilidad y la nulidad parcial del testamento. Así, la opción nulidad-anulabilidad aparece en relación a éste con igual fuerza que con respecto al contrato. Son anulables las singulares disposiciones contenidas en un testamento, sin perjuicio de la validez del resto del instrumento, por vicios en la voluntad del testador, como es el caso de incurrir en error, dolo o violencia, incluido el error sobre el motivo, tanto de hecho como de derecho, con la condición de que resulte del testamento y que haya sido el único determinante de la disposición de que se trata, conforme al artículo 624 CCI. También lo son las que hayan sido dictadas en casos de captación de la voluntad del testador mediante dolo o violencia.

Así, en el Derecho italiano, a diferencia de lo que ocurre en los negocios *inter vivos*, la acción de anulabilidad del testamento puede ser ejercitada por cualquiera que pueda demostrar un interés legítimo. La razón

(80) Sobre la partición, CICU: *La divisione ereditaria*, Milán, 1947, pp. 359 y 386. Y MENGONI: *La divisione ereditaria*, Milán, 1950, p. 156.

(81) Si impusiera un término mayor, éste se reduciría automáticamente hasta los cinco años que impone la Ley. La función de este tipo de normas no difiere de las limitativas, poniendo ambas un límite a la autonomía privada.

(82) Ello significa que existe una voluntad legislativa de mantener con vida el acto, pues en el caso de las normas sustitutivas, la cláusula no decae (lo cual podría dar lugar a la desaparición del acto si esta cláusula fuera esencial), sino que sustituye su contenido no acorde con la Ley por otro que lo es, aumentando las posibilidades de que el acto o negocio sobreviva.

por la que la legitimación para ejercitarla no puede competir a los mismos a quienes la Ley se la reconoce para los actos *inter vivos* es que el sujeto, en el momento en que se plantea el problema de elegir entre anulación y conservación, ha fallecido, y la única manera de que la voluntad del testador sea respetada es ofreciendo el poder de impugnación a cualquier interesado que conozca que dicha voluntad se encontraba viciada en el momento del otorgamiento, según dicta el artículo 591 CCi (83). La acción de anulabilidad prescribe a los cinco años desde que haya sido ejecutada la disposición testamentaria.

Finalmente, apuntar dos extremos: primero, que la acción de nulidad parcial del testamento, equivalente a la de nulidad total en casi todos sus aspectos, es en el ordenamiento italiano de carácter imprescriptible; y, segundo, que la disciplina dictada en el artículo 1.423 CCi, referente a la conversión del contrato nulo, no es aplicable, como doctrina general negocial, al testamento (84).

Por su parte, el **Código Civil francés** no contiene una bien elaborada teoría general de las nulidades. Se basa el Derecho francés en la clasificación de las nulidades en absolutas (85) y relativas (86). La verificación judicial es la que abre las puertas al nacimiento de efectos; esto es, para que el acto afectado de nulidad deje de producir las consecuencias que le son propias y dé lugar a las de la nulidad, es necesario que sea así declarado en una sentencia (87). De esta manera, una vez pronunciado el tribunal sobre ello, se igualan los efectos de la nulidad y la anulabilidad, operando la primera retroactivamente al día de celebración del acto jurídico inválido (88).

El principio de conservación como norma interpretativa negocial se

(83) Al respecto, CICU: *El testamento*, ob. cit., pp. 161 y ss. En contra, sin embargo, se manifiesta ALLARA: *Il testamento*, ob. cit., pp. 169 y ss.

(84) En contra de lo que pudiera pensarse, esto no es pacífico en la doctrina. Para ALLARA, tal disciplina es perfectamente aplicable al testamento en ciertos casos, al amparo de la aplicación del principio de conservación (ALLARA, Mario: *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Turín, 1964, p. 176).

(85) El artículo 1.101 del Código Civil francés establece: "Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section e de la précédente, doivent être observées à peine de nullité".

(86) ZACHARIAE: *Le droit civile français*, tomo III, París, 1857, parágrafo 583.

(87) BEUDANT estima que no es necesaria sentencia, pues la nulidad absoluta opera *ipso iure* (BEUDANT: *Cours de droit civile français*, París, 1906, pp. 157 y ss.).

(88) Esta actuación adquiere en el ordenamiento jurídico francés un papel "preventivo", pues fuera de su función represiva este control *a posteriori* que el juez realiza de la validez de los actos jurídicos desalentará a las partes a celebrar un acto que va a desplegar todos sus efectos normalmente, pero estará siempre pendiente de ser inválido, si bien la nulidad sola y únicamente podrá ser declarada por el juez a instancia de persona legitimada para invocarla y dentro del plazo para hacerlo.

encuentra reflejado en el artículo 1.157 del *Code* (89) en virtud del cual, cuando una cláusula es susceptible de ser interpretada en dos sentidos diferentes, habrá de hacerse en aquél que le permita desplegar efectos y no en aquél que no se lo permita: el principio general de conservación de los negocios jurídicos existe, pues, en el Derecho privado galo. El fundamento de la nulidad parcial en este ordenamiento se encuentra en la aplicación jurisprudencial, pero no a través del principio general de conservación, sino del juego de los artículos 900 y 1.172, correspondientes respectivamente a los actos de atribución gratuitos (incluidos los testamentos) y a los mismos a título oneroso. De ellos se desprende que la regla será la nulidad parcial en el primero y total en el segundo.

El concepto que permite a la praxis jurisprudencial introducir la noción de nulidad parcial es la causa o condición impulsiva. La jurisprudencia francesa es la que probablemente ha afrontado con mayor profundidad el problema de las nulidades parciales, aplicando interpretaciones correctoras de los preceptos anteriormente citados del *Code*.

En lo que se refiere a los actos de última voluntad, ha tenido buen cuidado en considerar la intención del disponente y evitar que las resoluciones dictadas choquen con ella. Tal adaptación interpretativa ha venido propiciada por haber perdido el artículo 900 del *Code* su sentido originario, y ha traído como consecuencia la aproximación del régimen al que han de someterse los actos a título oneroso y gratuito, pues en uno y otro caso la nulidad parcial tendrá lugar si la cláusula o condición ilícita es esencial para la validez de todo el testamento (90).

En definitiva, es posible en el ordenamiento galo que la nulidad parcial actúe en el sentido de reducción de estipulaciones excesivas. Se actuará de tal manera cuando las partes hubieran querido el negocio de igual manera con la reducción que sin ella, pues en caso de que no lo hubieran querido procederá la invalidez total. Siendo éste más un criterio de orden público que propio de la autonomía de la voluntad.

Con todo, es el máximo respeto a la autonomía de la voluntad el que rige el criterio jurisprudencial francés respecto de la nulidad parcial (91), en nuestro caso concreto, con relación general al negocio jurídico testamentario. Pero mientras que en el Derecho alemán, como vimos, el tratamiento mismo de la nulidad parcial reposa sobre la denominada volun-

(89) Tal principio es comentado por POTHIER en su *Traité des obligations*, París, 1824. Y por SAVATIER en *Cours de Droit Civil français*, París, 1949, tomo II, p. 71.

(90) Así, partiendo de dos conceptos diferentes, se ha obtenido una misma línea de actuación, con el objeto de respetar al máximo la voluntad de las partes negociales, sea a través de la voluntad real o teniendo que recurrir a la voluntad hipotética, en su caso.

(91) BARTIN: *Théorie des conditions illicites*, París, 1887, p. 386. DUPEYRUX: *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Toulouse, 1955, pp. 198 y ss.

tad presunta o hipotética, y el juez tiene que plantearse si las partes hubieran concluido el acto sin la parte inválida, su homónimo francés debe preguntarse, en cambio, si la cláusula fue la causa o condición impulsiva del acto (92).

Las cláusulas testamentarias quedan, en coherencia con todo lo dicho, dentro de la regulación establecida por el artículo 900 del *Code*, ya sean del tipo condicional u obligacional, ambas por igual (93). Ciertas estipulaciones, sin embargo, no caen de su regulación como excepción a la regla general, como son, entre otras, las de desheredación o la revocatoria. El mandato contenido en este artículo es de carácter imperativo. Mas es la jurisprudencia la que se ha encargado de atenuar su rigor (aunque ello no ocurrió hasta el siglo XX, pues durante el siglo XIX, especialmente en su primera mitad, lo aplicaba con todo él), sin abandonar su concepción imperativa, pero con un convencimiento de encontrarse cerca, y de hecho es lo que se ha verificado en la realidad, del resultado que se obtendría si el texto tuviera esa firmeza (94).

2.3. *Prescripción de la acción de nulidad.*

Es este otro de los puntos discutidos en materia de invalidez del testamento; sobre todo porque el Código Civil no señala plazo alguno para el ejercicio de la acción de nulidad.

“La acción de nulidad o impugnación tiene como presupuesto la muerte del testador. La legitimación activa se extiende a los interesados, o sea a los herederos abintestato (art. 912) o a los testamentarios de un testa-

(92) Pero decir que tal conclusión debe extraerse de la voluntad real de las partes es sólo un eufemismo, necesario por el principio de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico galo, porque las partes, cuando ponen en pie el acto, no conocen la nulidad de esa cláusula y no se plantean el problema de si es o no la causa impulsiva: así el juez francés debe, en definitiva, buscar una voluntad virtual, a veces más que una real, y acaba preguntándose si las partes hubieran concluido igualmente el negocio sin la parte nula.

(93) BECQUART: *Les mots à sens multiple en droit civil français*, Lille, 1928, pp. 24 y ss.

(94) En cuanto a los actos complejos, se entiende que se debe aplicar el criterio de la divisibilidad y, consecuentemente, si las diferentes operaciones que lo componen son suficientemente autónomas, los vicios que afecten a alguna de ellas no han de afectar al resto; pero si no lo son, la nulidad se habrá de extender al acto completo. Así, en la regulación testamentaria francesa aparece en múltiples ocasiones la organización de la sucesión del individuo como lo que a menudo se ha dado en denominar un “testamento complejo”. Tales hipótesis pueden ser de muy diferentes tipos. Las más simples pueden ser, por ejemplo, un instrumento que contiene pluralidad de legados, y que sin duda puede ser parcialmente nulo: unos pueden valer y otros no, por diversas causas por las que la Ley pueda negar eficacia (piénsese, por ejemplo, en uno con una sustitución prohibida; tal legado no valdrá, pero sí el resto de ellos). Otras hipótesis más intrincadas comprenden casos como el testamento con partición hecha por el propio testador, los mancomunados o el que contiene el reconocimiento de hijo natural o cualquier otra cláusula no patrimonial.

mento anterior que, al anularse el posterior revocatorio, adquirirá plena eficacia. En cuanto al plazo para ejercitarla, la laguna legal puede suplirse bien, como ha hecho el TS, optando por la aplicación del artículo 1.964 (*quince años*), o sosteniendo la *imprescriptibilidad* de la misma por tratarse de una nulidad de pleno derecho" (95).

En efecto, el plazo de prescripción de esta acción no se encuentra establecido en el Código Civil, aunque sí su naturaleza prescriptiva (arts. 192 y 1.016). Por ello se ha discutido si este plazo es de quince años o de treinta. El plazo por el que se inclina la doctrina es el de treinta años, contados desde la muerte del causante (96). También la jurisprudencia se pronuncia por este plazo (97).

Pero, obviamente, si en el testamento partimos de la dualidad nulidad-anulabilidad, la acción de nulidad radical es imprescriptible, mientras que la anulabilidad es prescriptible. Para esta última, y por considerarla acción personal, se predica el plazo de quince años, por aplicación del artículo 1.964, *in fine* (98). Entre los autores de esta opinión hay quien distingue, dentro de los **casos de anulabilidad prescriptible**, aquéllos fundados en defecto de forma (infracciones de solemnidades que no destruyen la forma esencial del testamento), de aquellos otros que consisten en vicio del consentimiento. Para los primeros reservan el plazo genérico de *prescripción de quince años*; para los segundos, y por analogía con el contrato, proponen el plazo de *cuatro años*. Es el caso de LACRUZ y VALLET (99), y es también el criterio del Código italiano, que para el caso de anulabilidad testamentaria establece el plazo de cinco años desde el día de la ejecución.

Sin embargo, quienes parten de la base de que en materia testamentaria no cabe hablar de anulabilidad afirman la **imprescriptibilidad** de la acción de nulidad. Esto hace CAPILLA, para el que la acción de nulidad, como acción declarativa, no prescribe, sea cual sea la causa de la nulidad y el defecto de que adolezca el testamento.

Los argumentos de CAPILLA para defender la imprescriptibilidad de

(95) *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, p. 6528, Civitas, Madrid, 1.ª edición, 1995.

(96) Así opinan: VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, ob. cit., pp. 651 y 652; ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho civil*, V, ob. cit., p. 202; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, V (ed. 1993), pp. 167-168; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 1.º, ob. cit., p. 449.

(97) SSTs de 30 de marzo de 1889, 18 de mayo de 1932, 8 de octubre de 1962, 25 de octubre de 1963, 12 de noviembre de 1964, 14 de marzo de 1968 y 23 de diciembre de 1971.

(98) Son de esta opinión ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho civil*, V, ob. cit., pp. 366-367; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2.º, p. 198; OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, p. 474.

(99) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, V, ob. cit., p. 261; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, ob. cit., pp. 201-202.

la acción parecen claros: “En primer lugar, considerar que la acción de nulidad es meramente declarativa y que, si triunfa, da paso a las oportunas acciones materiales, coincide con el criterio general que [...] debe ser mantenido respecto de las ineficacias estructurales de los negocios jurídicos. En ellas siempre cabe una acción declarativa imprescriptible, tendente a comprobar la existencia del vicio o defecto causante de la ineficacia”. En segundo lugar, que “permite ello, además, resolver con criterio lógico la cuestión de la prescriptibilidad o no de la excepción de anulabilidad. La imprescriptibilidad de la acción declarativa, también respecto de la concurrencia del defecto de anulabilidad, implica que puede alegarse perpetuamente como excepción. Y aunque respecto a la imprescriptibilidad de la excepción, cuando se trata de testamento, se han expresado dudas [...], debe estimarse posible su alegación siempre como excepción, si bien la hipótesis en que se planteara esa necesidad no deja de ser un supuesto límite”. En tercer lugar, que “se obvian los problemas de determinación del momento inicial del cómputo del plazo de prescripción, que quedan trasladados a la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción de las acciones materiales” (100).

Todas estas razones, no obstante, con servir para facilitar la comprensión de las cosas y contribuir a eliminar obstáculos, son de menos peso para CAPILLA que la que se deriva de engarzar las acciones materiales de condena con la acción de nulidad. Porque aquéllas sí que prescriben; y con su prescripción hacen decaer el interés del accionante, y con el interés, la cualidad que le habilita para estar legitimado activamente en la acción de nulidad. O sea, que, a pesar de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, ésta no podrá ejercerse si el accionante carece ya, por ejemplo, y por haber prescrito, de la acción de petición de herencia. Por esta vía se conseguiría no alterar el régimen de la nulidad y, por otra parte, no hacer pesar eternamente la incertidumbre sobre una sucesión hereditaria.

COSSÍO también afirma la imprescriptibilidad, tanto si los vicios del testamento son formales como si afectan a la voluntad del causante (101). Por su parte, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, que entienden no aplicable la acción de anulabilidad a los testamentos, opinan que “si la nulidad se debe a vulneración o desconocimiento de normas de *ius cogens* el régimen debe ser el mismo que en materia de contratos (imprescriptibilidad), sin perjuicio de que puedan ser **usucapidos**, si se reúnen las condiciones legales al efecto, los bienes hereditarios” (102).

(100) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., pp. 57 a 59.

(101) COSSÍO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Civitas, Madrid, 1988, ob. cit., p. 535.

(102) No obstante, manifiestan que podría convenir el plazo de quince años a la nulidad del artículo 673 (violencia, dolo, fraude); nunca, desde luego, a la derivada de defectos formales (DíEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., p. 447).

En efecto, aunque la consideráramos imprescriptible, la acción de nulidad puede resultar de inútil ejercicio si los posibles demandados, que traen causa en el testamento nulo, han adquirido los bienes por usucapión (103). Éstos pueden ver consolidados con el tiempo los derechos que han venido ejerciendo sobre los bienes hereditarios con base en el testamento nulo e impedir, no ya la acción de nulidad, sino la de petición de herencia. La acción de nulidad resulta, pues, indirectamente impedida al ser de inútil ejercicio.

Opinan en este sentido: ALBALADEJO, que mantiene que la acción de petición de herencia se extingue “respecto de los bienes o derechos que se tratan, cuando alguno de los de la herencia haya sido usucapido singularmente antes del transcurso de 30 años” (104); RUIZ-RICO, por su parte, señala que no puede intentarse pretensión alguna respecto de los que hubieran entrado en posesión de los bienes hereditarios en virtud del testamento nulo y hayan adquirido su propiedad por usucapión (105). También CAPILLA, que dice: “Sobre el particular han de tenerse presentes las dudas planteadas acerca de la operatividad de la usucapión frente a la *actio petitio hereditatis*. La opinión que considero preferible entiende perfectamente posible la usucapibilidad de los concretos bienes de que esté en posesión el heredero aparente, si cumple todos los requisitos de la usucapión extraordinaria” (106).

En nuestra opinión, la prescripción de la acción de nulidad puede quedar delimitada atendiendo a los casos concretos de aplicación:

1. *Nacimiento de la acción de nulidad.* El momento para empezar a contar el plazo de prescripción de la acción de nulidad es el de la apertura de la sucesión. Ello sin perjuicio de las especificaciones comentadas y que señalaremos en los siguientes puntos.

2. *Prescripción de la acción de nulidad del testamento por incapacidad del testador.* Consideramos que el testamento celebrado por el de mente judicial es nulo de nulidad relativa. El plazo de prescripción de la acción es de cuatro años desde la muerte del causante, que es el momento de la apertura de la sucesión.

(103) ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho civil*, V, ob. cit., p. 203. Ahora bien, no cabe la usucapión ordinaria, ya que el testamento nulo no puede servir como título válido; ni cabe usucapir toda la herencia o cuota hereditaria, sino únicamente los bienes concretos de la herencia.

(104) ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho civil*, V, ob. cit., p. 203.

(105) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el Código Civil español*, Granada, 1986, ob. cit., p. 72.

(106) CAPILLA RINCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., p. 64; en el mismo sentido se manifiestan Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., p. 553, y VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, ob. cit., pp. 651-652.

Pero puede ocurrir que en este supuesto se haya ocultado el testamento hasta cuatro años después del fallecimiento del disponente, por lo que se podrá alegar la dispensa de la prescripción. De aceptarse esta solución habrá que interponer la acción de nulidad dentro de los cuatro años siguientes al del conocimiento de la existencia de la ocultación del testamento. La cuestión es más compleja cuando el demente no lo es judicialmente. En este caso el acto es anulable, de nulidad relativa. Ello ha llevado a la doctrina a interpretar que, por analogía, el caso queda sometido a la prescripción cuatrienal. Nosotros compartimos esta tesis; pues los actos otorgados por los insanos de hecho, por lo se refiere a la prescripción, quedan sometidos al plazo de cuatro años, que es el general para toda acción de nulidad.

3. *Prescripción de la acción de nulidad del testamento por vicio de forma.* El plazo de prescripción dependerá de si la acción es de nulidad absoluta o relativa; si la nulidad es relativa, la acción prescribe a los cuatro años (art. 1.301 del CC); si la nulidad es absoluta, la acción es imprescriptible.

4. *Prescripción y vicios de la causa o del consentimiento.* En definitiva, prescribe a los cuatro años la acción para dejar sin efecto un acto otorgado bajo violencia, dolo o falsa causa (art. 1.301). Para el cómputo de este plazo hay que tener en cuenta quién está legitimado para ejercer la acción y cuándo comienza el transcurso del tiempo. En este caso, el causante no es el legitimado para ejercer la acción de nulidad del testamento otorgado bajo violencia; a él le basta con revocar la disposición de última voluntad, sin necesidad de intentar acción alguna. Legitimado, por tanto, es el heredero, sucesor o legatario perjudicado, y para él el plazo de prescripción de la acción, según se ha defendido tradicionalmente, comienza a contarse a partir de la apertura de la sucesión; pues difícilmente se podrá tener conocimiento del acto ilícito o legitimación alguna antes de la apertura de la sucesión (107).

Pese a ello, nosotros creemos que el plazo de prescripción no puede comenzar a contarse desde la apertura de la sucesión, es decir, desde el fallecimiento del causante; pues en ese momento el perjudicado puede no haber conocido la existencia del testamento y a quien actúa con violencia le puede resultar fácil ocultarlo por unos años y luego presentarlo. De seguirse esta hipótesis, los herederos perjudicados verían que su acción se encuentra prescrita. En vista de ello, entendemos que el plazo de pres-

(107) Concretamente, si el testador guarda silencio o no revoca el testamento no impide por ello la acción de nulidad que incumbe a los legitimados (art. 675 *in fine*), pero ellos deben ejercitarla dentro del término de cuatro años a partir de la apertura de la sucesión.

cripción empieza a correr desde que se tuvo conocimiento del vicio que invalidó el acto.

Así, en la jurisprudencia se ha sostenido que la captación de la voluntad es una forma de dolo, por lo que la acción para impugnarla prescribe en el plazo fijado por el artículo 1.301 del Código Civil, e igual prescripción es aplicable por analogía a la acción por la cual se pretende anular o modificar un testamento que adolezca de vicios de la voluntad.

En conclusión, sostenemos que la acción para impugnar el testamento por falsa causa, dolo, violencia o vicios del consentimiento prescribe a los cuatro años **desde que el vicio fue conocido** por la persona que pretenda la acción.

3. Nulidad del testamento por falta de causa, causa ilícita o vicios del consentimiento.

En cuanto a la **falta de causa y causa ilícita**, en principio, no puede existir ningún acto jurídico sin causa (art. 1.261) (108), por lo que sería nulo el testamento que no tuviera por objeto transmitir bienes o derechos en última voluntad. Así, la jurisprudencia sostiene que no todo acto escrito, datado y firmado será reputado, dado el caso, testamento ológrafo; sino que debe tratarse de un documento manuscrito, fechado y rubricado por su autor con el propósito manifiesto de testar y de disponer de todo o de parte de sus bienes en última voluntad (*animus testandi*) (109). En cuanto a la **nulidad testamentaria por causa ilícita** existe una norma expresa que determina la nulidad de la cláusula testamentaria contraria a derecho: el artículo 767 del Código Civil (110).

(108) **El concepto de causa y su delimitación en el ámbito testamentario.** El testamento, como acto jurídico, debe contar, entre sus elementos esenciales, con una causa –entendida ésta en sentido subjetivo y objetivo– para que produzca los efectos que le son propios. La *causa en sentido objetivo* es la finalidad económico-social del acto jurídico. En el caso de los *testamentos*, la *causa objetiva* es la *transmisión de bienes y derechos para después de la muerte*. La *causa en sentido subjetivo* se refiere a los móviles perseguidos por el otorgante. La *causa jurídica* en materia testamentaria es la intención que movió al testador a beneficiar a determinada persona *post mortem*.

(109) En tal sentido, por ejemplo, no existiría intención de disponer de los bienes para después de la muerte en una carta misiva en la que se dieran instrucciones sobre el cobro de un cheque al portador o sobre la culminación de un acto de venta de inmuebles. Éstos, y otros análogos, serían supuestos claros de nulidad testamentaria por falta de causa objetiva; ya que el acto jurídico carece del fin –o causa– de transmitir bienes o derechos. De igual modo es nulo por falta de causa el testamento que hubiera sido redactado en broma o con fines pedagógicos, ya que evidentemente su fin no es transmitir los bienes para después de la muerte.

(110) **Nulidad testamentaria por fraude de ley: la causa objetiva.** El fraude supone por sí mismo la discordancia entre dos normas jurídicas. En el campo testamentario se producen frecuentes casos de fraude a la ley cuando, por ejemplo, se pretende violentar la legítima heredi-

Por otra parte, son **vicios del consentimiento** el error, la intimidación, el dolo y la violencia (arts. 1.265 y 673 del CC). Para facilitar una mejor comprensión y estudio del tema trataremos algunos de estos puntos por separado. Al mismo tiempo, en el desarrollo de los respectivos aspectos, vamos a realizar un análisis de las soluciones brindadas por las legislaciones de los países pertenecientes a nuestra familia jurídica (111).

Con todo, en nuestro Derecho positivo, el actuar con amenaza, fraude o violencia sobre la persona del testador, no sólo provoca la nulidad del testamento, sino que también su autor sufrirá las consecuencias de la indignidad, y si es heredero legítimo no recibirá la sucesión ab intestato [arts. 674 (112) y 756.5.º del CC]. Por ello, además de los efectos de la declaración de nulidad del testamento y del resarcimiento por daños y perjuicios que pudieran corresponder, algunos Códigos prevén la **pérdida de los derechos hereditarios**.

3.1. Captación de la voluntad (113).

Nuestro Tribunal Supremo **definió la captación** en la sentencia del 9 de mayo de 1974 como “aquellas astucias, maquinaciones o artificios dirigidos a desviar la libre determinación de las decisiones del causante y conseguir que se excluya de la herencia a personas que de otra forma serían llamadas a la sucesión” (114).

taria utilizando formas societarias. Al hilo de ello, para determinar cuándo una cláusula testamentaria es formalmente lícita o ilícita hay que estar a la causa objetiva, pues la ilicitud emerge cuando se distorsiona dicha causa. A efectos prácticos, lo normal será, por ejemplo, que la cláusula testamentaria no lícita esté dictada en fraude a la legítima, y para determinar si la disposición es en fraude a ésta debe hacerse una comparación entre fines e intereses. Si los fines del causante son análogos a los prohibidos por el régimen de la legítima, la disposición testamentaria es en fraude a ella, aunque dichos fines aparezcan como formalmente lícitos al amparo de la ley de cobertura. Así, dado el caso, puede haber fraude a la ley cuando se pretenda utilizar a una persona interpuesta para evitar el régimen de incapacidades testamentarias.

(111) Ello debido a que en este aspecto es necesario el conocimiento de las soluciones extranjeras; porque estos vicios no conocen de fronteras, circunstancia que obliga al jurista a tener en cuenta la práctica comparada.

(112) El artículo 674 de nuestro Código reza: “El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido”.

(113) *Concepto.* La captación de la voluntad es la acción de inducir a testar, provocando en el causante afectos fundados en causas ficticias o inspirando en él sentimientos desfavorables hacia quienes hubieran sido llamados a la sucesión en lugar preferente o hacia quienes estuviesen instituidos en otro testamento anterior.

(114) En esta resolución se confirmó la sentencia de la Audiencia, que había anulado el testamento de un causante de personalidad psicopática fácilmente sugestionable, a quien su hermano, que había conseguido de forma análoga la herencia de otro hermano ya fallecido, había alojado en su domicilio con la finalidad de ser instituido su heredero.

Por otra parte, la captación ha de distinguirse de los cambios de ánimo y afectos del causante, aunque estén determinados por maniobras no claras de parientes y amigos: como dice la sentencia del TS de 26 de mayo de 1969 “la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los afectos familiares, así siempre efímeros, que como sentimientos íntimos escapen a la investigación del Juzgador” (115). Del mismo modo, **nuestra jurisprudencia** registra otros casos destacables de nulidad testamentaria por captación de la voluntad. Entre ellos: el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de anular un testamento en el que efectivamente se había producido la malévola maquinación, conforme a la cual se influía sobre la determinación del otorgante en vista de la “simulación de conveniencia” (116). Asimismo, no puede la captación, expone la sentencia de 1 de junio de 1962 (117), asimilarse con la influencia de los naturales afectos y sentimientos que impulsan las declaraciones de última voluntad (118). En de-

(115) La jurisprudencia **francesa** registra interesantes supuestos de captación de la voluntad (FASSI, Santiago: *Tratado de los testamentos*, p. 410), a saber: La Corte de Angers juzgó procedente la nulidad por captación en el caso de un testamento otorgado por una persona de edad que creía en la virtud de las cartas y la adivinación. Dicha causante testó bajo la influencia de una adivina de buenaventura que aseguraba procurarle por sus conocimientos ocultos la curación de todas sus enfermedades y una larga vida, además la presunta “captadora” había utilizado la debilidad de espíritu de la causante para persuadirla de que las personas que la rodeaban conspiraban contra ella, al mismo tiempo que le inspiraba sentimientos afectuosos para con la propia embaucadora. En otro caso, también concluido por la Corte francesa con la nulidad del testamento, un individuo sin fortuna, mediante intrigas y usurpando un nombre perteneciente a la nobleza, se apoderó del ánimo de una mujer a quien halagaba con promesas de matrimonio. Cuando ella enfermó mortalmente, el intrigante logró que testara a su favor utilizando, entre otros medios, la entrega de un testamento suyo a favor de la moribunda.

(116) Se trataba de un abogado que prevalido de su situación de confianza había inducido a una testadora a cambiar su testamento (en el que tenía nombrada heredera a una sobrina suya por la que sentía gran cariño) para instituirle a él, en vista de la “conveniencia” que supondría evitar que esos bienes quedaran afectos a las responsabilidades de que era objeto la heredera. El Tribunal Supremo manifestó que prevalido el nuevo heredero de la confianza que a la causante inspiraba como abogado y consejero; abusando de la situación de ánimo de la misma (al estar su sobrina en prisión, sometida a procedimiento penal y bajo responsabilidades políticas); y so pretexto de evitar que la referida sobrina, heredando de su tía, conforme al testamento anterior, pudiera verse privada de los bienes de la herencia, por virtud de los procedimientos que le acechaban, indujo a la testadora a dejar sin efecto el precedente testamento y a instituirle heredero a él en una nueva disposición, prometiéndole engañosamente que haría llegar los bienes de la herencia o su valor a poder de la susodicha sobrina cuando las circunstancias lo permitiesen; soslayando así el peligro que los indicados procedimientos penales representaban. Y con esto, dice el Supremo, la testadora fue víctima de una ilícita e insidiosa maquinación, obra del heredero instituido en el segundo otorgamiento, que vició por dolo el consentimiento de la causante (PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. I, p. 136).

(117) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, p. 274.

(118) Anotemos algunos supuestos: *Captación y concubinato*. La cuestión reside en determinar si se puede interpretar que las disposiciones hechas en favor del concubino pueden ser consideradas nulas por haber mediado una captación dolosa de la voluntad. Desde antiguo se

finitiva, cuando la captación desvirtúa la voluntad del testador provoca la anulabilidad del testamento.

3.2. Violencia.

1. *Concepto.* La violencia es la coerción ejercida sobre una persona con el ánimo de que ésta otorgue testamento, y comprende distintas formas:

— *Violencia fuerza:* que consiste en el empleo de una fuerza física irresistible sobre el otorgante (art. 1.267 del CC) (119).

— *Coerción o intimidación:* que es definida por el artículo 1.267 en los siguientes términos: “*Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes*”.

2. *Requisitos de la intimidación testamentaria.* La intimidación es un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en la persona o bienes del testador o de terceros. Pero no hay intimidación o amenaza cuando el que las profiere se limita a ejercitar sus derechos contra el testador. De manera tal que no habrá temor fundado que anule el testamento si el accionante amenaza al causante con ejercer correctamente un derecho propio (120).

Analicemos algunos de los conceptos expuestos:

a) *Mal inminente y grave.* En principio, la inminencia implica que el sujeto esté expuesto a sufrir un perjuicio en un tiempo relativamente breve, de modo que no pueda concurrir la autoridad o resolverse la controversia antes de que acaezca definitivamente (121). En cuanto a la “grave-

ha sostenido que el concubinato no es por sí mismo razón suficiente para anular el testamento por captación, no obstante la influencia que recíprocamente se ejercen los concubinos. Por ello, para que la disposición testamentaria en favor del concubino sea anulada se requiere que hayan mediado maniobras captatorias debidamente acreditadas. Por ejemplo, que la concubina haya alejado malévolamente a todos los parientes y amigos del testador y además que hayan existido argucias o maniobras para excluir a otras personas que hubieran sido llamadas a la sucesión.

(119) Por ejemplo, cuando se lleva contra su voluntad la mano de alguien para que firme.

(120) Por ejemplo, pidiendo la quiebra o la ejecución de una deuda legítima por valor semejante al recibido en testamento. Ello, lógicamente, ha de tratarse del ejercicio regular de un derecho, lo cual implica que la amenaza sería injusta y el testamento sería anulable bajo intimidación si por una deuda pequeña se exigiera que se legara una cantidad desproporcionadamente superior.

(121) Pero esta caracterización dependerá siempre del tipo de amenaza de que se trate; así, por ejemplo, si la amenaza consiste en dar a conocer antiguos vídeos pornográficos de la

dad” se ha optado por una valoración subjetiva, ya que se deben tener en cuenta las condiciones personales de quien sufre la amenaza.

b) *En la persona o bienes.* El mal amenazante, para que invalide el testamento, puede recaer en distintos aspectos que afectan a la vida, el honor de la familia o de la persona y/o a sus bienes (122).

c) *Personas sobre las cuales puede recaer el mal inminente y grave.* El artículo 1.267 dice que las amenazas se pueden referir a la persona (el que otorgó el testamento viciado cuya anulación se pretende), su cónyuge, ascendientes o descendientes. De todos modos, en nuestra opinión, la enumeración no es limitativa ni taxativa (123).

En resumen, el vicio de violencia, en cualquiera de sus formas, afecta a la libertad del otorgante; por tanto, el testamento dictado por violencia es un acto jurídico viciado por la falta de voluntad del disponente (124). No obstante, estimamos más adecuada, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO, la admisión de una graduación en la intensidad de la violencia, la intimidación, o el dolo; pues dichos vicios pueden oscilar entre destruir radicalmente la libre voluntad dispositiva del testador (en cuyo caso el testamento será nulo) o bien puede el referido vicio enervar la voluntad relativamen-

testadora, la entidad de la amenaza hace que el sujeto pasivo no quiera concurrir a la autoridad para revelar el hecho, o que no pueda porque el hecho que le amenaza, y del cual es autor, es en sí delictivo. Otros ejemplos serían las amenazas de las mafias; de las organizaciones de delincuentes; de secuestradores, sectas fanáticas, etc.

(122) En este orden de cosas, la amenaza sobre el derecho a la intimidad también invalidará el testamento.

(123) La interpretación del artículo 1.267 da lugar a disidencias. Para cierto sector doctrinal, cuando la amenaza recae sobre alguno de los sujetos comprendidos en el precepto, se presume que ha sido suficiente como para motivar al intimidado a otorgar el acto; mientras que si se refiere a alguien no enumerado (un hermano o un cuñado, por ejemplo), quien pretenda la nulidad deberá acreditar –además de la existencia del mal inminente y grave– que por las relaciones de amistad o afecto existentes entre la víctima y la persona a la que iban dirigidas esas amenazas se ha podido producir en el otorgante una impresión lo suficientemente decisiva como para determinarlo a realizar el acto que se le exigía. En nuestra opinión, sin embargo, no hay que probar la relación de amistad o afecto, sino el grado de intimidación que ha producido la amenaza en el otorgante violentado. Lo cual no es necesario en caso de que la amenaza recaiga sobre las personas enumeradas en el precepto, supuesto en el que se apreciaría una presunción de violencia. Aun así, llegamos más lejos en nuestras conclusiones, pues pensamos que la amenaza dirigida a un extraño puede estar comprendida dentro de la intimidación ex artículo 1.267, pero sin cargas particulares de prueba, ya que la circunstancia de que el sujeto haya otorgado el acto contra su voluntad hace presumir que la amenaza dirigida al tercero lo ha violentado suficientemente como para determinarlo a disponer en tal sentido.

(124) DE CASTRO (*El negocio jurídico*, ob. cit., p. 504) subraya que: “Si la finalidad fundamental de la nulidad del testamento otorgado con dolo, fraude o violencia es la de respetar la voluntad del testador, parece que el sistema de la nulidad absoluta es el más adecuado, pues el testamento se postula que no fue verdaderamente querido por el testador”.

te o sólo respecto a determinadas disposiciones y, en consecuencia, estimar únicamente la imperfección de éstas (125). Opinión favorable a la dualidad nulidad-anulabilidad que también es defendida por la profesora CAÑIZARES (126).

Con todo, es importante tener en cuenta el posible transcurso del tiempo y la subsiguiente convalidación del testamento otorgado mediante violencia; pues puede ocurrir que pasen muchos años entre que se dicte el testamento viciado por violencia y la muerte del causante. En ese tiempo es posible que el testador no dicte un nuevo testamento o que no revoque el viciado. Ello hace dudar sobre si el primero fue verdaderamente realizado por coacción; ya que, si hubiese sido así, resulta extraño que, desaparecido el vicio, el testador no hubiera cambiado su disposición (127). Por ello, cabe preguntarse cuál es el efecto que produce el transcurso del tiempo sobre este testamento que nació inválido por violencia o intimidación.

En la doctrina existen dos posiciones diferentes: una convalida el testamento bajo violencia por transcurso del tiempo y otra no (128). No obstante, para nosotros lo razonable sería una *solución intermedia*. Así, nuestra posición parte de entender que, si bien el mero transcurso del tiempo no convalida el testamento nulo por violencia, sí hace dudar de la existencia del vicio (129). Por ello pensamos que el testamento o legado anulable puede ser confirmado expresa o tácitamente por los herederos o le-

(125) VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho...*, ob. cit., p. 202) estima más adecuado admitir una graduación en la intensidad de la violencia, la intimidación, el fraude y el dolo: "Que pueden oscilar entre destruir radicalmente la libre voluntad o bien enervarla relativamente viciándola pero no aniquilándola, y, en consecuencia, estimar, en el primer caso, que el testamento es radicalmente nulo, o, en el segundo, anulable".

(126) "El CC en su artículo 673 califica como nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude... Con todo, la dualidad nulidad-anulabilidad se acrecienta cuando se trata de un testamento ineficaz por vicios de la voluntad." (CAÑIZARES LASO, A.: *El reconocimiento...*, ob. cit., p. 259.)

(127) También podría ocurrir que el testador comprendiera los motivos del coaccionante y decidiera dejar su disposición en aquellos términos.

(128) A) *Convalidación del testamento bajo intimidación por el transcurso del tiempo*. Un sector de la doctrina descarta toda acción de nulidad testamentaria fundada en la violencia cuando un largo intervalo de tiempo ha corrido entre que se gestó la coaccionada liberalidad y el deceso del disponente. B) *Ineficacia del tiempo para sanar el vicio de violencia*. Otro sector de la doctrina entiende que el testamento que nació nulo, por haber estado viciada la voluntad del testador bajo la coacción ejercida al tiempo de su realización (originaria), no se puede validar por el solo transcurso del tiempo entre su dictado y la muerte del testador. La única manera de mantener el contenido del otorgamiento es mediante el dictado de otro nuevo testamento, de acuerdo con las formas establecidas.

(129) Las cuestiones de incapacidad resultan indisponibles para las partes, pero "no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado" (art. 762 del CC).

gatorios que no sean sujetos activos del vicio invalidante y tengan derecho a impugnarlo (art. 1.309 del CC) (130).

4. El error en las disposiciones testamentarias: testamentos nulos por error o ignorancia.

1. *Conceptos generales.* La ignorancia y el error son vicios de los actos voluntarios que afectan al consentimiento (131). Así, la noción exacta de una cosa puede faltarnos, ya porque no tengamos ninguna idea (ignorancia), ya porque tengamos una idea falsa (error); no obstante, la valoración jurídica de estos dos supuestos es la misma, por lo que es indiferente emplear una u otra expresión.

2. *Error de hecho y de derecho.* Existen dos clases de error: de hecho y de derecho. El error de hecho se refiere al falso conocimiento sobre un hecho. El error de derecho versa sobre la existencia, contenido o interpretación de una norma jurídica. Así, en general, el principio que rige en nuestro Derecho positivo es el de la inexcusabilidad del error de derecho (132) o de la ignorancia de la Ley (art. 6.1 del CC) (133).

3. *Error de hecho obstativo y error de hecho invalidante.* En nuestro Derecho, la doctrina no diferencia entre el error de hecho obstativo y el error de hecho invalidante; pues subsume estos dos conceptos en el de “error esencial”, que se diferencia del “error accidental” (134):

(130) La confirmación debe hacerse según las reglas generales establecidas en los artículos 1.311 y siguientes del Código Civil. La confirmación tácita resulta, por ejemplo, del cumplimiento del legado por el heredero que tendría derecho a impugnarlo, si se demuestra que conocía el vicio del que adolecía, o bien si se deja transcurrir el plazo de la prescripción. En cambio, el otorgante violentado no puede confirmar el testamento impugnado, sino que es indispensable que otorgue uno nuevo, o que cambie, con las formalidades requeridas, las disposiciones viciadas.

(131) Conceptualmente el “error” consiste en creer que se conoce algo cuando en realidad se toma por cierto un conocimiento falso. La consecuencia que acarrea el haber testado con vicio de error es la anulabilidad del testamento (art. 1.265 CC).

(132) En definitiva, la ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legalmente previstos ni excusarán de la posible responsabilidad. Es decir, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa si la excepción no está preceptivamente autorizada.

(133) Este principio es sustentado a raíz de que ningún sistema jurídico resistiría que los sujetos de derecho pretendiesen exculparse afirmando que desconocían las normas jurídicas, o que estaban errados en su contenido; de ahí que se recurra a la ficción de la ley conocida por todos. Pero la regla en realidad no es la ficción mencionada, sino la obligatoriedad de la ley. Así, la **obligatoriedad de la ley**, aun cuando se la desconozca, se ve clara en materia de legítimas; ya que si el testador al momento del otorgamiento desconoce la existencia de la legítima y la vulnera, no es anulable por ello el testamento, sino que el caudal legítimo se reducirá del haber hereditario hasta alcanzar las proporciones establecidas por Ley (arts. 814 y 815 del CC).

(134) Así, el “**error de hecho esencial**” es aquél que se constituye en óbice para la producción del efecto propio de los actos que lo adolezcan. Por ejemplo, no es esencial el error sobre el nombre del heredero si se le puede identificar de otra manera (art. 773 del CC).

A) El acto viciado por **error esencial** es anulable; tal es así debido a que se presenta siempre con apariencia de validez, de lo que resulta que habrá de investigarse si tal error existe o no. Por lo demás, no sólo es requisito para la determinación de la nulidad del otorgamiento la existencia de un error esencial, sino que éste a su vez debe ser excusable; pues, para que haya mediado razón en el errar, quien realiza el acto no debe haber incurrido en negligencia alguna; es más, debe haber obrado con la diligencia debida.

B) El **error accidental** versa sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella; por lo que no invalida el acto.

Por otra parte, en relación al DERECHO COMPARADO, encontramos legislaciones extranjeras que admiten que, cuando el error afecta a la voluntad del testador, la disposición de última voluntad es anulable. Así, en cuanto a la normativa general establecida para los vicios de los actos jurídicos, la *doctrina francesa* distingue entre error obstativo, error esencial y error accidental: **error obstativo** es aquel cuya concurrencia obsta a la formación de la voluntad. Recae sobre la naturaleza del acto, sobre su objeto o sobre su causa; **error esencial** es aquel que no impide la formación del acto, aunque, como la voluntad está viciada, legitima a quien sufrió el vicio a impugnar el testamento por nulidad (135); **error accidental** es el que recae sobre las cualidades accesorias de las cosas, las motivaciones individuales, etc. Este tipo de error no acarrea la nulidad del acto (136).

Por su parte, la regulación de *los Códigos alemán e italiano* sobre el error en las disposiciones testamentarias y las elaboraciones doctrinales

(135) El error esencial recae generalmente sobre la identidad de las personas y sobre las cualidades sustanciales de las cosas. También se le denomina "error vicio del consentimiento".

(136) Del mismo modo, mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia francesas entienden aplicables a la materia testamentaria las normas sobre los vicios de la voluntad en general y las del error en particular; siempre y cuando se den los principios generales que sobre ellos establece el Código Civil. Esto es así debido a que el Código de Napoleón, en la parte correspondiente a testamentos y disposiciones testamentarias, no contiene normas que regulen los efectos que en estos actos producen los vicios de la voluntad. Por otra parte, un sector doctrinal francés, al tratar las reglas comunes a las donaciones y testamentos, advierte que no habiéndose dispuesto nada en el Código sobre los diferentes casos en los que la voluntad del disponente se halle viciada por una causa cualquiera, se aplicarán los principios generales, con las modificaciones que exige la naturaleza particular de los actos de liberalidad. Otro sector doctrinal, al tratar sobre las condiciones requeridas para la validez de estas disposiciones, señala que el error acarrea la nulidad del otorgamiento si recae sobre la identidad o la sustancia de la cosa legada o sobre la persona del beneficiario; lo que es igualmente invalidante, según la jurisprudencia francesa, cuando afecta a los móviles determinantes que incentivaron o impulsaron al disponente. Y la misma jurisprudencia, al referirse a los legados, señala como causas de su nulidad la desaparición de esa motivación impulsiva y determinante, citando el típico ejemplo del padre que instituye sucesor a un tercero creyendo equivocadamente no tener hijos.

realizadas en torno a los mismos influirán decisivamente en la doctrina española, que, de forma usual y aunque el CC no la acoja, suele aludir a la distinción entre “error vicio” y “error obstativo”, estructurando conforme a ellos la exposición de esta figura (137).

En efecto, la distinción entre una y otra categoría de error viene a corresponderse con la propuesta por SAVIGNY (138): el “error vicio”, como error en la formación de la voluntad, supone una falsa representación de aquellos hechos o circunstancias que han determinado la voluntad; mientras que el “error obstativo”, como error en la declaración testamentaria, consiste en una defectuosa emisión de voluntad, no querida ni advertida por el sujeto que la realiza: lo que expresa no se corresponde con la verdadera voluntad (139).

De acuerdo con estas ideas, se acepta también para el “error vicio” (140) la calificación de “error motivo”, toda vez que dicho error, al influir en la determinación interna de la voluntad, “la (...) induce –se dirá– a querer cosa diversa de la que hubiese querido si la noción equivocada no hubiera extraviado la mente” (141). Esta calificación no debe, con todo, llevar a confundirlo con el denominado “error en los motivos”, que alude a las razones personales, ajenas al acto jurídico, que llevan a emitir la declaración (142).

(137) En la doctrina española se ha generalizado la interpretación en clave pandectista de preceptos pertenecientes a la tradición romanista. Ello, pese a la advertencia del profesor DE CASTRO: “El intento de adaptar las disposiciones de nuestro Código a las construcciones alemanas conduce casi inevitablemente a forzar el sentido de sus preceptos” (*El negocio jurídico*, ob. cit., p. 102). Sobre el tratamiento del error y la distinción en la doctrina más reciente, véase ALBALADEJO: *Derecho Civil*, tomo I, volumen 2.º, Barcelona, 1989, pp. 211 y ss.; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte general, volumen 3.º, Barcelona, 1989, pp. 177 y ss. Ya con anterioridad, ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, tomo I, pp. 19 y ss.

(138) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., p. 19. La terminología empleada procede, con todo, de la doctrina francesa, que contrapone el error-obstáculo al error-vicio; sin embargo, el significado que suele atribuirse al primero no coincide con el de “error en la declaración” que se le otorga en nuestro país, toda vez que con él se alude a aquellos errores en la declaración que provocan disenso sobre algún elemento esencial del contrato y, en consecuencia, impiden el acuerdo de voluntades. Así, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 121.

(139) ALBALADEJO (*Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º, ob. cit., pp. 212-213) precisará –recogiendo de los propuestos ya por la doctrina alemana– los supuestos posibles de error obstativo: éste se produce, bien porque el sujeto emite una declaración no querida tal como resulta emitida, bien porque el sujeto emite una declaración que es querida tal como resulta emitida, pero que es inadecuada para manifestar la voluntad real.

(140) “Conceptualmente –señala, por su parte, ALBALADEJO (*Derecho civil*, ob. cit., pp. 216)– el error vicio funciona como motivo que determina la formación de la voluntad.”

(141) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., p. 19.

(142) ALBALADEJO: *Derecho civil*, p. 224. También GORDILLO CAÑAS: “El error en el testamento”, ob. cit., p. 801. No obstante, los puntos de referencia son distintos: mientras el “error en los motivos afecta a circunstancias extrañas a la estructura negocial, el «error motivo» se

Con todo, y aunque aparentemente la conceptualización de las diferentes categorías de error se presenta con nitidez, la ubicación de un supuesto en una u otra resulta en ocasiones problemática (143). Lo cual tiene especial trascendencia si se piensa que la razón de ser de la distinción se encuentra en los efectos que, con carácter general, se hacen derivar de uno u otro tipo de error: irrelevancia en el caso del “error en los motivos”; anulabilidad en el del “error motivo”; y nulidad en el del “error obstativo” (144).

No obstante, la aplicación de estos planteamientos al acto testamentario suscitará alguna perplejidad. El testamento tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, y ello justifica la aplicación al mismo –si bien no de forma indiscriminada o automática– de las normas generales de las manifestaciones de voluntad y, con ellas, las relativas a su invalidez (145). Pero esta afirmación tropieza con dos obstáculos en el CC: los artículos 673 y 743 (146). El primero no menciona el error entre las causas

circumscribe bien al objeto, bien al sujeto o sujetos del negocio. “Lo que constituya el motivo o causa principal tenido en cuenta (dirá DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 110) podrá ser: la sustancia de la cosa objeto del contrato, sus condiciones y la consideración de la persona.” En parecidos términos se manifiesta GORDILLO CAÑAS: “El error en el testamento”, ob. cit., pp. 801-802.

(143) “En ocasiones –señala ALBALADEJO: *Derecho civil*, ob. cit., p. 214– no queda claro si lo que se declara discrepa de lo que se quiere, o si lo que realmente hay es que, coincidiendo declaración y voluntad, se quiso aquello por error (vicio).” Algo parecido ocurrirá con la distinción entre “error motivo” y “error en los motivos”: el propio ALBALADEJO, en relación específicamente al error testamentario, dedicará un estudio orientado a demostrar que los errores esenciales, determinantes de la formación viciada de la voluntad, operan como errores en el motivo. Se recordará que, en sentido similar, se había pronunciado ya con anterioridad el legislador italiano, al omitir, en el artículo 624 del *Codice* de 1942, la referencia al *errore sugli elementi essenziali* de la disposición testamentaria y mencionar sólo *l'errore sui motivi*.

(144) Estas conclusiones, por lo que respecta a las consecuencias que derivan del error obstativo y del error vicio, no se admiten de forma unánime en la doctrina, discutiéndose el grado de invalidez que provoca uno y otro. En el sentido del texto se pronuncian DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 124-125; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil...*, tomo I, volumen 3.º, ob. cit., pp. 177 y ss.; y, con alguna reticencia, ALBALADEJO: *Derecho civil*, ob. cit., pp. 215-216. Propugnan, en cambio, la asimilación del error obstativo al error vicio determinante y el sometimiento de ambos al régimen de la anulabilidad, ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., pp. 15 y ss.; y Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1971, tomo I, p. 122.

(145) Hay que tener en cuenta –se dice– las propias peculiaridades del testamento: se trata de un negocio jurídico no recepticio y de estructura unilateral en el que predomina prevalentemente la voluntad real del otorgante; pero, por otra parte, su carácter formal determina que no se pueda prescindir del apoyo de su texto. Así, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 130.

(146) En España, doctrinalmente, se discute si resultan de aplicación a los testamentos las normas generales sobre el error como vicio de los actos jurídicos; esto es así debido a que en nuestro Derecho positivo no existe una norma que establezca la nulidad del testamento por esta causa; por el contrario, el artículo 673 del Código Civil español determina que la violencia, el

que determinan la nulidad del testamento; el segundo subraya de forma taxativa que las disposiciones testamentarias “sólo” serán ineficaces “en los casos «expresamente prevenidos» en este Código” (147).

Los referidos preceptos han dividido a *nuestra doctrina* (148): mientras para unos autores la entidad negocial del testamento, en el que domina prevalentemente la voluntad real del otorgante, exige tener en cuenta el error que vicia esa voluntad, para otros autores rige la regla de que el error en las disposiciones testamentarias no necesariamente invalida el testamento (149).

En definitiva, son importantes las peculiaridades que presenta la disciplina del testamento en relación al **error**. Estas particularidades se explican a la luz de la función que este acto está destinado a desarrollar. En efecto, el testamento trata de regular una situación jurídica en la que, como hemos visto, no existen partes contrapuestas, ni un conflicto entre intereses contratantes, ni siquiera se plantea la necesidad de proteger a un sujeto activo que a través de un acto unilateral se obliga a una prestación. El hecho de tratarse de un acto que regula la sucesión *mortis causa* y la función que, en este contexto, debe realizar explican las peculiaridades de la disciplina del testamento en referencia al error como vicio de la voluntad.

dolo o el fraude anulan el testamento (ALBALADEJO GARCÍA, M.: “El error en las disposiciones testamentarias”, RDP, año XXXII, p. 427). En tal sentido, el Código Civil español carece de una norma general sobre la nulidad del testamento viciado de error, pero posee algunas normas particulares al respecto, las cuales están íntimamente relacionadas con el artículo 743 de la citada norma legal, que reza: “*Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*”. Por su parte, dispone el artículo 767 del mismo texto legal que “*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita*”. En el mismo sentido preceptúa el artículo 862 que “*Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado. Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento*”.

(147) Dichos preceptos no tienen equivalente ni en el Código francés ni en el italiano: ello impide la solución propugnada en relación a éstos de aplicar analógicamente al testamento las normas reguladoras de la voluntad contractual.

(148) Sobre la cuestión, véase GORDILLO CAÑAS: “El error en el testamento”, ob. cit., pp. 749-753.

(149) La primera postura ha sido defendida, entre otros, por TRAVIESAS: “El testamento”, RDP, 1935, ob. cit., pp. 132 y ss.; DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 129 y ss. La segunda, fundamentalmente por ALBALADEJO, en sendos trabajos: “El error en las disposiciones testamentarias”, RDP, 1948, pp. 423 y ss., y “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”, ADC, 1954, pp. 319 y ss.; en la misma línea, y a partir de los mismos, OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, ob. cit., p. 469. Para los partidarios de esta solución su justificación viene impuesta por el propio texto legal, por lo que su adhesión a la misma no significa acuerdo o conformidad con ella.

Así, la **voluntad del testador**, en dicho contexto jurídico, *despliega una función y tiene un significado especial* que no es posible observar en materia contractual, ni siquiera en relación a los actos unilaterales *inter vivos*: la disciplina general de los vicios de la voluntad en el testamento no puede comprenderse sin acudir al principio de *favor testamenti*, que tutela de modo particular la voluntad del testador como ley de la sucesión *mortis causa*.

Con todo, las posiciones de los civilistas se encuentran divididas entre aquellos que consideran que, a semejanza de las doctrinas francesa e italiana, deberían aplicarse, respecto del error en materia testamentaria, las normas generales previstas para los vicios de la voluntad; y, por otro lado, están los que estiman que el error debe ser tratado sólo en los casos concretos que establece el Código Civil (150).

Nosotros somos de la primera opinión, y admitimos la aplicación al testamento de las normas generales sobre el error; pero teniendo en cuenta que forman parte preferente de este régimen los artículos 767, 773 y 862 del CC (151). Además, no debemos olvidar que es un sector doctrinal mayoritario el que mantiene esta postura (152); pues dado el valor que el legislador concede a la voluntad del testador no se puede negar relevancia al error como vicio de esta voluntad (153). Mas esta interpre-

(150) Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA expresa que el error debería ser tenido ampliamente en cuenta para determinar la nulidad de las disposiciones testamentarias, y no en una forma mezquina y excepcional, como lo es en el Código Civil español; dejando a salvo que el error al que se refiere es el esencial, que es el único que interesa a los fines de determinar o no la validez de un testamento (ALBALADEJO: "El error en las disposiciones testamentarias", RDP, año XXXII, pp. 427 y ss.).

(151) Algunos autores, incluso, han puesto de manifiesto, al explicar esta disciplina, la oportunidad de tener en cuenta que el testamento es un acto de disposición y liberalidad. Todo ello, pues, pone en conexión esta disciplina con el concepto de testamento como negocio jurídico de última voluntad, por el que se regula la sucesión *mortis causa* de los intereses patrimoniales de un sujeto.

(152) Son de esta opinión, entre otros, CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pp. 112 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A.: "El error en el testamento", en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 747 y ss.; y TRAVIESAS, Miguel: "El testamento", ob. cit., pp. 132 y ss.

(153) La doctrina española mantiene un vivo debate sobre la relevancia que el Código Civil concede al error como vicio de la voluntad testamentaria. Así, algunos autores opinan que no tiene relevancia el error en materia de testamento, fundamentalmente porque el artículo 673 del CC no lo incluye entre los vicios de la voluntad testamentaria (la violencia, el dolo y el fraude) y el artículo 743 del CC declara la ineficacia del testamento sólo en los casos expresamente previstos por la ley (OSSORIO MORALES, J.: *Manual de la sucesión testada*, ob. cit., Madrid, 1957, p. 469). Según estos autores, a esta interpretación llevarían los artículos citados, independientemente de la lógica oportunidad de ofrecer una disciplina diversa a las hipótesis del error en la voluntad testamentaria, como argumento de *lege ferenda*. Esta doctrina, no obstante, ha observado la falta de justificación y fundamento del tratamiento que el legislador ofrece sobre el error en el testamento. Todo lo cual nos lleva a pensar que, aun sosteniendo esta interpretación de la regulación del error en el testamento, no podrá extenderse más allá de los

tación lleva a considerar aplicable al instituto del error en el testamento el régimen jurídico del error-vicio en el contrato.

El artículo 773 del CC se refiere, según el anotado sector doctrinal, al error en el testamento y el artículo 767 al falso motivo en el testamento, como disciplina particular de este acto. Por lo demás, el fundamento de estas normas se encuentra esencialmente en la especial tutela que la ley concede a la voluntad testamentaria; y no sólo por tratarse de una voluntad en relación a la cual no cabe valorar el principio de autorresponsabilidad y de confianza en base a las expectativas creadas en terceros, sino, además y sobre todo, por la especial relevancia que el legislador atribuye a la voluntad del sujeto en relación a su propia sucesión *mortis causa*. De ello deducimos que esta normativa será aplicable a cualquier disposición del testamento con naturaleza de negocio patrimonial y *mortis causa*.

En conclusión, pensamos que el silenciamiento del error testamentario en el CC, y especialmente en su artículo 673, obedece a un interés del legislador por mantener en lo posible la expresión de voluntad testamentaria, al amparo del *favor testamenti*, tendente a evitar la sucesión intestada; dado que al impugnarse el testamento éste no puede repetirse otorgando otro el difunto testador (154). Por lo que la no mención en el Código al error en el contenido de las disposiciones testamentarias es una omisión intencionada, que admite tácitamente la aplicación general de las distintas categorías del error al ámbito de los actos jurídicos *mortis causa*.

5. Efectos de la declaración de nulidad de los testamentos (155).

La nulidad priva al testamento de los efectos normales; es decir, de aquellos efectos que constituían la intención del testador al dictarlo (la causa subjetiva). En consecuencia, la nulidad del testamento origina una

casos para los que la ley la ha previsto (institución de heredero y nombramiento de legatario). Son de esta opinión, entre otros, CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pp. 112 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A.: "El error en el testamento", en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 747 y ss.; y TRAVIESAS, Miguel: "El testamento", ob. cit., pp. 132 y ss.

(154) No obstante, de alguna sentencia (STS de 10 de febrero de 1942) parece deducirse que podrá resultar ineficaz la disposición cuando el motivo inexacto o falso, reflejado en el testamento, fue la razón decisiva o determinante de ella, en el sentido de que el enlace o conexión causal fue tal que debe presuponerse que de no haber existido dicha inexactitud no se hubiera incluido la disposición. Sobre el tema de la incidencia del error en el testamento se han producido otras aportaciones y puntos de vista: así, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 128 y ss.; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, v., ob. cit., pp. 261 y ss., y GORDILLO CAÑAS: "El error en el testamento", ob. cit., pp. 747 y ss.

(155) *Efectos de la nulidad de los actos jurídicos*. Por efectos de la nulidad de los actos jurídicos se entienden las consecuencias jurídicas que produce la declaración de nulidad. El principio general es que la declaración de nulidad de los actos jurídicos retrotrae las cosas al estado anterior al otorgamiento del acto anulado.

sanción que recae sobre los beneficiarios (herederos, legatarios, etc.), sanción que consiste en la negación de la transmisión de los derechos *post mortem* y las consiguientes restituciones, si el testamento había comenzado a ejecutarse.

Por lo demás, **la nulidad del testamento produce efectos hacia el pasado y hacia el futuro:**

a) *Hacia el pasado* procurando devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de su otorgamiento. En materia testamentaria, este retrotraer las cosas al momento anterior tiene una doble importancia: si el testador había otorgado testamento con anterioridad, éste recobrará su valor (156); por el contrario, el causante quedará intestado si no había testado antes o después del dictado del testamento nulo (157).

b) Del mismo modo, el efecto de la nulidad del testamento se proyecta *hacia el futuro*, porque el acto no tendrá validez para transmitir derechos *mortis causa*. Por este motivo resulta importante destacar que el testamento anulable, mientras no sea declarado tal, conserva toda su eficacia; pero luego que se dicte la sentencia anulatoria, ésta retrotrae los efectos al momento de la nulidad.

Sin embargo, como sabemos, hay ciertos efectos que no desaparecen con la declaración de nulidad del testamento, como es el reconocimiento de hijos (art. 741), salvo que se tratara de la nulidad de un testamento otorgado por un demente (158).

(156) A pesar de la recuperación del testamento anterior, la nulidad puede afectar sólo a unas cláusulas y dejar el resto como válidas. Sería, por ejemplo, el caso del reconocimiento de un hijo, en virtud del artículo 741 del CC. Al respecto, véase CANIZARES LASO, Ana: *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Montecorvo, Madrid, 1990.

(157) Veámoslo con un ejemplo: si el otorgante había redactado un testamento nombrando única y universal heredera a su concubina y posteriormente dicta otro, que se declara nulo, instituyendo heredero a su secretario, la anulación del segundo testamento hace renacer la expectativa hereditaria de la concubina. Por otra parte, si testó en favor de su concubina y el testamento se anula sin que exista otro otorgamiento precedente la sucesión se deferirá por voluntad de la ley (art. 658 CC). En este sentido, la retroacción de los efectos del testamento tiene mayor importancia cuando se trata de una nulidad total del testamento; pero si sólo se anula un legado o una disposición la retroacción se vinculará más con el momento de la muerte del causante (apertura de la sucesión) y no con el momento del dictado del acto. En tal sentido, si se anula el legado por el cual se deja a un sobrino cierta cantidad dineraria, el momento del fallecimiento del causante determinará quién se beneficiará con el legado en caso de que exista derecho de acrecer.

(158) En efecto, la doctrina tradicional señala que los actos realizados por un demente son inválidos, ya sean de carácter patrimonial o extrapatrimonial; el demente judicial no puede realizarlos porque es incapaz, y el representante no puede hacerlo en su nombre porque son actos personalísimos (art. 670). El fundamento de esta solución es proteger al incapaz de aquellos actos cuyo alcance no pueda comprender. Pero si el demente temporal está en un intervalo lúcido puede, como hemos visto, dictar testamento y también reconocer hijos.

1. *Efectos de la sentencia de nulidad entre partes.* Los efectos de la nulidad del testamento en relación con las partes varían según que el acto se hubiere ejecutado o no, a saber:

Si se declara la nulidad del testamento antes de que éste se hubiere ejecutado, los herederos, legatarios y demás beneficiarios del testamento anulado no podrán pretender su cumplimiento. Por el contrario, si el caudal hereditario del testamento anulado hubiera sido ya repartido, esta partición debe ser modificada. Del mismo modo, si en virtud del testamento nulo un heredero ha entrado en posesión de la herencia debe restituir los bienes a quien corresponda.

2. *Efectos respecto del cesionario.* Si quien ha devenido heredero en virtud de un testamento nulo ha cedido la herencia debe también responder ante el cesionario por evicción, ya que el cedente garantiza su calidad de heredero (art. 1.280-4.º del CC), salvo que los derechos hereditarios hayan sido créditos cedidos como litigiosos o dudosos (arts. 1.535 y ss. del CC).

3. *Efectos respecto de terceros.* En nuestra opinión, aunque no lo recoja expresamente el Código, frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso los actos de disposición de la herencia serán siempre válidos, tenga o no buena fe el heredero aparente. Frente a terceros también serán válidos los actos de administración de la herencia realizados por el heredero aparente excluido del efecto de la acción de nulidad, siempre que éste haya entrado en posesión de la herencia (159).

4. *La obligación de indemnizar.* El testamento anulado puede dar lugar a la reparación de daños y perjuicios, si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil; es decir, que se haya causado un daño, que éste sea cuantificable, que guarde adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica concretada en el testamento inválido y que el que recibe el bien en virtud del testamento anulado haya actuado con culpa o dolo. De acuerdo con esto, la acción de nulidad es diferente de la acción de daños y perjuicios y, en consecuencia, puede promoverse independientemente.

5. *Efecto de la acción de nulidad por condiciones prohibidas.* Según el artículo 792 del Código Civil, las condiciones prohibidas, imposibles o ilícitas anulan la disposición que las impone (160). Ello implica, por ejemplo, que, si en virtud de una disposición testamentaria prohibida se hubie-

(159) Entendemos que el heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros de buena fe. Es decir, que si el heredero aparente ha realizado un contrato afectante al haber hereditario, dicho contrato debe ser respetado, salvo que el tercero sea de mala fe.

(160) En esto el codificador se aparta del Derecho francés, que consideraba inválida la condición, pero no invalidaba la disposición testamentaria que la contenía.

re recibido algún bien, se aplicarán los mismos efectos que hasta aquí venimos señalando y se deberá restituir el bien, sus frutos y/o sus gastos, según el caso.

6. *Efectos de la declaración de nulidad del testamento por defecto de forma.* La declaración judicial de nulidad del testamento por defecto de forma tiene, o puede tener, un alcance distinto del producido por otras causas. En la nulidad por inobservancia de formalidades puede haber lugar a la responsabilidad del notario autorizante, lo que no acontece cuando son otras las causas de nulidad (161).

A) Restitución de los bienes hereditarios.

La sentencia de nulidad del testamento tiene efectos propios y es causa directa de la obligación restitutoria. Así, quien haya recibido bienes en virtud de un testamento declarado nulo debe restituirlos a las personas a las que pase la herencia (art. 1.303). Esta restitución comprende los siguientes aspectos (162):

a) Bienes y frutos.

1. *Recibidos a título de heredero.* Frente a los nuevos herederos la restitución dependerá de si el excluido ha entrado o no en posesión de la herencia. Si ha entrado en posesión de la herencia le serán aplicadas las reglas del heredero aparente; por consiguiente, en principio, deberá restituir el bien. Pero si lo ha vendido a un tercero de buena fe deberá sólo restituir el precio; si la transacción ha sido de mala fe deberá además los daños y perjuicios (arts. 1.094 y ss. y 1.305 y ss. del CC).

2. *Recibidos a título de legatario.* El legatario no puede ser considerado heredero aparente y, por tanto, deberá restituir la cosa, salvo que la hubiese vendido a un tercero de buena fe, en cuyo caso deberá realizar una reparación sustitutiva, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1.303 y ss. del Código Civil.

En relación con los **frutos** habrá de distinguirse si el beneficiario es de buena o mala fe (arts. 430 y ss.). Por ejemplo, si el testamento fue dictado con vicio de dolo, provocado por quien lo recibió, ninguna duda cabe

(161) La **responsabilidad** del notario o funcionario autorizante viene regulada en los artículos 705 y 715 del CC.

(162) La devolución puede reclamarse (acción de petición de herencia) de forma subsidiaria y acumulada a la petición de nulidad, o puede pedirse independientemente, pero con posterioridad al ejercicio de la acción de nulidad.

de que será un poseedor de mala fe y se aplica, por tanto, lo dispuesto por el artículo 455 del Código Civil (163). Por lo demás, en principio, la restitución de los bienes hereditarios incluye las **mejoras** efectuadas en ellos (164).

b) Excepciones a la obligación de restituir.

En nuestra opinión, si la obligación tiene por objeto cosas consumibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe. Pues, por ejemplo, si el haber hereditario consiste en una suma de dinero, o en otra cosa que se consuma por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor que la haya consumido de buena fe. Del mismo modo, si se hubiere consumido de buena fe el legado de alimentos, no se debe restituir bien alguno. Aquí el límite está dado por el consumo de buena fe; si ésta no medió habrá que restituir, como también habrá que hacerlo si se produce un enriquecimiento sin causa.

B) ¿A quién beneficia la nulidad?

Hemos afirmado que la acción de nulidad del testamento tiene como efecto hacer reingresar los bienes a la masa hereditaria y, en su caso, los frutos o el valor que hubiere salido del caudal relicto en virtud de la disposición nula. La pregunta que nos hacemos ahora es: ¿A quién beneficia la declaración de nulidad del testamento, del legado o de la institución hereditaria? La respuesta no es única; es variada y dependerá de la nulidad de que se trate y del tipo de disposición. Veámoslo:

1. *Nulidad del legado.* La nulidad de los legados, en principio, beneficiará al heredero, en virtud de lo dispuesto por los artículos 887 y 981

(163) En definitiva, el poseedor de mala fe está obligado a entregar o pagar los frutos que hubiese percibido y los que por su culpa hubiera dejado de percibir el poseedor legítimo.

(164) En este sentido el tenedor de la herencia debe entregar los bienes hereditarios con los **accesorios y mejoras** que éstos hubiesen recibido. Respecto de los gastos, el poseedor de buena fe obligado a restituir la cosa a consecuencia de la anulación del acto tiene derecho a cobrar el importe de los gastos necesarios y útiles efectuados en la misma y aun a ejercer la retención de la cosa hasta que tales gastos le sean abonados (art. 453 del CC). Pero no es acreedor de los gastos hechos para la simple conservación de la cosa en buen estado, pues son compensables con los frutos percibidos (art. 451 del CC); ya que usó de la cosa como dueño, por lo que naturalmente debió conservarla en buen estado o con la debida diligencia. Por otra parte, el que hubiere recibido de mala fe bienes hereditarios en virtud de un testamento anulado “tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe” (art. 455 del CC). Pero estas mejoras de lujo o de embellecimiento puede retirarlas el poseedor de mala fe si al hacerlo no causa deterioro a la cosa.

y ss. del Código Civil. Por ejemplo, la nulidad de un legado por indeterminación del legatario va a beneficiar a todos los herederos, no sólo al que interponga la acción de nulidad. No obstante, en nuestra opinión, si existiendo colegados se dieran los presupuestos del derecho de acrecer (art. 987) o existiera una sustitución legataria, la nulidad del legado (por ejemplo, por incapacidad del legatario) beneficiará al colegatario y no al heredero, aun cuando éste haya interpuesto la acción de nulidad. Ello es así porque el ejercicio del derecho de acrecer supone que la cosa legada lo ha sido íntegramente a cada uno de los colegatarios (art. 891, por ejemplo), y si ellos no pueden hacer efectivo su derecho al todo será porque se les opone otro derecho igual; pero desapareciendo este obstáculo por incapacidad del colegatario el derecho de acrecer se ejerce plenamente (165).

2. *Nulidad del testamento.* Si se declara la nulidad absoluta del testamento, la misma beneficiará a los herederos abintestato, testamentarios, o al Estado, según los casos (art. 658). Por ejemplo, si se anula un testamento y existe otro anterior, dicha declaración beneficiará a quienes hayan sido instituidos en el testamento anterior; o, si no existe otro testamento, se abrirá la sucesión intestada y, en último caso, de no haber herederos, los bienes irán al Estado (arts. 956 y ss. del CC).

3. *Nulidad de la institución por incapacidad del heredero.* Parte de la doctrina sostuvo que la declaración de nulidad testamentaria por incapacidad del sucesor sólo beneficiaba al heredero que la había impugnado. Sin embargo, en el derecho moderno, la incapacidad afecta a las expectativas hereditarias en general; pues el incapaz no puede adquirir válidamente la herencia (art. 755). Por lo que si el incapaz es un heredero testamentario, corresponderá heredar, según los casos, al sustituto vulgar, al heredero intestado o a quien tenga derecho de acrecer. Hay que tener en cuenta, no obstante, que la incapacidad sucesoria no impide que el testamento sea perfecto y, por tanto, con virtualidad revocatoria de otro anterior, de modo que, a falta de sustitución vulgar o de derecho de acrecer, se abre la sucesión intestada (166).

6. Nulidad y solemnidad.

A la pregunta de si cabe excluir alguna solemnidad de la sanción de nulidad, la respuesta afirmativa surge del *favor testamenti*, principio que

(165) Distinto es el caso cuando la nulidad del legado lo es por condiciones prohibidas, imposibles o ilícitas; caso en el cual se anula la manda y no surge el derecho de acrecer ni es posible la sustitución. Aquí, la nulidad del legado beneficia al heredero (art. 888 del CC).

(166) PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, p. 69.

tiene varias manifestaciones en nuestro Código, entre ellas: la admisión de la nulidad parcial, por afectar sólo a disposiciones concretas y mantener el resto del testamento (art. 786); la conversión del testamento cerrado nulo en ológrafo; la compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada (arts. 764 y 912.2.º); así como la disposición contenida en el artículo 743 (no hay más nulidad que “en los casos expresamente prevenidos en este Código”). Manifestaciones, en fin, tendentes todas ellas a salvar el testamento, y que parecen contradecir la posibilidad de que cualquier deficiencia formal pueda invalidarlo (167).

Pues bien, como dijimos, nuestra jurisprudencia, a pesar de declarar en una serie de sentencias que todo defecto formal provoca la nulidad del testamento (168); en otras, en cambio, ha excluido expresamente como causa de nulidad la falta de algunos requisitos de forma. Por ello, se ha discutido sobre la existencia o no de diversos grados en la invalidez de los testamentos y en las concretas disposiciones testamentarias (169). Así, se ha planteado, sobre todo, si cabe distinguir, entre las causas de invalidez del testamento, unas que reclamen una sanción más grave que otras; unas que hagan nulo al testamento y otras que lo hagan anulable. Por lo que desde hace tiempo, tal vez por influencia del Derecho alemán y del italiano, se admite la existencia de un régimen plural en materia de invalidez del testamento y de sus disposiciones (170). En efecto, ya TRAVIE-

(167) Una postura que claramente discrimina las deficiencias de la nulidad del testamento es la ya comentada del **Derecho italiano**, en la que se distingue entre defectos formales que dan lugar a la nulidad y defectos formales que dan lugar a la anulabilidad (art. 606 del *Codice Civile*). También es la postura de la Ley Uniforme (Convención de Washington de 1973), que contiene la distinción entre formalidades que dan lugar a la nulidad y que no dan lugar a ella.

(168) SSTs de 23 de mayo de 1905, 19 de junio de 1958 (R. 2163), 10 de junio de 1966 (R. 3933), 6 de febrero de 1968 (R. 733), 6 de febrero de 1969 (R. 648) y 8 de marzo de 1975 (R. 986).

(169) Considerando que la jurisprudencia parece orientarse en ese sentido (STS de 26 de noviembre de 1958), preconiza LACRUZ un sistema plural de invalidez, al que habría que aplicar supletoriamente las normas de los contratos. Este sistema contendría las siguientes categorías:

1. “Una nulidad insanable, a veces próxima a la inexistencia”, en los casos de falta de forma fundamental (por ejemplo, autografía y firma en el testamento ológrafo o falta de notario en el público); de infracción de prohibiciones (las de los arts. 669 y 670); o de falta absoluta de consentimiento (incluida la falta de capacidad natural).
2. “Una nulidad por vicios de forma”, sin que se puedan “aplicar por analogía los plazos de prescripción propios de los vicios de la voluntad, ni el negocio [sea] susceptible de confirmación”, aunque “la acción de nulidad prescribe, de modo que el testamento llega a ser válido”.
3. “Una impugnabilidad por vicios materiales o defecto no sustancial de capacidad del otorgante, del género de la anulabilidad de los contratos”. En cuyo caso “el testamento puede producir efectos mientras no se anule, y adquirir validez por el transcurso del tiempo, por la ejecución voluntaria de sus disposiciones por los herederos con derecho a impugnarlo, renuncia a la acción, etc.” (LACRUZ: “Derecho de sucesiones”, t. V, *Elementos de Derecho civil*, ob. cit., pp. 256 a 262).

(170) Esta tendencia ha cristalizado en la **Ley aragonesa** 1/1999, de Sucesiones, que, en sus artículos 108 y siguientes acoge la categoría de la anulabilidad testamentaria.

SAS proclamaba la anulabilidad para el testamento afectado de vicio de voluntad (dolo, por ejemplo), así como la posible confirmación de éste *por mor* “del mismo principio en virtud del cual puede ser confirmado un contrato, aunque el Código no haga mención de esa confirmación testamentaria” (171). También son de esta opinión CASTÁN (172) y OSSORIO (173), aunque sin haber aclarado suficientemente sus posturas (174).

Con mayor detenimiento y alcance se han pronunciado a favor de una pluralidad de grados de invalidez y, por tanto, a favor de la anulabilidad, la doctrina representada por LACRUZ (175), PUIG BRUTAU (176), ALBALADEJO (177) y VALLET. Admitiendo este último la dualidad de grados de invalidez, pero en cuanto a los vicios de la voluntad estima más adecuada “una graduación de la intensidad de la violencia, la intimidación, el fraude y el dolo, que puede oscilar entre destruir radicalmente la libre voluntad o bien enervarla relativamente” (178); por tanto, en el primer caso, el testamento sería nulo y en el segundo anulable (179).

(171) TRAVIESAS: “El testamento”, RDP, XXII (1935), ob. cit., pp. 77 y 78.

(172) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, volumen 2.º, pp. 446 y ss.

(173) OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testamentaria*, pp. 475 y ss.

(174) Comparte esta opinión CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., pp. 38 y 39, n. 104.

(175) “... pues el hecho de no ser la del heredero la voluntad viciada no tiene por qué influir sobre tal diferencia de valoración”. Y añade: “es más: que el tratamiento de los casos de invalidez tenga que ser más selectivo en los actos *mortis causa* lo impone la diversidad, más patente en ellos, entre el instrumento, el negocio y las singulares disposiciones”. Es más, “parece preciso distinguir un grupo de defectos del testamento que en el contrato tienen un trato más estricto (defectos de capacidad y vicios de la voluntad: plazos más breves de impugnación y círculo más limitado de impugnantes) y otros de mayor alcance”. (LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, ob. cit., pp. 256 a 262.)

(176) PUIG BRUTAU acepta la distinción hecha por LACRUZ y la reconduce al terreno de la convalidación. Para él, efectivamente, habría unos casos en los que los interesados podrían renunciar a la acción de impugnación, en cuyo caso el testamento podría quedar convalidado (supuestos de anulabilidad); mientras que habría otros en los que aquella renuncia no es suficiente para convalidar el testamento (supuesto de nulidad radical), y sólo considerando la aceptación del testamento como un contrato entre los interesados podrían obtener eficacia las disposiciones del testamento, pero no por su propia fuerza, sino por la del contrato (PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 2.ª ed., pp. 194 y 195).

(177) Para ALBALADEJO, el testamento otorgado con vicio de voluntad será anulable y todos los demás supuestos darán lugar a la nulidad. En tal sentido, rechaza que los defectos de forma den lugar a la anulabilidad y considera insostenible el argumento que defiende la convalidación del testamento nulo por defecto de forma tras la aceptación de éste por los interesados [ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho civil*, V (ed. 1994), ob. cit., pp. 362 y ss.].

(178) VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, ob. cit., pp. 192 y ss. (en especial las pp. 202-209, en las que el autor profundiza en cada uno de los vicios de la voluntad, en cuanto a la intensidad en la que se puede dar, dando lugar a anulabilidad o nulidad).

(179) Toda esta corriente, favorable a la dualidad del régimen de la nulidad del testamento, ha sido criticada por CAPILLA, que declara: “la valoración general que merecen estas opi-

7. La imperfección parcial del testamento.

En nuestra opinión, es factible la imperfección parcial del testamento; que viene a identificarse con la consideración de inexistencia de la parte afectada (“se tendrá por no puesta”). Así se reconoce en algunos preceptos (arts. 750, 752 y 814) y, singularmente, en el artículo 786. No obstante, como señala Díez-PICAZO, la sanción de nulidad será absoluta “si se demuestra que el testador no quería el resto de sus disposiciones sin la parte nula” (180).

Con todo –dice CAPILLA–, hay que tener en cuenta que la norma que exige una determinada forma al negocio jurídico, o el cumplimiento de un preciso requisito formal, no se establece para proteger un interés particular, como la norma que sanciona el dolo o la violencia, sino que se prescribe por motivos de interés general (181). No obstante, nosotros no compartimos esta opinión; pues también hay tutela o tuición jurídica respecto del interés del testador y de los beneficiarios.

No obstante, la protección del interés general –continúa CAPILLA– es lo que justifica la aplicación de la sanción de nulidad. La anulabilidad, por el contrario, queda reservada a los casos en los que el interés es individual (182). A nuestro entender, la legitimación para ejercer la impugnación parcial del testamento, al ser más amplia que la ostentada para pedir la nulidad total del testamento, ofrece un plus de garantía y seguridad jurídica.

En efecto, la acción de impugnación por imperfección parcial sirve para proteger al incapaz o al afectado de un vicio en el consentimiento (en nuestro caso sería el testador, como interesado individual o subjeti-

niones [...] es a mi juicio negativa, no ya por las conclusiones que puedan alcanzar [...], sino fundamentalmente por el modo en que el asunto es analizado y tratado”. En resumen, tres son, para él, los puntos débiles en la exposición de aquellos autores. Primero, que sus razones “descansan en la intuición o en la pretendida evidencia de la disparidad de situaciones”. Segundo, que “la intuición o la evidencia se proyecta sobre la disparidad de las causas de invalidez [...] para efectuar la opción entre los diversos regímenes de ineficacia”, siendo así que “cada autor acaba identificando diferentes supuestos como causas de anulabilidad”. Y tercero, que “la calificación de la ineficacia de los testamentos como nulidad o anulabilidad [...] acaba constituyendo un apriorismo del que se extraen importantísimas consecuencias prácticas, sin base legal suficiente para ello”. Se refiere, en concreto, al plazo de prescripción (o caducidad) concedido por LACRUZ y por VALLET a la acción de anulabilidad de cuatro años, y que lo toman del artículo 1.301 del Código Civil. También utiliza el argumento interno que se desprende de la poca confianza que a sus defensores parece ofrecer la admisión de la categoría de la anulabilidad, al no llegar a obtener de esa afirmación todas sus consecuencias. Así, por ejemplo, cita a ALBALADEJO, el cual no llega a atribuir a la acción de anulabilidad el plazo de cuatro años, y le concede el de quince (CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., pp. 38 y ss.).

(180) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., 8.ª edición, 2001, p. 408.

(181) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., pp. 28 y ss.

(182) CAPILLA RONCERO: “Nulidad e impugnabilidad...”, ob. cit., pp. 28 y ss.

vamente, pero su aplicación fáctica es sólo posible a través de la revocación); por su parte, la acción ejercida en virtud del artículo 673 amplía la legitimación y sirve a los intereses de los perjudicados por el testamento impugnado (los beneficiarios *ab intestato* o por un testamento anterior); y ello *por mor* de la **generalidad** y la **seguridad** jurídica. Dicho con otras palabras, la legitimación activa que se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia, en materia de nulidad del testamento (ex art. 673) es amplia (183); pero se complementa e integra con la legitimación activa ante la imperfección parcial del testamento, por invalidez de alguna concreta disposición que afecte a algún interesado; legitimación que generaliza los posibles impugnantes y aporta mayor **garantía** jurídica.

Con todo, autores partidarios de la diversidad de grados, como LACRUZ (184), reservan la sanción de nulidad indubitadamente para los vicios de forma. Y el Tribunal Supremo, como ya hemos referido con la mención de algunas sentencias, relativas a defectos formales (185), aplica la sanción de nulidad absoluta, sea cual sea el defecto formal padecido por el testamento (186).

Así, en nuestra opinión, es posible la imperfección parcial del testamento, como categoría de la posible invalidez de alguna disposición (187); pues nuestro Código no dice que todo defecto de forma sea causante de nulidad total, sino sólo la inobservancia de solemnidad (art. 687), entendiendo ésta como conjunto de formalidades tendentes a proteger la eficacia del acto libre y voluntario y dotarlo de certidumbre en su nacimiento y objeto. Así, fuera del campo de la forma, el Código Civil dispensa de nulidad absoluta a algunos vicios: por ejemplo, el artículo 767 dice que la expresión de causa falsa en la institución de heredero o legatario será considerada como no escrita, salvando de este modo el testamento en su conjunto. Como advierte COSSÍO, contrasta “la radical postura anulatoria adoptada por el Código Civil cuando se trata de un defecto de solemnidad [...] con la gran flexibilidad con que se regulan las nulidades derivadas de la infracción de disposiciones materiales” (188).

(183) STS de 13 de julio de 1989.

(184) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, ob. cit., p. 288 (ed. 1981), p. 258 (ed. 1993); y, en el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho civil*, tomo V, ob. cit., p. 363.

(185) SSTs de 24 de octubre 1963 (R. 4157), 27 de septiembre de 1968 (R. 5163) y 21 de junio 1986 (R. 3788), entre otras.

(186) Incluso la **Ley aragonesa** de Sucesiones acoge la anulabilidad sólo para la falta de capacidad natural y para los vacíos de voluntad (arts. 108 y 109).

(187) DíEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., 8.ª edición, 2001, pp. 408 y ss.

(188) DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1975 y 1988, ob. cit., p. 534.

Por su parte, la nulidad por inobservancia de solemnidad la establece genéricamente el Código Civil en el artículo 687, para todo testamento, y en los artículos 705 y 715 específicamente para los testamentos abiertos y cerrados. A saber:

El **artículo 705**, que procede del artículo 702 (189) del Anteproyecto de 1888, determina, en la versión de la segunda edición del Código Civil, más benévola con el Notariado que la primera (190), lo siguiente: *“Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños producidos que sobrevengan, si la falta proceder de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”*. Siendo ésta la ya comentada sanción al notario.

El **artículo 715 CC**, que procede del artículo 714 (191) del Anteproyecto de 1888 (192), establece: *“Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probara que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento”*.

Y, retomando nuestro comentario precedente, cabe plantearse, en caso de impugnación, qué resolución adoptaría un juez si lo contenido dentro del pliego cerrado no estaba redactado de puño y letra, sino a máquina, pero estuviese absolutamente claro lo dispuesto por el testador y estuviese firmado o rubricado por éste; ¿debería ser tenido en cuenta como declaración de voluntad? En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa, pues la norma preceptuada en el artículo 715 no es excepcional, sino la expresión de una concreta situación, que debe tener una solución razo-

(189) “Será nulo el testamento abierto en que no se hayan observado las solemnidades que quedan establecidas para cada caso; y si hubiere intervenido Notario, éste será responsable de los daños y perjuicios.”

(190) En la primera edición decía el artículo 705: “Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades que quedan establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan”.

(191) “Será nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las solemnidades prevenidas en esta sección, y el Notario autorizante será responsable de los daños y perjuicios. Valdrá sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador.”

(192) El artículo 715 de la primera edición del Código tenía la misma redacción que el artículo 714 del Anteproyecto de 1888, siendo en la segunda edición cuando se añadió el segundo párrafo y el final del primero.

nable por parte del legislador, pero que no es la única planteable, siendo el operador jurídico el que debe dar cauce análogo a los diversos supuestos fácticos. Por lo que, por prescripción legal, es nulo el testamento en cuanto a testamento cerrado, pero podrá ser válido como ológrafo, como declaración de herederos o como manifestación de última voluntad del otorgante.

Por lo demás, aparte de estos preceptos, el Código Civil no contiene otros, referentes a la nulidad, que no sean los relativos a la invalidez (193) de determinadas disposiciones testamentarias (194). Porque, aunque existe una sección cuya rúbrica es "De la revocación e ineficacia de los testamentos" (lib. III, tít. III, cap. I, sec. décima), en la que cabría esperar que la nulidad fuera recogida, lo cierto es que ninguno de sus artículos la regula y el único que se refiere a la ineficacia en general (y a la nulidad, dentro de ella) es el 743.

A la vista de todo ello, bien puede decirse que nuestro Código no contiene una regulación general sobre la imperfección de los testamentos. Como consecuencia, la doctrina ha encontrado muchas dificultades para construir un sistema adecuado. Así, CAPILLA RONCERO pone de manifiesto que no existe una sistemática general que haya sido comúnmente aceptada, "no habiéndose producido, respecto al testamento, un fenómeno similar al que, sin embargo, sí se ha producido respecto del contrato o, más general, respecto del negocio jurídico" (195). Con todo, ha sido por medio de la incardinación sistemática del testamento dentro del concepto del negocio jurídico como se ha tratado de salvar la insuficiencia normativa.

(193) Los términos "invalidez" e "ineficacia", ya sean referidos al testamento, al contrato o al negocio jurídico, no tienen un significado preciso en el Código, ni en la doctrina. Así, respecto a la ineficacia, los significados otorgados suelen ser dos: en el primero "ineficacia" significa la ineptitud que presenta un negocio para producir sus efectos propios por la causa que sea; en el segundo, "ineficacia" significa esa misma ineptitud, pero por causas distintas a la falta de los requisitos exigidos para la validez. Respecto a la invalidez, su contenido abarca los supuestos de nulidad y de anulabilidad. Sobre la cuestión terminológica, véase DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 462 y ss.; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, tomo I, volumen 3.º, ob. cit., Barcelona, Bosch, 1990, pp. 270-271; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 8.ª edición, Madrid, 1992, ob. cit., p. 567; LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil*, Madrid, 1995, I, ob. cit., p. 477; Díez-PICAZO: "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", ADC, XIV (1961), pp. 820 y ss.

(194) Artículos 737, párrafos 2.º, 750, 752, 753, 754, 755, 781, 785, 792, 794, 813, 862, 865, etcétera.

(195) CAPILLA RONCERO, Francisco: "Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido", ADC, XL (1987), ob. cit., p. 4. En otro lugar afirma CAPILLA: "La ineficacia del testamento en nuestro Derecho se encuentra parcial, fragmentaria e insuficientemente regulada. Y, por consiguiente, se plantean los lógicos problemas de integración del exiguo régimen jurídico de la ineficacia del testamento" (idem, pp. 17 y 18).

En nuestra opinión, paso previo para la justificación de los grados de invalidez para los vicios del otorgamiento (unos que dieran lugar a nulidad absoluta y otros a imperfección parcial) es la inexistencia de nulidad absoluta ante algunos defectos insustanciales o ajenos a la cabal voluntad del testador o a preservar su voluntad (196).

En Derecho Foral, para el Código de Sucesiones por causa de muerte de **Cataluña**, en caso de que exista un codicilo (197) o una memoria testamentaria afectada de deficiencia formal la nulidad del codicilo no implica la del testamento; aunque sí al revés (198). En Derecho común puede hablarse de imperfección parcial en el caso de que, en el testamen-

(196) En este sentido, el Código de Sucesiones por causa de muerte de **Cataluña** (al que sigue la Ley aragonesa de Sucesiones en su art. 108) en su artículo 125 establece: “*La falta de expresión de la hora no anulará el testamento si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha*”. Bien se ve que la dispensa no se hace de modo absoluto al referido defecto, sino en determinada circunstancia: que no se haya otorgado otro testamento en el mismo día.

(197) El *codicilo* es el acto de última voluntad que, sin revocar el testamento, le adiciona algo o modifica sus disposiciones y que requiere de las mismas formas y solemnidades que éste. A diferencia de la memoria testamentaria, no necesita de una mención expresa en el testamento que adiciona o modifica. Al respecto, preceptúa el artículo 122 del Código de Sucesiones por causa de muerte de **Cataluña**: “Por el codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en capítulos, adiciona o reforma parcialmente su testamento o, en su caso, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos abintestato. También puede designar beneficiario de seguros de vida o modificar su designación”. “En codicilo no puede instituirse heredero, revocar la institución anteriormente otorgada, desheredar ni excluir a ningún heredero. Tampoco podrán establecerse sustituciones de ningún tipo, ni imponer condiciones, salvo las establecidas o impuestas a los legatarios.” “Los codicilos deberán ser otorgados con las mismas solemnidades externas que los testamentos.” En el mismo sentido se pronuncian las Leyes 194 y 195 de la Compilación de **Navarra** y el artículo 17 de la Compilación de **Baleares**. En el **Derecho común** español no se admiten los codicilos, pero sí las *memorias testamentarias*. La memoria testamentaria es la manifestación de última voluntad, escrita de puño y letra por el testador o, al menos, firmada por él, que deriva su fuerza de un testamento anterior, en el que el testador hizo mención a ella o se reservó la facultad de otorgarla, pudiendo haber establecido determinados requisitos formales para su validez. La memoria sirve para complementar o reformar el testamento. Así, reza el artículo 123 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña: “Las memorias testamentarias firmadas en todas sus hojas por el testador y que aludan a un testamento anterior valdrán como codicilo, cualquiera que sea su forma, que se demuestre o reconozca en cualquier tiempo su autenticidad y reúnan, en su caso, los requisitos formales exigidos por el testador en su testamento. No obstante, en las memorias testamentarias sólo podrán ordenarse disposiciones referentes a dinero que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto, a objetos personales, joyas, ropa y ajuar doméstico y a obligaciones de moderada importancia a cargo de los herederos o legatarios. En memoria testamentaria también podrá disponerse sobre la donación de los propios órganos o de los restos mortales, incineración o forma de entierro”. También las admite la Compilación de Navarra (Ley 196). Y a ellas se refiere el artículo 672 CC, pero les exige “los mismos requisitos prevenidos para el testamento ológrafo”.

(198) Como dice el **Código de Sucesiones de Cataluña** en su artículo 127: “La nulidad del testamento implicará la de todos los codicilos y memorias testamentarias otorgados por el testador, salvo que sean compatibles con un testamento anterior que deba subsistir por nulidad del posterior”.

to abierto, los testigos resulten inidóneos por haber sido instituidos como herederos o legatarios ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, salvo en el caso de legado módico (art. 682 CC). En tales supuestos se tendrá por no puesta tal disposición o, en otras palabras, sería nula únicamente la disposición hecha a favor de los testigos, de conformidad con los artículos 754 y 755 (nulidad parcial) (199). Pero aquí se ha planteado la duda de si el testamento sería nulo por aplicación del artículo 687 en relación con el 682.1.º (nulidad total) (200).

Grosso modo, en estos artículos se dice que los favorecidos en el testamento no podrán ser testigos del mismo, pues el testamento sería nulo; mientras que en los artículos 754 y 755 se afirma que los testigos del testamento no podrán ser favorecidos, pues *la disposición sería nula* (201). Dicho de otra manera, según los primeros, no se puede ser testigo si se es beneficiario del testamento, en cuyo caso éste resulta nulo (nulidad total); para los segundos, no se puede ser beneficiario de una disposición testamentaria si se es testigo, en cuyo caso ésta, y sólo ésta, será nula (imperfección parcial) (202).

Parece deducirse, pues, que lo determinante para que de este supuesto resulte la nulidad (absoluta) del testamento es que se haya escogido a un testigo que sea a la vez beneficiario. Mientras que parece derivarse que lo determinante para que la deficiencia sea de fondo (prohibición de

(199) La única disposición prohibida es la hecha a favor de los testigos instrumentales; o, de otra manera, sólo a los testigos instrumentales se les exige no ser favorecidos.

(200) ¿Es nulo el testamento o es nula la disposición? Hay autores que se inclinan por distinguir casos dentro de este supuesto: en unos la nulidad afectaría a todo el testamento, en otros sólo a una disposición. Es el caso de ROYO MARTÍNEZ, para el que será nulo el testamento abierto si contiene institución de heredero a favor de uno de los testigos; mientras que será válido el testamento y nula la disposición si se ha dispuesto un legado (no módico) a favor del testigo. Y este distinto trato a la institución de heredero que al legado lo deduce de haber excluido de la prohibición del artículo 682 al legado de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario, pero no a la cuota hereditaria módica (ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., p. 133). Ahora bien, para el TS, tanto el artículo 682 como el 754 abarcan, en su prohibición, tanto la institución de heredero como la de legatario: la STS de 19 de junio de 1958 (R. 2163) declaró la nulidad de un testamento por haber sido testigo un pariente de un legatario.

(201) El supuesto de hecho del artículo 682, párrafo 1.º, difiere del 754, párrafo 2.º, en un punto: el primero extiende la prohibición de ser testigo al cónyuge y a los parientes próximos del instituido, mientras que el segundo no extiende la prohibición de disponer respecto al cónyuge y parientes próximos del testigo. Empero, hasta la reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958, el artículo 682 no incluía entre los inhábiles para testificar al cónyuge del instituido, aunque la doctrina consideró que debía hacerse extensiva la prohibición de atestiguar también a éste.

(202) OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, ob. cit., p. 470; CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 6, volumen II, ob. cit., p. 44.

disponer) y resulte de ella la imperfección (parcial) de la disposición es que se haya querido favorecer a un testigo. Ahora bien, aunque de estos casos podamos destacar que una deficiencia externa al testamento tiene más grave consecuencia que una deficiencia de fondo o material, lo que resulta incomprensible es el doble régimen para la misma situación; porque es lo mismo favorecer a un testigo que pedir a quien se va a favorecer que sea testigo, cuando la actuación como tal, y la disposición a su favor, se dan en el mismo acto.

A tal interpretación llegamos siguiendo a varios autores: LACRUZ basa su argumentación en que si la disposición a favor del notario hace nula sólo a ésta, pero no al testamento, no hay razón para que la disposición a favor del testigo o de su cónyuge o parientes haga nulo el testamento entero. También utiliza el fundamento de que la solución contraria (la nulidad total) haría inútil el artículo 754; y el de que la finalidad de la norma aconseja mantener la validez del testamento y considerar fuera de lugar el artículo 682 (203).

Con el argumento de la finalidad de la prohibición (sustraer al testador de las sugerencias del testigo), otros autores apoyan también la imperfección parcial de la sola disposición (204). En efecto, si el porqué de la prohibición es que el testigo no pueda influir en la voluntad del testador para que disponga a su favor o en beneficio de alguno de sus allegados, no se ve razón para que no sea declarada nula únicamente esa disposición y respetado el resto del testamento.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN también se inclinan a favor de que prevalezca el artículo 754, dado “su carácter general (incluido entre las normas que establecen la capacidad para suceder) y por el **principio de conservación**, en lo posible, **de la disposición testamentaria**, dado que el testamento ya no se puede repetir una vez fallecido el testador” (205).

Este argumento podría refutarse bajo la afirmación de la nulidad de la disposición dentro de la nulidad del testamento, porque la de éste comprende siempre la de aquélla; sin embargo, el mismo supuesto puede dar lugar a ambas nulidades, invocable cada una, cuando proceda, por las personas legitimadas; pues, en efecto, hay casos en los que el accionante de

(203) LACRUZ BERDEJO: *Tratado teórico-práctico del Derecho civil*, tomo V, volumen 1.º, p. 260. En la 5.ª edición de *Elementos de Derecho civil* (Barcelona, 1993, ob. cit., p. 190) se limita a decir este mismo autor que es dudosa la postura que considera nulo al testamento y en la edición de 1981, en la página 216, tampoco se pronunciaba a favor de ninguna postura, pero sí dudaba sobre la conclusión jurisprudencial de nulidad *in complexu* a la vista del artículo 754.

(204) OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, ob. cit., p. 470; CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 6, volumen II, ob. cit., p. 44.

(205) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, ob. cit., 6.ª edición, p. 332.

nulidad no es el mismo para la nulidad del testamento que para la de una concreta disposición. Veámoslo.

En primer lugar, puede no interesar al impugnante nada más que la nulidad de la disposición hecha a favor del testigo, por ser él mismo beneficiario del testamento. En segundo lugar, la acción de nulidad de la disposición a favor del testigo se rige por reglas distintas a las de la acción de nulidad del testamento; así, aquélla se extingue a los cinco años desde que el testigo esté en posesión de la herencia o legado, mientras que la nulidad total del testamento no prescribe. En tercer lugar, correspondiendo la acción de nulidad a los interesados, puede haber personas que sólo tengan interés en la nulidad de la disposición y no en la del testamento; y, por tanto, legitimación activa limitada a aquélla. Por ejemplo, el sustituto del testigo instituido. En definitiva, siendo actualmente innecesaria la presencia de testigos instrumentales en el testamento abierto ante notario, salvo en determinados casos (art. 697.1.º y 2.º CC), cuando el testador desee la concurrencia de testigos (art. 697.3.º CC) y alguno sea inidóneo por ser favorecido, parece excesivo defender la nulidad absoluta de todo el testamento: nosotros defendemos la imperfección de la concreta disposición (206).

Por otra parte, en caso de que, en el testamento abierto o cerrado, se haya dispuesto a favor del notario autorizante (o de su cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado) la imperfección es, en nuestra opinión, parcial (sólo la disposición), porque beneficiar al notario no atenta contra la intención o cabal disposición del testador (*animus*).

En efecto, esta dualidad (deficiencia de fondo-deficiencia de forma) que se producía en el caso anterior se da también en el caso del notario beneficiario del testamento que es además autorizante, contemplada por el artículo 754. En este caso también se salva, como excepción, el legado mueble o módico del artículo 682. Caso similar se nos plantea ante la exigencia de la no actuación, como testigos, del cónyuge, de los parientes

(206) Los autores que consideran que debe ser nulo el testamento entero son algunos de los primeros intérpretes del Código Civil, como NAVARRO AMANDI, que se aferraba al artículo 682 y proclama la nulidad de todo el testamento por no haberse observado una formalidad establecida por la ley (NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código Civil*, III, Madrid, 1890, p. 198). En igual sentido se manifestaba SÁNCHEZ ROMÁN (SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, ob. cit., p. 271), y ésta ha sido también la postura de algunas sentencias del TS: así, SSTs de 18 y 20 de octubre de 1917, 11 de enero de 1928 (aquí, a diferencia de los casos anteriores, el Juzgado y la Audiencia habían considerado válido el testamento) y 9 de mayo de 1990 (R. 3695). Y las de 9 de diciembre de 1954 (R. 3160), 19 de junio de 1958 (R. 2168), 24 de octubre de 1963 (R. 4157) y 28 de octubre de 1965 (R. 4747), en procedimientos en los que los interesados en mantener la validez del testamento alegaron el artículo 754, pero fue declarada la nulidad del testamento con base en el 682.

dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante o de quienes tengan con él relación de trabajo (207). Por lo que entendemos que más bien las referidas normas prohibitivas pretenden evitar la captación de voluntad, por lo que la solución lógica será invalidar esa concreta disposición a favor del beneficiario inidóneo, pero no todo el testamento (208).

(207) Por poner otro ejemplo, entendemos que concurre también la imperfección parcial en el supuesto del testamento redactado en dos lenguas, cuando exista discrepancia no esencial en una cláusula de las dos versiones; anulando sólo la disposición controvertida.

(208) Nos hacemos eco de la idea de MUCIUS SCAEVOLA, para quien debería haber formalidades cuya falta no provocara la nulidad del testamento: “Resultaría –dice– a veces deplorable que por la omisión de un insignificante requisito, de la que se prevalliera un intrigante y descontentadizo heredero, que reclamase por este motivo la nulidad del testamento, fuese forzoso que el juez declarase ésta”. Y más adelante: “¿No será en extremo violento que, por haber omitido el Notario o los testigos la designación del lugar en que el testamento se otorgó, por ejemplo, haya de echarse a tierra por completo un testamento extendido en todo lo demás con la suma completa de las solemnidades ordenadas por el Derecho y cuando el extremo omitido podría igualmente deducirse de otras cláusulas o del contexto general del instrumento testamentario?” (MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado*, t. XII, ob. cit., pp. 360 y 361).

Bibliografía consultada

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y otros: *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, tomo III, Trivium, Madrid, 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo IX, volumen 2, artículos 706 a 743, Edersa, Madrid, 1983.
- *Curso de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1987; 3.ª edición, 1991; 4.ª edición, 1994.
- “Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos”, RDP, tomo LI, enero-diciembre 1967, pp. 3-12 y 195-202.
- “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”, ADC, 1954, p. 319.
- *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- “Ineficacia e invalidez del negocio jurídico”, RDP, tomo XLII, 1958, p. 603.
- ALBÍEZ DOHRMAN, Klaus Jochen: *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- ALLARA, Mario: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1936.
- *Principi di diritto testamentario*, Turín, 1957.
- *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Turín, 1964.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, Civitas, 1990.
- ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio: *Formularios de actos y contratos*, Editorial Comares, Granada, 2.ª edición, 1988.
- APALATEGUI ASÚA, Octavio de: *Mortis causa sucessionis*, Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, 1990.
- ASTRALDI: *Le nullità formali del testamento ológrafo*, Padova, 1940.
- ASÚA GONZÁLES, C.: *Designación de sucesores a través de terceros*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BACARDÍ, Alejandro de: *Nuevo Colón*, tomo I, 2.ª edición, Tipografías Narciso Ramírez, Barcelona, 1864.
- BALLESTER GINER, Eladio: *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, Edersa, Madrid, 1988.
- BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1944.
- BARTIN: *Théorie des conditions illicites*, París, 1887.
- BECQUART: *Les mots á sens multiple en droit civil français*, Lille, 1928.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Reconocimiento de hijo natural en testamento”, RDP, marzo 1965, pp. 183 y ss.
- “Incapacidad para testar del que habitualmente o accidentalmente no se hallase en su cabal juicio”, RDP, L, 1966, pp. 247-261.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: “Testamento”, *Revista Aranzadi Civil*, Secc. Tribuna, octubre de 2000, número 12.
- BEUDANT: *Cours de droit civile français*, París, 1906.
- BIGLIAZZI GERI, Lina: “La volontà nel testamento e l'interpretazione”, *Trattato Diritto Privato*, Dir Resigno, Turín, Utet, 1982.
- *Successioni*, Turín, Utet, 1982.

- BINDER, J.: *Derecho de sucesiones*. Traducción y anotación LACRUZ B. Ed. Labor, 1953.
- BIONDI BIONDI: *Sucesión Testamentaria y Donación*. Traducido por FAIRÉN. Bosch, Barcelona, 2.^a edición, 1960.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: “Comentario de los artículos 694 a 705”. Varios autores. *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1753-1792.
- BLOCH RODRÍGUEZ, José M.: “Los testigos en los testamentos notariales”, RDN, V-15, 17 y 18, 1957.
- BONET CORREA, J.: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Madrid, Civitas, 1987.
- BONILINI, Giovanni: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1995.
- CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994.
- CÁMARA GARCÍA, Fernando de la: “Comentario de los artículos 716 a 721”. Varios autores. *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: “Solemidades y formalidades según la doctrina del TS”, RDN, XXVI-números 101 y 102, julio-diciembre de 1978, pp. 139-170.
- CAÑIZARES LASO, Ana: *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, 1990.
- “Disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y divorcio posterior”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Editado por la Facultad de Derecho de Málaga, 2001, VVAA, pp. 114 y ss.
- CAPILLA RONCERO, F. y otros: *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, 1987, pp. 3-88.
- CARAMAZZA, G.: “Delle successioni testamentarie”, *Comentario teórico-práctico al Codice Civile de V. Martino*, Ed. Pem, 1973.
- CÁRDENAS HERNÁNDEZ, Luis: “Un caso original de testamento”, RDN, XV-53 y 54, 1966.
- CARIOTA FERRARA, L.: *Le Successioni per causa di Morte*, Napoli, Morano, 1959.
- *El negocio jurídico*. Trad. y notas M. ALBALADEJO, Aguilar, 1956.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Uthea, Argentina, traducción y notas de A. ALCALÁ ZAMORA.
- CARRASCO PERERA: “Comentario a la Sentencia de 25 de abril 1991”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, 1991, pp. 525 y ss.
- CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro: *La nulidad parcial del testamento*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo sexto, “Sucesiones”, Reus, Madrid, 1989.
- Ídem, volumen segundo, *Los particulares regímenes sucesorios*, Reus, Madrid, 8.^a edición, 1979.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La interpretación del testamento”, *Revista de Derecho Privado*, abril 1973, pp. 281 y ss.

- CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión de 1997.
- “Declaración unilateral de voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, XXX, 1997, pp. 194-207.
- CICU, Antonio: *El Testamento*. Traducido por FAIRÉN. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto: “La sanatoria excepcional de disposiciones testamentarias nulas en Derecho español”, RDP, tomo LXI, enero-diciembre 1977, pp. 626-648.
- COING, Helmut: *Derecho privado europeo* (Derecho común más antiguo 1500-1800), tomo I, traducción de Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de y otros: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, “Derechos Reales... y Derecho de sucesiones”, Civitas, Madrid, 1988.
- “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1962, pp. 277 y ss.
- CRiado, Enrique, y otros: *Herencias, testamentos y donaciones*, Editorial Planeta, 1994.
- CRISCUOLIO, G.: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1991.
- CUTILLAS TORNOS, José María: *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- D’ANTONIO: *La modificazione legislativa del regolamento negòciale*, Padova, 1974.
- D’AVANZO, Walter: *Instituzione di Diritto Civile*, Utet, 1950.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Una propuesta de Política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, febrero de 2006.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª: *El negocio jurídico per relationem en el CC*, Madrid, Cóllex, 1982.
- DÍAZ SOLER, Ángel: “El contador-partidor testamentario”, *Libros jurídicos*, Madrid, 1996.
- DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: “El Testamento Militar Español”, *Revista de Derecho Notarial*, año XII, número XLIII, enero-marzo 1964, Colegios Notariales de España, Madrid, pp. 145-213.
- “La unidad de acto”, RDN, XXI-75, 1972, pp. 55-86.
- “La supresión de los testigos en los testamentos”, RJN, abril-junio 1992, pp. 43 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Sistema de Derecho civil*, volumen IV, “Familia y Sucesiones”, Tecnos, Madrid, 3.ª edición, 1983, 6.ª edición, 1994, 8.ª edición, 2001.
- “La pluralidad de testamentos”, RDN, año VIII-número 27, enero-marzo 1960, pp. 7-97.
- “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, ADC, tomo XIV, octubre-diciembre 1961, pp. 809-833.
- *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1962.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Bosch, Barcelona, 1994.

- DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón: *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano*, Imp. H. de Rodríguez, Valladolid, 1877.
- D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, y otros: *El Digesto de Justiniano*, tomo II, libros 20-36, Aranzadi, Pamplona, 1972.
- DUPEYRUX: *Contribution á la théorie générale de l'acte á titre gratuit*, Toulouse, 1955.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: *Cuestiones conflictivas en el Régimen de la Nulidad y Anulabilidad del Contrato*, Editorial Aranzadi, 1999.
- EQUIPO JURÍDICO DVE: *Cómo se hace testamento*, Editorial de Vecchi, Barcelona, 1991.
- ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: "De la data indirecta en los testamentos notariales", RDP, tomo XLII, enero-diciembre 1958, pp. 847-850.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: *El error en las disposiciones testamentarias*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ESTHER VILALTA, A., y otros: *Acción de impugnación de la desheredación*, Bosch, Barcelona, 1998.
- FALCÓN, Modesto: *El Derecho Civil Español, Común y Foral*, sexta edición, Tipografías La Publicidad, de Tobella, Barcelona, 1902.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *Testamento per relationem en el Derecho civil común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: *Autonomía privada y testamento en Derecho común*, Editorial Comares, Granada, 1996.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús I.: "Comentario a la STS de 27 de junio de 2000", *Actualidad Civil*, número 19, mayo de 2002.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel: *Los testamentos*, Comares, Granada, 2000.
- FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, Servando: *El Testamento Militar y su proceso histórico*, Huecograbado Arte, SA, Bilbao, 1957.
- FERRANDO MIGUEL, Ignacio: *Formularios de Sucesiones*, Edita PPV, Barcelona, 1996.
- FERRI, Luigi: *La autonomía de la voluntad*. Traducción y notas de Sancho MENDIZÁBAL. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- FUENTESECA, Pablo: *Derecho Privado Romano*, Imprime: E. Sánchez A. Gráficas SL, Fuenlabrada (Madrid), 1978.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*. Traducción de BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALICIA AIZPURÚA, Gorka: "Cuándo hay peligro de muerte a efectos testamentarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, número 693, 8 de diciembre de 2005, pp. 6 y ss.
- GARCÍA ALGUACIL, M.^a José: *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, 2004.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: "Formalismo jurídico y documento notarial", *Revista de Derecho Notarial*, 1962, tomo XXXVI, pp. 37 y ss.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 5.^a edición, 1991.
- GARCÍA GIL, F. J.: *Jurisprudencia familiar y sucesoria*, Pamplona, Aranzadi, 1992.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Reflexiones ante el Derecho de sucesiones en la obra de LACRUZ BERDEJO", *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor LACRUZ*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 373 y ss.

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *El régimen viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- GASPAR LERA, Silvia: *La acción de petición de herencia*, Editorial Aranzadi, 2001.
- GIAMPICCOLO, Giorgio: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milán, Giuffrè, 1954.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Instituciones de Derecho notarial*, Reus, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, volumen I-B (arts. 694 a 705), Edersa, Madrid, 1987.
- GORDILLO CAÑAS, A.: "El error en el testamento", *Anuario de Derecho Civil*, julio-sept. 1983, pp. 746 y ss.
- GRACIELA MEDINA: *Nulidad de testamentos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, Tecnos, 1969.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto: *Derecho sucesorio*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- GUTIÉRREZ-SOLAR Y BRAGADO, Eduardo: *Testamentos especiales*, Edersa, Madrid, 1996.
- "El Testamento Militar: su realidad y su futuro", *Revista Española de Derecho Militar*, número 43, 1984, pp. 39-61.
- "Comentario a la STS de 14 de mayo de 1996", RDP, 1997.
- HEINRICH: *Bürgerliches gestzbuch*, de Palandt. Munich, 1988.
- HEREDIA Y LARREA, Publio: *El testamento fonográfico*, Imprenta de la "Revista Política", Madrid, 1895.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores: *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995.
- HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.
- HERNÁNDEZ GIL, Félix: "Aspectos formales del requisito de la fecha en el testamento ológrafo", AC, número 48, diciembre de 1989, pp. 3829-3842.
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: *La sucesión por el Estado*, Bosch, Barcelona, 1995.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano, historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, undécima edición, 1994.
- ISÁBAL, Marceliano, y otros: "Testamento...", pp. 761-764. *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo vigésimo noveno, Francisco Seix, Barcelona.
- JORDANO BAREA, J. B.: "Interpretación del Testamento", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo IX, volumen 1, A (art. 675), Edersa, Madrid, 1991, pp. 206 a 283.
- *El testamento y su interpretación*, Granada, Comares, 1999.
- "El testamento", RDN, 1962, números 37-38.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La sucesión en el ius delationis*, Civitas, 1990.
- JORGE O. MAFFÍA: *Manual de Derecho Sucesorio*, tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3.^a edición, 1987.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros: "Elementos de Derecho civil", tomo V, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 5.ª edición, 1993.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: "Principios de Derecho civil", tomo séptimo, *Sucesiones*, Trivium, Madrid, 1998, y Marcial Pons, Madrid, 2003.
- LEÓN ALONSO, José R.: "Pervivencia de la forma nuncupativa, unidad de acto y testamento como documento y como negocio", *Revista de Derecho Notarial*, año 32, números CXXV-CXXVI (jul.-dic. 1984, pp. 173-195), Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- LUNA SERRANO, Agustín: "Proyecciones de la libertad de testar", *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor LACRUZ*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 549 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: *Derecho de sucesiones*, volumen IV, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.
- MANIGK: "Studi di diritto italiano", en *Anuario di diritto comparato*, 1942, pp. 138 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, tomo V, Imprenta: Revista de Legislación, Madrid, 3.ª edición, 1910.
- MARÍN PADILLA, M.ª Luisa: *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1990.
- "Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón", *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor LACRUZ*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 563 y ss.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, y otros: "Juicio de testamentaria", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997.
- MARTOS CALABRÚS, María Angustias: *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 1998.
- MAYER-MALY: *Munchener Kommentar zum BGB*, tomo I, Munich, 1984.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el CC español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MENÉNDEZ PIDAL, Ramón: *La España del Cid*, Editorial Plutarco, Madrid, 1929.
- MENGONI: *La divisione ereditaria*, Milán, 1950.
- MESTRE RODRÍGUEZ, M.ª Luisa: *La interpretación testamentaria*, Universidad de Murcia, 2003.
- MIRABELLI: "Dei contratti in generale", en *Commentario del Codice Civile*, Turín, 1967, tomo IV, volumen 2.º
- *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955.
- MORENO CASADO, J.: "El Testamento Militar en España desde la Recepción", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CI, tomo XXVI, pp. 475-499, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.
- MORENO QUESADA, B.: "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita", *Anuario de Derecho Civil*, julio-sept. 1967, pp. 537 y ss.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil comentado y concordado*, tomo XII, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil comentado y concordado*, tomo XII, Editorial Reus, Madrid, 1950.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia: *El artículo 891 del Código Civil: La distribución de toda la herencia por legados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España*, Editor: Juan Vidal, Madrid, 1880.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *La herencia a favor del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- O'CALLAGHAN, Xavier: "Compendio de Derecho Civil", tomo V, *Sucesiones*, Eder-sa, Madrid, 4.ª edición, 1993.
- ONECHA SANTAMARÍA: "Garantías de autenticidad en los testamentos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXX, 2.ª época, tomo LXII (230 en la colección), 1971, pp. 673-685.
- OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- PASTOR RIDRUEJO, Félix: *La revocación del testamento*, Ediciones Nauta, SA, Barcelona, 1964.
- PEÑAS VÁZQUEZ, Julio: *Del Testamento Militar*, Talleres Gráficos Ceres, Valladolid, 1975.
- PÉREZ ARDÁ, Enrique: "Caducidad de los testamentos especiales", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 115, pp. 303-307. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: *La indignidad sucesoria en el Código Civil español*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- PÉREZ-ORDOYO LAPEÑA, Luis: "Testamentos notariales sin testigos", RDN, año XI, número 39, enero-marzo 1963, pp. 277-287.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel y AZCÁRRAGA, Joaquín: *Lecciones de Historia del Derecho español*, Ceura, Madrid, 2.ª edición, 1993.
- PÉREZ VERA, Elisa, y otros: *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 7.ª edición, 1997.
- PERLINGIERI: *Codice civile annotato*, Turín, 1980, tomo IV, volumen 1.º
- PRADA GONZÁLEZ, José María de: "Las formalidades testamentarias y la nueva ley uniforme", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico DE CASTRO*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 485 y ss.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen I y II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1977.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil español*, tomo VI, "Sucesiones", Ediciones Pirámide, Madrid, 3.ª edición, 1976.
- *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, Madrid, 1.ª edición, 1954, y 2.ª edición, 1972.
- RAMS ALBESA, Joaquín: "La libertad civil, libertad de testar", *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor LACRUZ*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 695 y ss.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: *Institución de herederos*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993.

- ROCA SASTRE, R. M.: "La naturaleza jurídica de la legítima", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1944, pp. 180 y ss.
- "Firma del testador", RDN, jul.-dic. de 1953, año I, números 1 y 2, pp. 351-356.
- RODRÍGUEZ HERMOSO, Francisco: *Los abintestatos, prevención, juicios, testamentos*, Comares, Granada, 1997.
- ROMÁN GARCÍA, A.: *Las obligaciones testamentarias*, Madrid, Montecorvo, 1995.
- ROMERO PAREJA, Agustín: "Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales", *Diario La Ley*, número 5757, 9 de abril de 2003, pp. 1 y ss.
- "Otorgamiento del testamento en tiempo de guerra", *Revista Jurídica del Notariado*, número 48, 2003, pp. 151 y ss.
- "Conceptos Básicos de Derecho Civil", VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 344-345.
- ROVIRA PEREA, Joaquín: *Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos*, La Ley, SA, Madrid, 1992, número 2, pp. 993-1002.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, 2004.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*, Universidad de Granada, Servicio de Publicaciones, 1986.
- *Los límites a la autonomía privada en el testamento*, Madrid, Actualidad Civil, 1987, pp. 73 y ss.
- RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho civil. Sucesiones I: El testamento y la legítima*, Realigraf, Burgos, 1987.
- RUIZ VADILLO, Enrique: "Testamento ológrafo", RDP, tomo LVI, enero-diciembre 1972, pp. 615-648.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: *La herencia yacente*, Universidad de Málaga, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo sexto, volumen 1.º (Sucesión), Madrid, Estudio Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", 2.ª edición, 1910.
- SANCHO REBULLIDA: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SANTIAGO C. FASSI: *Tratado de los testamentos*, Editorial Astrea Depalma, Buenos Aires, 1970.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996.
- SAURA BALLESTER, Francisco: *Sobre las disposiciones testamentarias que dificultan el tráfico jurídico*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1992.
- SAVATIER: *Cours de droit civil français*, París, 1949, tomo II.
- SEGUNDO ARECO, Juan: *Testamentos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- TABOADA TUNDIDOR, Carlos: *Testamentos Militares*, Imprenta de Antonio Otero, Orense, 1912.
- TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.

- TORRES GARCÍA, Teodora: "Legítima y legitimarios y libertad de testar", XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, febrero de 2006.
- TRABUCCHI, A.: "Il rispetto del testò nell'interpretazione degli atti di ultima volontà", en *Scritti giuridici in onore de E. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950.
- TRAVIESAS, Miguel: "El testamento", RDP, tomo XXII, Madrid, 1935.
- TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1983.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Estudios de Derecho Sucesorio*, volumen I, Montecorvo, Madrid, 2.^a edición, 1987.
- *Panorama del Derecho de sucesiones. Perspectiva dinámica*, volumen II, Civitas, Madrid, 1984.
- "La voluntad del causante ley de la sucesión", *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al profesor BELTRÁN DE HEREDIA*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pp. 715 y ss.
- "Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer", tomo I, "Las legítimas", *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, volumen LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, "Sucesión", Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916.
- Ídem, cuarta edición, 1939.
- VAQUER ALOY, Antoni: *La interpretación del testamento*, Cálamo Editoriales, Barcelona, 2003.
- VIRGILI SORRIBES, F.: "Herederó forzoso y herederó voluntario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1945, pp. 479 y ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder*, Editorial Práctica de Derecho, 1998.
- VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Civitas, Madrid, 1986.
- WIEACKER: *Storia del diritto privato moderno*, traducción italiana de Santorelli, tomo I, Milán, 1980.
- YUNGANO ARTURO, R.: *Manual teórico-práctico de Derecho Sucesorio*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1990.
- ZACHARIAE: *Le droit civile français*, tomo III, parágrafo 583, París, 1857.
- ZINNY, Mario Antonio: *Cesión de herencia*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

ACCESO AL REGISTRO DE PROPIEDAD ESPAÑOL DE CONTRATOS SOBRE INMUEBLES AUTORIZADOS POR NOTARIOS EXTRANJEROS (*)

INMACULADA ESPÍNEIRA SOTO

Notario

**Juzgado de Primera Instancia número seis de Santa Cruz de Tenerife
Sentencia de 9 de marzo de 2006**

*En Santa Cruz de Tenerife a 9 de marzo de 2006. Visto por don J. L. L. B., Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número seis de Santa Cruz de Tenerife y su partido, el **juicio verbal número 500/2005** seguido en este Juzgado, entre partes, de una, como demandante, doña U. V., representada por la Procuradora doña C. B. L. y dirigida por el Letrado don N. B. y, como demandada, la Ad-*

(*) Nota de la autora: el presente trabajo ha sido enviado a la redacción antes del pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, de 22 de noviembre de 2006, que desestima el recurso de apelación y confirma la que es objeto de comentario en este trabajo, y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, sobre medidas de prevención del fraude fiscal, que da nueva redacción al artículo 24 de la Ley del Notariado, cuyo texto se sitúa en la misma línea de lo sustentado en las Resoluciones de la DGRN y en el presente trabajo.

Igualmente, en la "historia" que se intercala a lo largo del trabajo no se han tenido en cuenta, por ser posteriores, las modificaciones fiscales operadas en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

ministración del Estado, defendida y representada por el Abogado del Estado, sobre recurso gubernativo contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2005, publicada en el BOE de 6 de abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la Procuradora expresada, en la representación que tiene acreditada, se interpuso demanda de juicio verbal en fecha 16.5.05 en la que después de exponer los hechos y fundamentos jurídicos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase en su día sentencia por la que se declare la nulidad de la Resolución de la DGRN de fecha 7 de febrero de 2005 por ser contraria a Derecho y la procedencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura notarial alemana objeto de dicha Resolución, con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO. Por providencia de 24.5.05 se recabó de la DGRN copia del expediente administrativo. Por auto de 28.10.05 una vez recibido el expediente, se admitió a trámite la demanda y se acordó citar a las partes y también al Notario alemán don P. G. para la celebración del juicio verbal, que se celebró en la fecha prevista, 15 de febrero de 2006. En dicho acto se ratificó la parte actora en sus pretensiones, solicitando el recibimiento del pleito a prueba. La Administración del Estado, por medio del Abogado del Estado, se opuso y solicitó sentencia absolutoria con imposición de costas a la actora. Recibido el pleito a prueba, se practicaron todos los medios propuestos (exclusivamente documental) con el resultado que es de ver en autos.

TERCERO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El día 24 de octubre de 1984 el Notario alemán Sr. D. F. L. autorizó un documento en el que don O. F. A. N., viudo y residente en Bad Füssing (Alemania), vendía a favor de doña U. V. (nacida P.), residente en Berlín, la mitad indivisa de su propiedad sobre un apartamento sito en el Puerto de la Cruz (Tenerife), reservándose con carácter gratuito un derecho de usufructo vitalicio sobre la finca descrita, todo ello con consentimiento de la copropietaria de la otra mitad indivisa de la finca, doña O. P., nacida P. (de igual residencia y domicilio que el vendedor), y por precio confesado recibido de 17.000 antiguos marcos alemanes. Dicho apartamento había sido adquirido por el Sr. N., viudo, y la Sra. P., viuda, por entonces también ambos residentes en Alemania, mediante escritura notarial española inscrita en el Registro de la Propiedad español.

Liquidados los correspondientes impuestos (actos jurídicos y sucesiones), al haber fallecido el usufructuario Sr. N. en Ried im Innkreis (Austria) el día 29 de

agosto de 2002, según certificación de defunción expedida por el Registro Civil de dicha ciudad, en nombre y representación de doña U. V., se presentó en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz copia, debidamente apostillada, del documento notarial alemán de compraventa, con su traducción oficial, acompañando a ello una así denominada “Certificación de Hechos” expedida en 24 de noviembre de 2003, en lengua castellana, por el Notario alemán (de Munich) Sr. D. P. G., debidamente apostillada, donde dicho Notario, aparte de dar testimonio en relación del documento notarial alemán de compraventa antes mencionado, así como de que la capacidad legal de los contratantes debe entenderse apreciada implícitamente en todo documento notarial alemán si no consta lo contrario, y de la transcripción literal en castellano del certificado de defunción del Sr. N. emitido por el Registro Civil de Ried im Innkreis (Austria) –cuyo documento original en alemán se anexa–, consigna, asimismo, su juicio valorativo acerca de ciertos aspectos interpretativos del ordenamiento jurídico español, formulando una petición de inscripción en el Registro de la Propiedad español. Junto a tales documentos se presentó otro escrito en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz por don W. G. P. A., solicitando la cancelación del usufructo por fallecimiento del Sr. N., acreditado con la correspondiente certificación de defunción que se acompaña con la autoliquidación del impuesto que se adjunta. Presentada tal documentación en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, fue objeto de la siguiente calificación: “Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz. Calificación practicada por don J. F. M. E., Registrador de la Propiedad Interino de Puerto de la Cruz, en relación con el título que causó el Asiento 2.105 del Diario 24.º Hechos: Se solicita la inscripción de una escritura denominada de compraventa otorgada ante Notario alemán. Nota de calificación:

No se practica la inscripción de dicho documento porque no se considera adecuado para acceder al Registro de la Propiedad español, al carecer de plena fuerza legal en España y ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán.”

SEGUNDO. Antes de entrar en el fondo de la cuestión, como premisa procesal, ha de dejarse sentado que el objeto del recurso ha de ceñirse estrictamente al contenido de la calificación, debiendo resolverse exclusivamente en atención a los hechos y fundamentos expuestos por el Registrador en su calificación, interpretación que se funda en la lectura de los artículos 19 bis y 325 de la Ley Hipotecaria a la luz del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que comprende la proscripción de la indefensión. Ello se traduce en que la calificación opera como momento preclusivo en orden a la alegación de hechos o fundamentos jurídicos, en sentido análogo a lo que establece el art. 400 LEC respecto a la demanda y la reconvencción. Se impugna la resolución pero sólo cabe discutir sobre la calificación. Precisamente por ello el art. 326 LH señala que “el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador”, el art. 324 LH establece el carácter potestativo del recurso ante la DGRN y el art. 327.7 LH señala que lo que ha de notificarse a los interesados es la decisión de rectificar la calificación con la consiguiente ins-

cripción del título, tal como señala la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 2005: *“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 (y como ha sido puesto de relieve en otras Resoluciones más recientes —cfr., por todas, las de 6 de julio, 13, 15, 16, 17, 20, 21 y 22 de septiembre y 14 de diciembre de 2004—), 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”*. En consecuencia, lo que aquí se debe discutir es la conformidad a Derecho de la denegación por parte del Ilustre Sr. Registrador Interino de Puerto de la Cruz de la inscripción solicitada por doña U. V.: a) por no considerar adecuada la escritura pública de compraventa otorgada ante Notario alemán para acceder al Registro de la Propiedad español, al carecer de plena fuerza legal en España y b) ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán.

TERCERO. A la primera de las objeciones trata de dar soporte jurídico la Resolución impugnada en términos que conducirían, en la práctica, a la inviabilidad absoluta de los títulos extranjeros para acceder al Registro de la Propiedad: *“Sólo el título impregnado de una presunción de legalidad debe acceder al Registro, a fin de comunicar ese mismo valor al asiento, articulándose a partir de aquí el fundamento del llamado principio de la legitimación registral. El Notario español debe dar fe (conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado) de que el otorgamiento que autoriza se adecua al ordenamiento jurídico español, juicio que no emite el Notario extranjero”*. La única salvedad que admite la DGRN, con cita de sus Resoluciones de 11 de junio de 1999 y de 21 de abril de 2003, es la relativa al otorgamiento de poderes, sobre la base de *“una posible equivalencia de formas”* en la materia. No se analiza, sin embargo, por qué en ese ámbito sí puede haber equivalencia de formas y no en otros, y tampoco se admite la posibilidad de estudiar esa equivalencia con respecto al ordenamiento de un determinado Estado. Pues bien, la razón aducida por el Registrador y la argumentación contenida en la Resolución impugnada resultan contrarias al contenido del art. 4.º LH y de los arts. 36 a 38 RH. El primero de los preceptos citados señala: *“También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes...”*. En sentido concordante el art. 36 RH establece: *“Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”*.

Pues bien, en contra de la calificación, confirmada por la DGRN, no existe ninguna norma jurídica en el ordenamiento español que prive de eficacia a efectos registrales a una escritura otorgada por un Notario extranjero sino que, antes al contrario, los preceptos anteriormente transcritos permiten con carácter general el acceso al Registro español de títulos extranjeros, admisibilidad que debe

ser interpretada con criterio extensivo, además, en el caso de los documentos que provengan de otro Estado de la Unión Europea. La interpretación que realiza la DGRN, al incidir en aspectos accesorios (se detienen en el análisis de los controles fiscales, urbanísticos y de prevención del blanqueo de dinero así como las medidas de protección a favor de los adquirentes que el ordenamiento español impone a los Notarios) resulta contraria a los principios del Derecho Comunitario en materia de libre prestación de servicios, en especial los arts. 49 y 53 del Tratado de Roma. Recordemos que el art. 53 expresamente dispone que “Los Estados miembros se declaran dispuestos a proceder a una liberalización de los servicios más amplia que la exigida en virtud de las directivas adoptadas en aplicación del apartado 1 art. 52, si su situación económica general y la del sector afectado se lo permiten”, previsión que mal se compadece con la doctrina emanada de la Resolución recurrida. De otra parte, si se contempla la cuestión desde la perspectiva de la libre circulación de capitales, ha de estarse al principio general del art. 56 del TCCE “quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países” y exigir la intervención de fedatario español en las transmisiones de inmuebles debe ser considerado con una verdadera restricción.

CUARTO. Es la escritura de compraventa con reserva de usufructo vitalicio, integrada con la certificación-informe del Notario Sr. G., el título que se presenta para su inscripción, elementos sobre los que el Registrador debe realizar su calificación. La respuesta del Registrador a la solicitud de inscripción, lejos de invocar de manera genérica los distintos sistemas de transmisión del dominio, debió incidir en qué aspectos concretos el título presentado no se ajustaba al derecho español. Tal omisión sería suficiente para estimar el recurso, por las razones apuntadas en el fundamento segundo. No obstante, entrando a analizar el fondo del asunto se constata que las partes, de nacionalidad alemana, residentes en Alemania, convinieron en escritura pública ante Notario alemán, la compraventa de la mitad indivisa de un apartamento situado en España.

Dice el Sr. Registrador que deniega la inscripción porque el sistema alemán de transmisión del dominio es muy diferente del español, pero en modo alguno dice que el documento que le ha sido presentado carezca de los requisitos necesarios para que pueda entenderse válidamente transmitido; ni siquiera se pronuncia sobre cuál sea el régimen jurídico aplicable. Pues bien, en atención al contenido de la escritura pública de 1984, al no establecerse una elección expresa (art. 3 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificado por España mediante instrumento de 7 de mayo de 1993, norma de aplicación directa, por tanto –art. 1.º.5 Código Civil–), la compraventa con reserva de usufructo ha de entenderse regida por el derecho español (art. 10.5 del Código Civil en relación con el art. 4.3 del Convenio de Roma), pero ello sólo en lo que afecta a los aspectos puramente obligacionales, porque los relativos a la capacidad de los otorgantes se rigen por la ley personal [art. 9.1 del Código Civil y arts. 1.2 a) y 11 del Convenio de Roma]. Y es precisamente para aclarar las dudas que al Registrador pudiera suscitar la escritura de 1984

—título registral cuya inscripción se pretende— para lo que se solicita del Notario Sr. P. G., y éste expide, la denominada “certificación de hechos”, que viene a cumplir la función a que se refiere el art. 36.2 RH: “La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o *funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable*.” En tal aspecto revela su utilidad la certificación del Sr. G. cuando explica que con arreglo al derecho alemán (art. 11 del Reglamento Notarial alemán) si no se hace constar nada, se entiende que se certifica la capacidad de los otorgantes. Obviamente las restantes apreciaciones de dicho Notario sobre el ordenamiento español vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura y en la actualidad (referencias a los RD 671/1992, de 2 de julio y RD 664/1999, de 23 de abril) no tienen mayor valor.

Incluso en los aspectos formales ha de interpretarse que el negocio se rige por el derecho alemán. El art. 9.1 del Convenio de Roma establece que “un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio *o de la ley del país en el que se haya celebrado*”, sin que tal previsión general se vea afectada por el apartado 6 del mismo artículo, que hace referencia, según la interpretación más usual, a las exigencias de orden público. Sin embargo, tal cuestión resulta intrascendente toda vez que en el derecho español se sigue el principio de libertad de forma, luego el otorgamiento de escritura no sólo cumple, sino que supera las exigencias formales de nuestro ordenamiento jurídico, incluidas también las requeridas por la Ley de Enjuiciamiento Civil para que tal documento hiciera prueba en juicio, al haberse acompañado con traducción oficial y la apostilla del Convenio de La Haya (art. 323 LEC). Es decir, no existe duda de que estamos ante un contrato plenamente válido y eficaz, hasta el punto de que la propia Resolución considera la escritura pública alemana “*como prueba fehaciente de la autenticidad del consentimiento y su eficacia contractual obligatoria entre las partes que lo suscribieron o sus herederos*”.

QUINTO. Cuestión radicalmente diversa es la relativa a la publicidad, es decir, el acceso al Registro del título, aspecto que se encuentra regido por el derecho español (art. 10.1 del Código Civil) al igual que la constitución y extinción de los derechos reales, en este caso el dominio y el usufructo.

Con arreglo al sistema español de transmisión del dominio (art. 609 del Código Civil y concordantes) además del título es necesaria la transferencia de la posesión o tradición y es lo que hay que analizar si concurre o no en este caso. Pues bien, en coherencia con la decisión adoptada sobre la validez de la escritura pública alemana, no se puede negar valor traditorio a la misma a tenor del art. 1462.2 del Código Civil, sin que pueda interpretarse que el art. 1216 del Código Civil se esté refiriendo al Notario español. Ya se ha expuesto que tal interpretación resulta contraria a los principios básicos del derecho comunitario y que la escritura alemana (complementada con la certificación del Sr. G.) reúne los requisitos básicos para que pueda acceder al Registro de la Propiedad, de con-

formidad con el principio de equivalencia de formas que la propia DGRN reconoce en el concreto ámbito de la representación voluntaria. Incluso cabría preguntarse en base a qué argumentos hubiera podido denegarse la inscripción de una escritura pública autorizada por Notario español también en 1984, ya que muchas de las exigencias y controles a que alude la Resolución recurrida han sido introducidas en fechas relativamente recientes y buena parte de ellas, tal como se reconoce, pueden ser obviadas si renuncia el comprador (p.e., la situación arrendaticia o registral de la finca o la certificación del secretario de la comunidad, caso de estar sometida al régimen de propiedad horizontal).

Vista la cuestión desde el plano estrictamente sustantivo la Resolución tampoco se detiene a analizar si la tradición se ha producido o manifestado en forma distinta de la instrumental. Así lo hace ver, acertadamente, en su artículo crítico la Profesora C. G. M.-C. (La Ley, 20 de septiembre de 2005) al concluir que en el caso que nos ocupa, al haber existido una reserva de usufructo vitalicio por parte del vendedor, manteniendo éste, por tanto, la posesión inmediata del bien, estamos en presencia de la figura del *constitutum possessorium*, hallándose implícita en el acuerdo de voluntades la transferencia del derecho real, todo ello con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 y de 17 de noviembre de 2003.

SEXTO. Atendido el carácter estrictamente jurídico de la cuestión suscitada y el criterio establecido precedentemente por la DGRN en la Resolución de 15.3.2000, no procede realizar expreso pronunciamiento sobre costas tal como autoriza el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por doña U. V., representada por la Procuradora doña C. B. L., contra la Administración del Estado declaro la nulidad de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2005, publicada en el BOE de 6 de abril, y la procedencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura notarial alemana objeto de dicha Resolución.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de cinco días a partir del siguiente a la notificación, escrito que se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículos 455 y 457 de la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
en contestación a la consulta formulada por el Notario alemán
Dr. B. L.**

ANTECEDENTES DE HECHO

El Notario alemán Dr. B. L. se dirigió a esta Dirección General por medio de escrito de fecha 10 de noviembre de 1999, en el que después de expresar su condición de Notario alemán y sus conocimientos del idioma castellano, expresa que dado que el nuevo decreto español sobre inversiones extranjeras en España del año 1999 ha suprimido la cláusula según la cual era condición indispensable otorgar escrituras públicas de compraventas entre no residentes ante fedatarios públicos, entiende es admisible e inscribible también una escritura pública de compraventa o constitución de sociedades de extranjeros (no residentes) en los correspondientes Registros de la Propiedad o Mercantiles en España.

Asimismo consulta si a la vista del Real Decreto 2537/1994, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad, las correspondientes normas del Reglamento Notarial español obligan también a los Registradores de la Propiedad a dar las correspondientes informaciones también para fedatarios públicos extranjeros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

VISTOS los artículos 9.11, 10.1, 11, 12.1, 12.2, 609.2, 1216, 1217, 1218 y 1278 del Código Civil; 1, 3, 4, 17, 24 y 38 de la Ley Hipotecaria; 18 y 20 del Código de Comercio; 600.3 y 954.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 33, 34, 36, 354, 418 y 420 del Reglamento Hipotecario; 5 del Reglamento del Registro Mercantil; 249 del Reglamento Notarial; art. 7.º RD 2537/1994, de 29 de diciembre; art. 11.5 EGBGB alemán; las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1955, 27 de febrero de 1964, 23 de junio de 1977, 4 de octubre de 1982, 20 de febrero de 1986 y 20 de julio de 1992 y Resoluciones de esta Dirección General de 18 de enero de 1945, 29 de septiembre de 1965, 13 de diciembre de 1985, 14 de enero de 1993, 7 y 8 de noviembre de 1996, 11 de junio de 1999.

PRIMERO. Se formula consulta por Don B. L., en su condición de Notario alemán y miembro de la junta de asuntos europeos de la confederación alemana de Notarios (*Bundesnotarkammer*), en relación a si es inscribible en el Registro de la Propiedad o Mercantil de España, una escritura de compraventa (se entiende de inmuebles) o de constitución de sociedad, otorgada ante Notario alemán, por extranjeros no residentes en España, y si el Real Decreto 2537/1994, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, es igualmente aplicable para fedatarios públicos extranjeros.

SEGUNDO. El principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral por la especial transcendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional, arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, art. 20 del C. de Comercio), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador, y así se establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (cfr. arts. 3 de la Ley Hipotecaria, 33 y 34 del Reglamento Hipotecario, art. 18 del C. de Comercio y 1216 del Código Civil).

TERCERO. Ahora bien, si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1216 del Código Civil, la cuestión se complica extraordinariamente cuando se trata de un documento extranjero. Desde luego este documento habrá de tener en España fuerza con arreglo a las leyes (cfr. arts. 4 de la Ley Hipotecaria, 36 del Reglamento Hipotecario, 5 del Reglamento del Registro Mercantil), por haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente (cfr. arts. 600.30 y 954.4.º de la Ley Enjuiciamiento Civil), pero esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado, porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción en el Registro de la Propiedad y Mercantil español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro de la Propiedad y Mercantil.

CUARTO. Sería inoportuno intentar resolver el problema por aplicación de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho internacional privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cfr. arts. 1278 y siguientes del Código Civil), mientras que aquí, como antes se ha apuntado, se trata de precisar un problema concreto. La aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español. Por el contrario, es el artículo 12.1 del Código Civil el que debe tenerse presente para encauzar la cuestión; en efecto, si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la Propiedad y Mercantil —lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados— se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento español para ser considerado como público y los exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad y Mercantil.

QUINTO. Desde este punto de vista debe afirmarse que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado “Por un Notario o empleado público competente” (art. 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado “las solemnidades requeridas por la ley” (art. 1216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público.

Pero además debe tenerse en cuenta que la posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se rigen, de acuerdo con el art. 10.1 del CC, por la Ley del lugar donde se hallen. Por ello, debe entenderse que será la *lex loci celebrationis* la que determine las formalidades extrínsecas del documento autorizado y la eficacia que le es propia según su propia Ley de origen, pero será la *lex rei sitae* la que determine los requisitos precisos para que el documento notarial extranjero sea inscribible en el registro español, bajo el principio de equivalencia de las formas en el tráfico inmobiliario, de modo que sea de eficacia equivalente a la Escritura Pública otorgada ante Notario español (art. 1218 y concordantes del Código Civil), ya que debe tenerse presente que no todo Documento Público autorizado por Notario español es inscribible en el Registro de la Propiedad, sino únicamente el que tiene la consideración de Escritura Pública (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria), por lo que la exigencia establecida en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria de que el documento otorgado en país extranjero tenga fuerza en España con arreglo a las leyes, impone, además de otros requisitos, que dicho documento tenga una eficacia equivalente a la que nuestro ordenamiento jurídico atribuye al documento público notarial, en su modalidad de Escritura Pública.

Por otra parte, el sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales es, en España, radicalmente diferente a otros sistemas, como el alemán, basados en el acuerdo abstracto entre el titular registral y el adquirente sobre la producción de la mutación jurídica real, unida a la inscripción constitutiva, a diferencia del carácter declarativo que, por regla general, se predica de la inscripción en el sistema registral español, lo que justifica que en dicha legislación germana, el tráfico inmobiliario, de acuerdo con sus normas de conflicto, quede sometido a la *lex substantiae*, rechazándose toda posible aplicación de la regla *locus*, y se reserve a los notarios nacionales la autorización de los actos y contratos de significado alcance traslativo o constitutivo de propiedad y de derechos reales inmobiliarios registrales, sin perjuicio de reconocer al documento extranjero los efectos sustantivos, extrarregistrales, correspondientes.

SEXTO. El artículo 11.5 de la EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) expresamente contiene en su norma de conflicto un reenvío, al señalarse que un negocio jurídico en el que se “pase” un derecho real o en el que se disponga de un derecho de esta clase, sólo es formalmente válido cuando cumpla las condiciones de forma exigidas por el derecho aplicable al contenido de la relación jurídica que constituye su objeto, precepto que debe ponerse en relación con el artículo 12.2 del Código Civil al admitir el reenvío a la Ley española.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 11.5 de la EGBGB alemán y 12.2 del Código Civil español no es inscribible en el Registro de la Propiedad español la venta de inmuebles sitos en España otorgada ante Notario alemán.

SÉPTIMO. Respecto a la posibilidad de que el Real Decreto 2537/1994, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, sea igualmente aplicable por fedatarios públicos extranjeros, debe rechazarse.

El Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, tuvo como finalidad evitar los fraudes en la contratación inmobiliaria y, por consiguiente, alcanzar la mayor seguridad jurídica en este ámbito, potenciando al máximo, de manera decidida y de acuerdo con los medios técnicos disponibles, la colaboración entre las dos instituciones a quienes el ordenamiento jurídico confía esta tarea, Notarios y Registradores de la Propiedad.

En dicho Decreto se reguló un procedimiento excepcional en cuanto a la solicitud de información al Registro de la Propiedad, con unos efectos específicos en el orden registral (cfr. art. 354 del Reglamento Hipotecario), y en cuanto a la práctica del asiento de presentación (art. 418 del Reglamento Hipotecario).

Dicha regulación estaba pensada para aquellos supuestos en los que no fuera precisa una previa calificación compleja de la solicitud de información y del testimonio en relación (cfr. art. 249 del Reglamento Notarial) para la práctica del asiento de presentación por fax. Por el contrario, tratándose de documentos otorgados en el extranjero se impone una previa calificación de su carácter de escritura pública, y del carácter de Notario del solicitante, toda vez que el artículo 420 del Reglamento Hipotecario expresamente impone al Registrador no practicar asiento de presentación de los documentos privados (salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuya eficacia registral) ni de los documentos que por su naturaleza no puedan provocar operación registral alguna.

Debe tenerse en cuenta los importantes efectos que en el orden registral produce el asiento de presentación (cfr. arts. 17 y 24 de la Ley Hipotecaria) lo que justifica que para la práctica del mismo no exista duda sobre el carácter de Escritura Pública, a los efectos del art. 3.º de la Ley Hipotecaria, del documento presentado. No reuniría ese requisito el documento enviado por fax desde el extranjero.

Atendiendo a este carácter excepcional, el artículo 7.º del RD 2537/1994, de 29 de diciembre, expresamente añade un inciso al artículo 5 del anexo tercero del Reglamento Notarial (que regula el ejercicio de la fe pública por los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero) por el que se establece que no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 175 y 249, apartado 2, del Reglamento Notarial a los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero.

OCTAVO. El artículo 9.11 del Código Civil determina que la Ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

Es la nacionalidad de la sociedad la que determina la legislación aplicable a la constitución de la sociedad. Tratándose de sociedades de nacionalidad española, será la legislación española la que determine los requisitos que con carácter esencial se precisan para su válida constitución, requisitos que diferirán según el tipo societario que se vaya a constituir.

Esta Dirección General ha acordado resolver la presente consulta en los términos que se desprenden de los anteriores Fundamentos de Derecho.

COMENTARIO

EL COMIENZO DE UNA HISTORIA

“El señor Otto W., de nacionalidad alemana, estado civil, casado con la señora W., con sujeción al régimen económico matrimonial de su nacionalidad, acude a nuestro despacho; su voluntad, vender dos inmuebles de su propiedad sitos en nuestro territorio; uno de ellos es un apartamento, forma parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal; el otro inmueble es una vivienda unifamiliar; el adquirente, señor John Smith, de nacionalidad británica y casado con persona de su misma nacionalidad, lleva muchos años residiendo en España...”.

Continuará esta historia más adelante.

La existencia de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 7 de febrero de 2005, BOE 6 de abril de 2005 y 20 de mayo de 2005, BOE 1 de agosto de 2005, y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número seis de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006, anulando la primera de las resoluciones citadas, me han llevado a escribir este comentario **sobre el acceso al Registro de Propiedad español de documentos públicos que tienen por objeto inmuebles situados en nuestro Estado autorizados por notarios extranjeros.**

La eficacia transfronteriza del documento notarial preservando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario es un objetivo a lograr y por documento notarial me refiero al autorizado por notario perteneciente al sistema del notariado latino-germánico, del que nosotros formamos parte y cuyas características fundamentales se expondrán en el apartado II de este trabajo.

El Parlamento Europeo, en Resolución de fecha 18 de enero de 1994, relativa a la “Situación y Organización del Notariado en los doce Estados Miembros de la Comunidad Europea”, destacó las notas que deben ser comunes a la profesión:

“1. Delegación especial del poder del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas.

2. Actividad independiente que se ejercita en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal, pero sometida al control de los poderes públicos en cuanto a la observancia de las normas referentes al documento notarial y a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes.

3. Función preventiva a la del juez, encaminada a reducir los litigios y funciones de asesor imparcial.

Se pretende y es loable que los diferentes Estados reconozcan idéntica eficacia al documento notarial, siempre que sea propiamente tal, proceda de donde proceda.”

Por consiguiente, el tema objeto de estudio es un tema no sólo de forma de documentos sino también, básicamente, y conectado con el anterior, un tema de eficacia de documentos.

El notario debe controlar que el documento en su integridad desde “la fecha y el Ante mí” hasta la “dación de fe” esté ajustado a Derecho tanto en el fondo como en la forma.

No se disminuyen y abaratan “costes” si la disminución se hace sacrificando seguridad jurídica. El artículo 10.1 del Código Civil, **Derecho sustantivo y norma de conflicto bilateral**, establece un único punto de conexión en materia inmobiliaria, y de carácter territorial: “La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, *así como su publicidad*, se regirán por la ley del lugar donde se hallen”.

Señala la profesora BOUZA VIDAL sobre esta norma de conflicto: “La regulación unitaria de los bienes muebles e inmuebles por la ley del lugar de su situación goza de una amplia acogida en el Derecho comparado, debido entre otros, a los siguientes motivos: permite que confluyan en un mismo Ordenamiento jurídico, la localización jurídica del bien y su localización material o física; refleja el interés estratégico, económico y social del Estado por controlar la creación, transmisión y modificación de los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio; y, expresa, en términos conflictuales, el principio de seguridad del tráfico jurídico; ya que *es en el lugar de situación del bien donde se manifiesta el elemento patrimonial que induce a terceros a confiar* (la cursiva es mía) *en el crédito de su deudor o propietario*”.

La historia continúa.

“El notario comienza su labor: asesora, solicita datos... el señor Otto W. no reside en España, dato importante, cabe la posibilidad de tener que practicar la retención del 5 por 100 que establece la Ley sobre el Impuesto de no

residentes; el adquirente, señor John S., manifiesta que es residente, nos dice que no ha renovado su tarjeta; pero el señor John S. es un extranjero perteneciente a un Estado de la Unión Europea –Gran Bretaña– y, por consiguiente, puede ser persona a la que se permita residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia si su situación se comprende en alguno de los supuestos que regulan los artículos 6.º y 7.º del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero; dato necesario ya que de no ser residente debemos controlar el medio de pago aun cuando el supuesto concreto no sea una inversión extranjera– Ley 19/93, de 28 de diciembre, modificada por la disposición adicional primera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales...”.

Al objeto de continuar con la presente exposición seguiremos un índice, el que a continuación se expone y se intercalará nuestra historia a lo largo del trabajo, hasta culminarla.

Índice:

I. Supuesto concreto que se planteó en la Resolución de 7 de febrero de 2005. Nota de calificación registral basada en las Resoluciones de la Dirección General de fechas 15 de marzo de 2000 y 15 de junio de 2000. Comentario particular. **II.** ¿Qué es un notario para nuestro Ordenamiento? ¿Qué es un notario dentro de nuestro Estado? **III.** ¿Qué es un documento público para nuestro Ordenamiento? **IV.** Normativa aplicable a este trabajo. **A)** Normas de origen externo. **B)** Normas de origen interno. **V.** Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 7 de febrero de 2005, BOE 6 de abril de 2005 y 20 de mayo de 2005, BOE 1 de agosto de 2005. La Sentencia de 9 de marzo de 2006 anulando la primera y comentario concreto a la misma. Referencia al principio de reciprocidad.

I. Supuesto concreto que se planteó en la Resolución de 7 de febrero de 2005. Nota de calificación registral denegatoria basada en las Resoluciones de la Dirección General de fechas 15 de marzo de 2000 y 15 de junio de 2000 en contestación a las consultas formuladas por dos notarios alemanes. Comentario particular

Supuesto concreto de la Resolución de 7 de febrero de 2005:

Se pretende el acceso al Registro de Propiedad español de documento autorizado por notario alemán en el que una persona de nacionalidad

alemana y residente en Alemania vende a otra persona de su misma nacionalidad y residencia la nuda propiedad de la mitad indivisa de un apartamento sito en el Puerto de la Cruz –Tenerife–, reservándose con carácter gratuito un derecho de usufructo vitalicio sobre toda la finca, con consentimiento de la copropietaria de la otra mitad indivisa.

La nota de calificación registral, denegatoria de la escritura, a que dio lugar la Resolución de 7 de febrero de 2005 que confirmó la calificación del registrador, Resolución que anuló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número seis de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006, fue una nota de calificación basada en las respuestas dadas por la DGRN en fechas 15 de marzo y 15 de junio de 2000 a las consultas planteadas por dos notarios alemanes, pero dicha nota de calificación no profundizó en las razones por las cuales se consideraba que el acceso al Registro de Propiedad español de una transacción inmobiliaria efectuada ante notario alemán no era posible; por consiguiente, y como punto de partida, nos centraremos en la *contestación dada por la DGRN con fecha 15 de marzo de 2000 a la consulta efectuada por un notario alemán sobre la posibilidad de acceso al Registro de Propiedad español de una compraventa de inmueble sito en España autorizada por fedatario alemán*. La DGRN resuelve lo siguiente en cuanto a los requisitos que debe llenar un documento notarial extranjero para ser inscribible en el Registro de la Propiedad español:

A) La ley del lugar de celebración (*lex loci celebrationis*) es la que determina las formalidades extrínsecas del documento autorizado y **la eficacia que le es propia según su propia ley de origen**.

B) La ley de situación del inmueble es la que determina los requisitos precisos para que el documento notarial extranjero sea inscribible en el Registro español bajo el principio de equivalencia de formas en el tráfico inmobiliario, **de modo que sea de eficacia equivalente a la escritura pública otorgada ante notario español** (art. 1.216 y concordantes del Código Civil).

Comentario: estas dos conclusiones, a mi entender, son acertadas; el principio de equivalencia de formas es aplicado por la DGRN en materia de apoderamientos; puede verse, en tal sentido, la Resolución de 23 de mayo de 2006, BOE del 26 de junio; sin embargo, en materia de transacciones y alteraciones jurídico-inmobiliarias ¿es aplicable dicho principio?; o, dicho de otra forma, ¿es una cuestión de validez formal?, ¿o es un tema de eficacia? ¿Cabe hablar de eficacia equivalente?, y ¿en qué medida?

Llegados a este punto lo primero que hemos de preguntarnos es qué se entiende por “principio de equivalencia de formas”.

Cuando se aborda el tema de los requisitos que debe llenar un documento notarial extranjero, desde el punto de vista formal, para ser inscribible en el Registro de la Propiedad español, *un sector doctrinal* sostiene que basta la aplicación de la *lex loci celebrationis*, de tal forma que cualquier documento idóneo para ser inscrito en el país de origen lo será también para ser inscrito en España, siempre y cuando esté traducido, en su caso, y legalizado o apostillado; *otro sector doctrinal*, por el contrario, sostiene que no sólo es necesario que se cumplan las formalidades que impone la ley del lugar de celebración sino que al documento extranjero hay que exigirle las formas equivalentes a las que solicita el Ordenamiento español como básicas o mínimas.

Pongamos un ejemplo: en materia de apoderamientos cuando éstos no revisten la forma de escritura pública sino que son poderes-legitimación. La DGRN, basándose precisamente en el principio de equivalencia de formas que descansa en los fundamentos de la segunda postura doctrinal exige para la admisión o recepción en España de estos poderes-legitimación que: haya sido autorizado –en este caso sería más bien intervenido– por notario o empleado público competente, que se identifique al otorgante y que se le considere capaz aunque sea de forma implícita; en otros términos y como señala RIVAS ANDRÉS, si notario y comparecientes son de la misma nacionalidad, el documento está redactado en la lengua común o está traducido a ella, si del documento resulta que se ha identificado a los comparecientes, que éstos estaban delante del fedatario, la DGRN entiende que hay un juicio favorable de capacidad aunque no se emita de forma expresa.

El artículo 11 del Código Civil –que en materia de obligaciones contractuales ha sido desplazado por el art. 9 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980– y el propio artículo 9 del citado Convenio, regulan la forma que ha de revestir una declaración de voluntad para que deba reputarse válida pero **quedan fuera de estos artículos las formas que son exigidas para que un acto produzca determinados efectos jurídicos, por ejemplo, para que determinado contrato por sí mismo produzca una mutación jurídico real y sirva de base al asiento practicable de dominio o derecho real.**

Parte de la doctrina internacionalista sostiene que las condiciones de eficacia de los documentos públicos extranjeros como título para practicar inscripciones en Registros públicos españoles son análogas a las exigidas para su fuerza probatoria en juicio.

Nada más lejos. No estoy de acuerdo y creo que una lectura pausada del artículo 323 de la LEC, apartado 3, difiere de esa conclusión. La existencia de las declaraciones de voluntad se tiene por probada pero la eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables

en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos. Veamos dicho artículo: “**Artículo 323.** Documentos públicos extranjeros.

1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley.

2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2. Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”.

Por consiguiente, una cuestión es la fuerza probatoria del consentimiento y declaraciones de voluntad incorporadas a un documento público extranjero que reúna determinados requisitos y otra, cuestión distinta, la forma útil, que representa un plus añadido al negocio ya configurado y que determina la producción de determinados efectos jurídicos del mismo.

En el artículo 323 de la LEC se aprecia claramente la distinción entre forma de validez de la declaración negocial y forma de “eficacia” también denominada por la doctrina forma “útil”.

Otros autores señalan –tras la entrada en vigor del Reglamento CE núm. 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados– que si un documento notarial con fuerza ejecutiva puede ser certificado como título ejecutivo europeo, no entienden por qué se ha de aplicar un criterio distinto para su acceso a Registros públicos; entre ellos, Sixto SÁNCHEZ LORENZO.

Este Reglamento es un paso importante para la justicia europea, que se encuadra en el marco de mutuo reconocimiento y confianza propio de la Unión; pero son distintas las esferas de eficacia de las que hablamos: en un caso, se trata de la eficacia ejecutiva; esto es, siguiendo el artículo 1 del Reglamento se trata de crear *un título ejecutivo europeo para créditos*

no impugnados que permita, mediante la fijación de normas mínimas, la libre circulación en todos los Estados miembros de documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución; sigue, pues, el criterio del “país de origen” si bien el documento para ser calificado de público con fuerza ejecutiva tiene que cumplir los requisitos del artículo 4.3 en relación con el artículo 3.1, que son de suma importancia, en la medida que consagra el documento propio de nuestro Sistema Notarial; pero en el caso que nos ocupa, no hablamos sólo y, en su caso, de garantizar y acreditar el consentimiento de los otorgantes para amparar en debida forma y con las garantías suficientes un derecho de crédito preservando, igualmente, los derechos de la parte deudora, evitando su indefensión; en suma, no se trata solamente de probar, acreditar y garantizar el fortalecimiento del vínculo obligatorio entre las partes –ejecución– sino también de que un documento público acredite por sí solo la mutación jurídico real, que tenga eficacia traslativa y que dada la capacitación profesional de la autoridad pública que lo autoriza, dé fe por sí solo de la triple concordancia voluntad declarada –voluntad escriturada– conformidad con el Ordenamiento Jurídico español; dicho de otra forma, desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento, artículo 10.1 del Código Civil, para acceder a un Registro público, como es el de Propiedad, en el que se inscriben títulos en los cuales se constituyen, reconocen, transmiten, modifican o extinguen derechos reales sobre inmuebles –art. 2 de la LH– **un documento público ha de ser auténtico y eficaz de forma global; íntegro, en el que funde de forma inmediata su derecho el titular.**

La Dirección General continúa diciendo en la citada consulta:

C) El sistema de transmisión de la propiedad y derechos reales es, en España, radicalmente diferente a otros sistemas, como el alemán, basado en el acuerdo abstracto entre el titular registral y el adquirente sobre la producción de la mutación jurídico real, unida a la inscripción constitutiva.

Comentario: efectivamente, como señala la doctrina, son dos sistemas distintos de transmisión; en nuestro Ordenamiento el Registro **publica lo que existe**; en Alemania, en materia de transmisiones inmobiliarias *inter vivos*, **existe lo que se publica.**

En Alemania, los cambios por negocio jurídico *inter vivos* se perfeccionan mediante la inscripción en el Registro. La inscripción constituye una parte del proceso traslativo o constitutivo de los derechos reales: sin ella no hay transmisión o constitución. Se adquieren los derechos reales mediante acuerdo abstracto e inscripción.

Por el contrario, en nuestro sistema las transmisiones *inter vivos* tienen lugar mediante un título (contrato) y un modo: un título que es causal, causa de la transmisión y un modo que hace eficaz y realiza la misma. La inscripción es una formalidad independiente de la tradición. La inscripción dota de UN PLUS de EFICACIA AL DERECHO YA CONSTITUIDO.

Nuestro sistema es, a diferencia del alemán, eminentemente causalista y por ello el Registro ha de tener como base títulos de una gran solidez y en los que puedan descansar los principios hipotecarios sin producir quebrantos al tráfico civil; la inscripción es declarativa y no convalida, además, los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

La piedra angular del control de la legalidad se ejerce por el notario con anterioridad al otorgamiento; **la calificación del registrador entra en juego cuando todo se ha consumado**, ya que, salvo excepciones, los derechos reales se crean, transmiten, modifican y extinguen al margen del Registro.

Nuestra escritura tiene efectos frente a terceros –art. 1.218 del Código Civil, no sólo probatorios, además tiene efectos traslativos– reales, artículo 1.462-2 del Código Civil; ¿puede un secretario de una comunidad de propietarios negar que una persona es titular de un apartamento ante la exhibición de copia autorizada de la escritura? ¿Por qué la entidad financiera prestamista entrega el dinero al cliente una vez firmada la escritura y antes de la inscripción de la hipoteca? ¿Cuántas veces compraventa y préstamo hipotecario se escrituran con números correlativos y la una (adquisición) se paga con dinero financiado por la otra?

La inscripción no es constitutiva en España, y *aunque nuestro sistema se rige por el principio de libertad de forma –art. 1.278 del Código Civil– si se quiere que el contrato produzca determinados efectos, tenga determinada eficacia, “forma útil”, las partes han de compelerse a colmar determinada forma –art. 1.279 del Código Civil– y esa forma no tiene nada que ver con la forma del artículo 11 del Código Civil o con la forma del artículo 9 del Convenio de Roma, o al menos, no totalmente; el artículo 11 del Código Civil alude a la forma en que debe exteriorizarse determinada declaración negocial para ser válida, y con sus conexiones alternativas trata de favorecer la validez formal del negocio; ahora bien, si de lo que se trata es de conseguir determinado efecto jurídico –la inscripción en el Registro de la Propiedad, por ejemplo– es la ley reguladora del efecto jurídico que se trata de conseguir –en este caso la ley de la inscripción, ley de situación del inmueble, art. 10.1 del Código Civil– la que determinará en qué materias y bajo qué presupuestos se produce una eficacia equivalente.*

— Mire usted y... esferas de eficacia. El artículo 9 del Convenio de Roma contesta a la pregunta de: ¿cómo he de manifestar mi voluntad para

obligarme contractualmente con otra persona de forma **válida**?; y contes-
tamos, en nuestro Ordenamiento, incluso tratándose de la compraventa de
un bien inmueble, un apretón de manos es suficiente, otro tema es cómo
probarlo; no, mire usted, es otra la cuestión, yo hice la escritura en Ale-
mania y mi comprador me pagará la mitad del precio en tal fecha y yo
quiero que, de no pagarme, un juez español tenga claro que me lo debe;
no se preocupe, estamos en Europa, si es una deuda líquida y exigible y
el crédito no ha sido impugnado no tenemos por qué poner en duda el
valor del documento público alemán como título ejecutivo europeo –Re-
glamento CE núm. 805/2004–. Perdóneme, hay algo más, he exhibido el
documento alemán ante la Administración española, para solicitar una sub-
vención con objeto de arreglar mi casa y me han dicho que no tienen cla-
ro lo de la titularidad; mire usted, la compraventa en Alemania sólo tiene
efectos obligacionales; me explico, no acredita por sí sola el cambio de
titularidad ya que según su sistema la inscripción forma parte del camino
de la transmisión –*iter*– transmisivo; y, aunque nosotros seguimos el prin-
cipio de equivalencia de formas que, en su interpretación clásica y más
fundada se reconduce a un principio de equivalencia de efectos, dígame
usted: ¿cómo voy a reconocer más efectos en España a una escritura ale-
mana que los que tiene en su país de origen? No parece lógico que una
persona embarque en un aeropuerto alemán con una escritura que tiene
efectos obligacionales y tras aterrizar y desembarcar en Barajas-Madrid
pase a tenerlos traditorios-traslativos. El artículo 10.1, que es precepto si-
milar al regulado en otros Ordenamientos jurídicos europeos, contesta a
la pregunta siguiente: qué requisitos ha de reunir un documento extran-
jero para que con base **al mismo (con base al mismo y no a medios ex-
trínsecos)** funde de forma **inmediata su derecho** (de propiedad u otro
real) la persona a cuyo favor se ha de practicar la inscripción (arts. 3 y 4
de la LH y 33 del RH); se centra todo en los artículos 10.1, 609, 1.462-2,
etcétera, del Código Civil; artículos 3 y 4 de la LH; 33 y 36 del RH.

Por ello, en la última parte de la contestación a la consulta cuesta
entender a la DGRN cuando habla de reenvío, veamos lo que dice final-
mente:

D) El artículo 11.5 de la EGBGB –Ley de introducción al Código
Civil alemán– expresamente contiene en su norma de conflicto un reen-
vío, al señalarse que un negocio jurídico en el que se “pase” un derecho
real o en el que se disponga de un derecho de esta clase sólo es formal-
mente válido cuando cumpla las condiciones de forma exigidas por el
derecho aplicable al contenido de la relación jurídica que constituye su
objeto, precepto que debe ponerse en relación con el artículo 12.2 del Có-
digo Civil al admitir el reenvío a la Ley española.

Comentario: a mi entender, no es necesario consultar, para resolver esta cuestión, una norma de conflicto de la ley alemana cuando es la ley española –ley de situación del inmueble, artículo 10.1 del Código Civil– como ley reguladora del efecto que queremos conseguir –la inscripción– la que ha de determinar en qué materias y bajo qué presupuestos se produce una eficacia equivalente.

Lo importante de este artículo 11.5 de la EGBGB, en unión a otros del BGB, por ejemplo, artículo 925, es lo siguiente: si en Alemania no se reconoce efectos registrales a una escritura autorizada por notario español que tenga por objeto un inmueble sito en Alemania, no entiendo cómo se plantean el que nosotros reconozcamos efectos registrales a las suyas, ya que, en el ámbito de la Unión Europea debe regir un mutuo reconocimiento, una mutua confianza, al menos en las materias en que sea posible sin detrimento para la seguridad jurídica. Cuestión distinta es que en esta materia la seguridad pueda resentirse. Sobre este tema volveremos al final de la exposición.

El notario, conocedor de la Resolución de uno de junio del año dos mil cuatro, solicita algún medio de prueba de los previstos en la misma, al objeto de determinar si la situación del adquirente señor John Smith se comprende en alguno de los supuestos que regulan los artículos 6.º y 7.º del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero; nos exhibe copia del contrato de trabajo y declaración de alta en la Seguridad Social; es un trabajador por cuenta ajena; su residencia está acreditada. El notario solicita los documentos de identificación y los títulos de propiedad. Debe identificar a los comparecientes, examinar la capacidad y legitimación de los otorgantes; el comprador presenta poder de su esposa otorgado a su favor en Inglaterra ante notario; el mismo cumple las exigencias marcadas por la R. de 11 de junio de 1999; quieren adquirir ambos las fincas; tras examinar los títulos –copias autorizadas– nos encontramos con que el apartamento está inscrito en el Registro de la Propiedad, no así la vivienda unifamiliar; el apartamento tiene como anejo una plaza de garaje; no aparece descrita, sólo se especifica que es la identificada en el suelo con un número determinado correspondiente a la vivienda; el futuro adquirente desearía desvincular el anejo; por lo que se refiere a la vivienda unifamiliar ha habido una pequeña ampliación de obra... El control de legalidad del notario se ejerce sobre múltiples aspectos:

Identificación: al ser nacionales de un país de la UE, documentos nacionales de identidad o pasaporte, originales y vigentes. La residencia del adquirente se acreditó en la forma vista, también se acreditaría, lógicamente, con la tarjeta de residencia.

Capacidad: al ser un contrato oneroso sobre bienes inmuebles celebrado en España, la capacidad se calificará con arreglo a la ley española, artículo 10.8 en la interpretación dada al mismo por R. de la DGRN de 13 de abril de 2005.

El poder, traducido, en su caso, y debidamente legalizado o apostillado siempre, será objeto de calificación tanto en cuanto al fondo (las facultades

han de ser suficientes con arreglo a la ley española, ley del país donde se ejercitan, artículo 10.11 del Código Civil) como en cuanto a la forma (ha de tener presente la doctrina de equivalencia de formas y cuidar asimismo que el documento en tanto soporte papel presente garantías de autenticidad, y esté debidamente legalizado o apostillado)... continuará.

Los dos siguientes epígrafes son a modo de recordatorio.

II. **¿Qué es un notario para nuestro Ordenamiento?** **¿Qué es un notario dentro de nuestro Estado?**

Podemos decir que es la suma de muchas cosas; comencemos:

Es un *jurista*, tiene capacidad profesional teórica y práctica, es licenciado en Derecho y además ha ganado una oposición reglada por el Estado, en la que deberá haber superado pruebas teóricas y prácticas que acreditan frente a todos su capacitación profesional para ejercer función pública, con conocimiento de los distintos ordenamientos jurídicos que rigen en los distintos Territorios Autónomos que componen nuestro Estado. Ejerce, pues, un **Oficio Técnico**.

Es un *asesor imparcial*, lo ha de guiar la prudencia y la legalidad, velará por el equilibrio de las prestaciones y precisamente **por tener conocimientos jurídicos** adecua la voluntad de las personas interesadas en una relación jurídica a la **Ley y, por su condición de garante de la legalidad que le confiere el Estado, las relaciones en las que interviene gozan de la cualidad e idoneidad necesarias para producir plenos efectos de conformidad con el Ordenamiento Jurídico por el que se rige la relación jurídica concreta en la que interviene; tratándose de escrituras que contengan contratos traslativos del dominio, compraventa, permuta, vitalicio, aportaciones a sociedades, etc., que tengan por objeto bienes, el otorgamiento de la escritura vale como modo, esto es, la escritura pública tiene eficacia traslativa.**

Su oficio ha sido creado por el Estado, por utilidad pública, es, pues, un **funcionario público**. El artículo 1 de la Ley del Notariado nos dice que el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios.

El notario **ejerce, sin embargo, su función bajo la forma de *profesional liberal*** y actúa en el ámbito del Derecho privado no contencioso; el Estado, en consonancia con la utilidad y servicio público que presta, le otorga unas prerrogativas que le hacen partícipe de **la autoridad pública**.

Sin embargo, como el Estado debe garantizarle una independencia, precisamente para asesorar de forma imparcial y de forma activa e individualizada, le excluye de la condición de empleado con cargo a los presupuestos generales del Estado y a cambio el Estado exige al notario una formación jurídica especializada, unas condiciones de moralidad y una amplia responsabilidad.

*El notario y su función forman una pieza única cuya esencia es escuchar, asesorar y adecuar la voluntad privada a la ley, controlando la legalidad, su función es **preventiva**, reduce el riesgo de posibles litigios. “Notaría abierta, Juzgado cerrado.”*

Actualmente la fe pública se predica del documento notarial; pero no hemos de olvidar que el notario por ser, cuando menos, la suma de las características antes reseñadas y porque nuestro Ordenamiento Jurídico así lo establece, dota de fe pública al documento. **Por ello, el notario y su función forman una pieza única, un ensamblaje perfecto.**

De ahí que **la autenticidad** sea atributo del documento público; el documento público es auténtico y lo es, entre otras muchas razones, porque el notario, participando de la autoridad del Estado, controla la legalidad, y es precisamente este control, la colaboración en la reducción de posibles litigios, la cooperación con la Administración; en suma, la seguridad jurídica preventiva, la mayor preocupación del notariado latino y europeo; por ello, la esencia de la función notarial se intenta robustecer y potenciar en ambos ámbitos, a través de la cooperación y ayuda mutua entre sus miembros.

En la actualidad, se estudia la libre circulación del documento notarial en Europa y es deseable; pero el notariado es consciente de que tiene una delegación de la autoridad **de su Estado** para dar a los documentos que redacta y de los cuales es el autor el carácter de auténticos y ello implica necesariamente una alta cualificación profesional pero a la vez una implantación geográfica; **el Estado, a su vez, consciente de que el notariado responde de la adecuación del documento a la ley, dota a los notarios a los que ha delegado parte de su autoridad de los medios adecuados para que el control de la legalidad por los mismos sea efectivo;** pensemos en la Ley de Impulso a la Productividad y la potenciación, desarrollo e instauración de las nuevas tecnologías; como consecuencia de todo ello, **los documentos autorizados por notario tienen una eficacia, “una forma de valer”, dentro de su Estado de la que carecen otros documentos autorizados por funcionarios similares a ellos pertenecientes a otros Estados.**

A un notario extranjero mi Ley no lo ha investido de la condición de notario para controlar la legalidad en el sentido de poder adecuar a nues-

tro Derecho –art. 10.1 del Código Civil– una transacción inmobiliaria, y que su intervención en un documento dote al mismo y en “bloque” de los más plenos efectos que mi Ordenamiento puede atribuir a su actuación (entre ellos, ser modo de adquirir; por consiguiente, tener efectos traslativos, oponibilidad a terceros o utilizabilidad por éstos); cuando el notario autoriza una transacción o alteración inmobiliaria participa de modo patente, como luego examinaremos, de la autoridad del Estado; **el propio Parlamento Europeo, en Resolución de 23 de marzo de 2006, considera que la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y que esta autoridad se ejerce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario, igualmente considera que los notarios desempeñan una amplia labor de investigación y examen, en nombre del Estado, en materias relativas a la protección jurídica no judicial, particularmente las relacionadas con el Derecho de sociedades –competencia comunitaria en algunos casos–, y que, como parte de esta labor están sometidos a una supervisión disciplinaria por parte del Estado miembro correspondiente, equiparable a la que se aplica a los jueces y funcionarios.**

“Como cuestión preliminar habremos de tener en cuenta cuál es el régimen económico matrimonial del disponente; la vivienda unifamiliar le pertenece por herencia; el apartamento está inscrito a su nombre con sujeción al régimen económico matrimonial legal correspondiente a su nacionalidad; el notario conoce dicho régimen, es el de separación de bienes con participación en las ganancias; durante la vida del mismo opera como un régimen de separación, pero no hemos de confundir, el régimen económico matrimonial con las facultades dispositivas de los cónyuges. El artículo 1.365-1.º del Código Civil alemán dispone que un cónyuge puede disponer de la totalidad del patrimonio únicamente con el consentimiento del otro cónyuge, pero nuestro cliente, según manifiesta, dispone de más bienes; los adquirentes están sujetos al régimen matrimonial inglés, en Inglaterra no hay régimen, más bien es una ausencia del mismo, por tanto, adquirirán con carácter privativo en la participación que ellos nos señalen, por mitades indivisas, nos dicen; señalar que el notario puede aplicar Derecho extranjero de oficio si lo conoce (vgr. art. 36.2 del RH, véase Resolución de 18 de enero de 2005).”

Como señala nuestra doctrina más autorizada, para nuestro Código los documentos son “formas de valer”; y dependiendo del tipo de documento ante el que nos encontremos, vale o no vale de determinada manera o forma, o dicho de modo, **tiene o no determinada eficacia**, produce o no determinados efectos. Y esto enlaza con el apartado siguiente.

III. ¿Qué es un documento público para nuestro Ordenamiento?

Artículo 1.216. Son documentos públicos “los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley”.

Por tanto:

1.º Tiene que ser **autor** el **funcionario** competente.

2.º Comprende varios tipos de documentos públicos y distingue y separa el documento notarial de otros documentos y cuando habla de documento notarial, evidentemente, se refiere al que emana de notario español, lo que en modo alguno significa que ante un documento de un notario perteneciente al sistema latino-germánico nos comportemos como si de papel mojado se tratase, nada más lejos.

3.º El artículo 1.218 dice que: “Los documentos públicos hacen prueba aun contra tercero **del hecho que motiva su otorgamiento** y de la fecha de éste”.

“También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.”

Siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS, cada tipo de documento público hace fe del hecho para el que está destinado; y así, nos dice: “Tratándose de documentos notariales, y concretamente de escrituras públicas, el hecho que motiva su otorgamiento y autorización es **el negocio jurídico que contiene el documento y que es objeto de autorización**; por ejemplo, una escritura de venta probará, aun contra tercero, que la venta se celebró en los términos y tiempo que refiere la escritura y así hacen prueba las escrituras públicas aun contra tercero de todo lo dispositivo del documento, esto es, de la parte dispositiva que es objeto del documento pero ninguna escritura hará fe contra tercero que no intervino en ella por lo que se hubiese dicho de forma enunciativa”; por lo que quedan dentro del párrafo primero del artículo 1.218 las declaraciones de voluntad constitutivas del negocio, lo dispositivo, los contratos y demás actos extrajudiciales, tal como dice el artículo 1 de la Ley del Notariado.

En contra de tercero puede descalificar la buena fe del mismo quien no puede alegar ignorancia por lo que se haga constar en el título y que forme parte de su esencia dispositiva –hecho que motiva su otorgamiento– si dicho título se le exhibe y también juega a favor de tercero; por ejemplo, si mi vecino vende su finca rústica inferior a una hectárea en escritura pública a un extraño, yo con base a esa escritura puedo ejercitar mi derecho como colindante a retraer la finca y cumplo con depositar el precio consignado en la misma, aun cuando se demuestre ser otro el precio real; en materia de retracto arrendaticio rústico (STS de 6-10-2005).

Sucede, a veces, que se ha incurrido en el error de confundir los efectos negociales de un contrato, que sólo se producen entre las partes y sus causahabientes (los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, art. 1.257 del CC) en el sentido de que sólo ellos están obligados a cumplir lo pactado, con los efectos del documento público, que se producen entre las partes, sus herederos y respecto a terceros; esto es, el hecho que motiva su otorgamiento, negocio contenido en la escritura y objeto de autorización, tiene plena eficacia entre partes y respecto de terceros, a favor y en contra; y entre dichos efectos se encuentran la tradición instrumental, la fuerza probatoria, ejecutiva y ser vehículo adecuado para acceder a los Registros públicos.

El principio general del artículo 1.218 tiene su excepción, artículo 1.219, contraescrituras, excepción que refuerza el principio general del artículo 1.218.

Llega un momento, lógico, en que la celeridad del tráfico y complejidad del mismo requieren dotar de una mayor seguridad a las transacciones inmobiliarias, y surge la necesidad de pensar en un Registro Inmobiliario; el dotar de una mayor protección a tercero frente a posibles cargas ocultas motivó que el principio general del artículo 1.218 tuviese otra excepción, artículo 606 del Código Civil, que nos dice que: “Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero”, pero el tercero del artículo 606 no es cualquier tercero sino el que tiene el título inscrito y además reúne las características y cualidades para que el sistema jurídico-registral le proteja, véanse artículos 32 y 34 de la LH principalmente.

4.º Y además, las escrituras públicas autorizadas por notario español que contienen contratos traslativos del dominio y, por tanto, no cualquier documento público, **son modos de adquirir**, artículo 1.462-2 del Código Civil; efectivamente son el título traslativo que opera, como tal, en el tráfico jurídico; el notario controla la legalidad, fundamentalmente con anterioridad al otorgamiento, da fe y traslada el título de un propietario a otro y tratándose de un documento, con más de una finca, sella la finca, la inutiliza documentalmente y continúa circulando el documento en el tráfico inmobiliario.

Es consustancial a nuestro sistema el título y el modo; o dicho en otros términos, ni se transmite la propiedad por el mero hecho de la perfección del contrato, al estilo francés o italiano; ni tampoco en virtud de un acuerdo abstracto de transmisión desprovisto de causa, como en Alemania.

Un documento público otorgado por notario extranjero, que contenga un negocio con “efectos” reales, respetando las formalidades del lugar de celebración, aun cuando dichas formas pudiesen ser equivalentes a las nues-

tras, puede ser medio de prueba y puede valer, como instrumento del contrato, en cuanto contrato consensual y generador de obligaciones (véase art. 323 de la LEC); es más, algunas obligaciones derivadas de un contrato dispositivo o productor de efectos jurídico-reales pueden regirse por un Ordenamiento extranjero (art. 3.1 del Convenio de Roma), pero en el instante en que las obligaciones desembocan en una modificación jurídico real, ésta se rige por la Ley de ubicación del inmueble (art. 10.1 del Código Civil); y, desde luego, tampoco cabe un libre albedrío para pactar los términos de las obligaciones derivadas de un contrato y que estén íntimamente relacionadas con la esencia de la mutación jurídico-real, si tales pactos contrarían el Sistema Jurídico de Adquisición de determinado Ordenamiento Jurídico.

La doctrina internacionalista, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, entre otros, sostiene que queda fuera de la *Lex contractus* los derechos reales que, eventualmente, puedan nacer del contrato o las modificaciones que sobre ellos puedan derivarse del mismo, aspectos que se rigen por el artículo 10 del Código Civil.

Pensemos en la compraventa, ésta *obliga, en nuestro Ordenamiento*, al vendedor a transmitir la propiedad de la cosa mediante su “entrega”; algunas obligaciones que genera la compraventa pueden quedar sometidas a la autonomía de las partes o a otras leyes, pero el cumplimiento de la obligación de entrega, la ejecución de dicha obligación, al implicar una modificación patrimonial queda sometida a la Ley española, artículo 10.1 del Código Civil.

“Solicitamos información continuada al Registro, por medio telemático, de ambas fincas; dicha información nos confirma la no inmatriculación de la vivienda unifamiliar y la inscripción del apartamento.

Vivienda unifamiliar: el título presentado es una escritura pública de herencia, la finca linda con ribera del mar; por consiguiente, necesitaremos solicitar de la Administración Certificación sobre si invade dominio público marítimo terrestre a fin de salvaguardar, entre otros, el interés y derechos del adquirente y por ser preciso, además, para la inmatriculación (art. 15 de la Ley de Costas y 173 del RN); además, por medios telemáticos obtendremos Certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca (arts. 205 LH y 298 del RH); el titular nos dice que la citada vivienda –la escritura es del año 1978– ha sido ampliada con posterioridad al año 78; solicitaremos cualesquiera de los documentos previstos en el artículo 52 a) del RD 1097/1997 –la certificación del Catastro es uno de ellos– que acrediten la terminación de la obra con su descripción en una fecha, para determinar si una posible infracción urbanística está prescrita. Además, hemos de tener en cuenta que existe una ampliación de obra en posible zona de servidumbre de protección de costas (arts. 23 a 26 de la Ley de Costas y 48 del RGC); tras preguntar al cliente nos dice que el suelo donde se asienta la edificación es urbano desde hace muchos años y esperamos que pueda encontrarse comprendido en el

supuesto del artículo 43.4 del RGC en relación con la disposición transitoria tercera 1 y 3 de la Ley de Costas y séptima 1 y 3 del Reglamento de Costas, o que se dé el supuesto de la disposición transitoria cuarta. Se obtiene certificado conforme, *no invade dominio público marítimo terrestre* y el Ayuntamiento certifica que el suelo sobre el que se asienta la edificación era urbano con anterioridad a la Ley de Costas y la edificación, incluida la ampliación, aunque posterior al año 88, año de entrada en vigor de la Ley de Costas, está situada a más de 20 metros desde el límite interior de la ribera del mar; la ampliación está prescrita y la superficie del terreno según Catastro se ajusta a la descripción de la escritura en los términos establecidos en la legislación catastral e instrucción de la DGRN de 26 de marzo de 1999. Todo, pues, en orden y conforme a disposiciones transitorias tercera y séptima de la LC y del RGC, respectivamente.”

IV. Normativa aplicable

Se expondrá la normativa de producción internacional e interna aplicable a este estudio.

Normas de origen internacional y comunitario.

— Reglamento CE número 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, del Consejo. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

— Reglamento CE número 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo. Notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

— Convenio de 19 de junio de 1980 y protocolos de interpretación. Ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma –arts. 4.3 y 9.1 y 6.

— Reglamento CE número 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados.

— Resolución de 23 de marzo de 2006, Resolución del Parlamento Europeo sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos.

— Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta incorpora las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo en primera lectura que la Comisión considera aceptables, así como muchas de las aclaraciones debatidas en el Consejo. Bruselas, 4 de abril de 2006.

Normas de origen interno, entre otras:

El artículo 10.1 del Código Civil establece: “La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, *así como su publicidad*, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen”.

Artículo 12.1 del mismo cuerpo legal: “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española”.

Artículos 1.278, 1.279, 1.462-2, 1.455 y 1.461 del mismo cuerpo legal.

Artículo 17 bis 2.a de la Ley Notarial **exige al notario dar fe de que el otorgamiento se adecua a la legalidad**. Y varios artículos más de la LON y del RN fundamentan normativamente el control de la legalidad que ejerce el notario, entre ellos, artículo 1 de la LON y artículos 1, 145 y 147 del RN.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria regula el título material y los artículos 3 y 4 se ocupan del título formal.

El artículo 3 de la Ley Hipotecaria señala: “Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, **deberán estar consignados en escritura pública**, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad Judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los Reglamentos”.

Y el artículo 4: “También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2.º otorgados en país extranjero, **que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes**, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Artículo 33 del RH dice: “Se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, **el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción**, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite”.

El artículo 34 del RH nos dice que: “**Se considerarán auténticos para los efectos de la Ley los que, sirviendo de títulos al dominio o derecho real o al asiento practicable**, estén expedidos por el Gobierno o por autoridad o funcionario competente para darlos y **deban hacer fe por sí solos**”.

El artículo 36 del RH: “Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos **si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado**, siempre que contengan la legalización y **demás requisitos necesarios para su autenticidad en España**”.

Artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya transcrito.

“Apartamento: los Estatutos permiten al propietario desvincular anejos, pero como en la escritura no está descrito el anejo (superficie y linderos), la desvinculación no es posible sin contar con el consentimiento de la Junta de propietarios, ya que la descripción de linderos y determinación de superficie puede afectar a otros elementos privativos o a los elementos comunes (arts. 12 y 17 de la LPH y Rs. de 11 de marzo de 2004 y 17 de enero de 2006).

Además de la información directa sobre los gastos de comunidad –certificación que aportará el transmitente–, artículo 9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal (según redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril), se advierte al adquirente de que la finca queda afecta al pago de los gastos de la comunidad vencidos de la anualidad corriente y del año natural inmediatamente anterior, y al transmitente de la obligación legal de comunicar el cambio de titularidad de la finca al Secretario de la Junta de Propietarios, ya que en caso de omisión será solidariamente responsable con el adquirente de las deudas con la comunidad posteriores a la transmisión...”

V. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 7 de febrero de 2005, BOE 6 de abril de 2005 y 20 de mayo de 2005, BOE 1 de agosto de 2005. La Sentencia de 9 de marzo de 2006 anulando la primera y comentario concreto a la misma. Referencia al principio de reciprocidad

Las citadas resoluciones confirman la calificación del registrador basándose fundamentalmente en que es la Ley española la competente en esta materia –art. 10.1– para determinar si se produce o no una equivalencia de formas; que las formas cumplen diversas funciones y que el notario es un profesional que participa de la autoridad del Foro.

El propio Parlamento Europeo, en Resolución de 23 de marzo de 2006, considera que la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario; éstos controlan la legalidad y tratándose de materias comprendidas en el artículo 10.1 del Código Civil, son los únicos que pueden dar fe de la triple concordancia: realidad –voluntad reflejada en la escritura–, legalidad y **–esto es importante para el consumidor–** responden de ello.

Como observamos en nuestra “historia”, una relación jurídica con elemento internacional no se rige en todos sus aspectos por un sólo Ordenamiento Jurídico, pero la vis atractiva de la territorialidad es tan evidente que, incluso el Ordenamiento Jurídico que resulta aplicable, español o extranjero, lo determinan normas de conflicto, muchas de ellas de producción interna y por añadidura, la calificación para determinar la **norma** de conflicto aplicable se ha de hacer con arreglo a nuestra Ley –art. 12.1 del Código Civil–. Efectivamente, en “nuestra historia” la calificación de la su-

ficiencia de las facultades del poder, de la capacidad, cuál sea la normativa aplicable al régimen económico matrimonial y a las limitaciones de la propiedad la hemos realizado partiendo de nuestro propio Ordenamiento Jurídico, del que forman parte, obviamente, los Tratados y Convenios internacionales, artículos 10.11, 10.8, 9.2, 10.1 del Código Civil, 4.3 del Convenio de Roma, etc.

“Por lo que respecta a temas fiscales, además de los generales: el título público de adquisición del apartamento es del año 89, hay, pues, que practicar la retención del 5 por 100; al respecto señalar que el Real Decreto Legislativo 5/2004 y Real Decreto 1776/2004, que regulan la Ley y Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, establecen en sus artículos 25.2 y 14 la afección de los bienes transmitidos al pago del importe que resulte menor entre dicha retención o ingreso a cuenta y el impuesto correspondiente. El registrador, por su parte, está obligado a hacer constar por nota al margen de la inscripción tal afección si la citada retención o ingreso a cuenta referido anteriormente no se hubiesen ingresado. Además de asesorar y controlar el cumplimiento de las obligaciones, aconsejamos que efectúen el ingreso del citado importe antes de presentar la escritura en el Registro de la Propiedad, con el objeto de que no figure la nota de afección.

Por el contrario, no procede la retención por lo que se refiere a todo el valor de la vivienda unifamiliar, ya que sólo la ampliación de obra es posterior a diciembre de 1986. Distinguiremos del precio de vivienda el de la ampliación de obra. Consulta Vinculante de la DGT de 2 de junio de 2005.

De conformidad con el artículo 64.1 de la Ley de Haciendas Locales, RDL 2/2004, de 5 de marzo, solicitaremos información y advertiremos expresamente a los comparecientes sobre las deudas pendientes por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles asociadas a los inmuebles que se transmiten.

Además, el artículo 106.2 de la Ley de Haciendas Locales establece en materia de Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía) que tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la persona física o jurídica o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate, cuando el contribuyente sea una persona física no residente en España. Precepto a tener en cuenta cuando el transmitente es un no residente y es el obligado al pago. En los despachos notariales, con la colaboración de los distintos municipios que nos facilitan su importe –al menos aproximado–, es frecuente retener del precio de la venta el importe del impuesto; de esta manera evitamos «sorpresas» al adquirente.”

Centrándonos en la sentencia.

La nota de calificación registral del citado documento dice: “No se practica la inscripción de dicho documento porque no se considera adecuado para acceder al Registro de la Propiedad español, al carecer de ple-

na fuerza legal en España y ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente al alemán”.

1. Lo primero que señala la sentencia, como premisa procesal, es que el objeto de recurso ha de ceñirse estrictamente al contenido de la calificación –arts. 19 bis y 325 de la LH–. Dicho en otros términos, se impugna la resolución pero sólo cabe discutir sobre la calificación y la nota de calificación se limitó a decir lo que dijo.

2. La nota de calificación registral consideraba que no era adecuada la escritura pública de compraventa otorgada ante notario alemán para acceder al Registro de la Propiedad; el registrador nos dice que es así por carecer de plena fuerza legal en España.

La Resolución de 7 de febrero de 2005 señala: “sólo el título impregnado de una presunción de legalidad debe acceder al Registro, a fin de comunicar ese mismo valor al asiento, articulándose a partir de aquí el fundamento del llamado principio de legitimación registral. El notario español debe dar fe (conforme al art. 17 bis de la Ley del Notariado) de que el otorgamiento que autoriza se adecua al Ordenamiento Jurídico español, juicio que no emite el notario extranjero”.

La sentencia, por su parte, en el Fundamento tercero señala, tras reproducir lo dicho anteriormente por la DGRN, que de sostener tal opinión, se produciría en la práctica la inviabilidad de que los títulos extranjeros pudiesen acceder al Registro.

A mi modo de ver, *un documento público* para acceder a nuestro Registro y **servir de base al asiento practicable de dominio o derecho real**, ha de ser *auténtico* en todas sus vertientes; en materia de control de la legalidad del tráfico inmobiliario español, el notario participa de la autoridad del Estado que le ha conferido su competencia; aquí cobra especial relevancia la autenticidad referida al autor-titular de una función pública y con alta capacitación profesional.

En nuestro Ordenamiento, a diferencia del alemán, la inscripción es declarativa salvo, alguna excepción, como las hipotecas; excepción, por otra parte, discutida. El Registro publica lo que ya existe. Si esto es así, dada la enorme trascendencia que para el tráfico jurídico implica la protección de tercero del artículo 34 de la LH, así como por el enorme calado, en general, que tienen todos los principios del Derecho Hipotecario –legitimación–, el control de la legalidad también exige por parte del registrador, como calificador, una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a su calificación.

Al ubicarse el inmueble en España, la Ley aplicable en materia de publicidad será la española (art. 10.1) y, para que el instrumento público acceda al Registro, **como título**, en el sentido del artículo 33 del RH –docu-

mento público en que funde *inmediatamente* su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción y que haga fe—, **ha de tener todas las condiciones que nuestra Ley establece para que el mismo sea auténtico tanto desde el punto de vista material como formal**, así lo establece el artículo 12.1 del Código Civil, que remite la calificación a la Ley española. **El título será inscribible siempre que sea público conforme al artículo 3, el cual exige escritura pública.**

Esto no quiere decir que se haga prácticamente inviable el acceso de títulos públicos extranjeros al Registro, pensemos en los diferentes documentos sucesorios, referentes al régimen económico matrimonial, poderes y demás documentación pública no notarial.

El artículo 4 señala: “También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2.º otorgados en país extranjero, **que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, ...**” y el artículo 36 del RH: “Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos **si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado**, siempre que contengan la legalización y **demás requisitos necesarios para su autenticidad en España**”.

Cuando se habla de documentos otorgados en país extranjero *que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes* se alude entre otros extremos a que los mismos tengan una eficacia equivalente. Por eficacia equivalente no basta que el título extranjero se ajuste solamente en tema de forma a la ley del lugar de celebración sino que, además, al documento extranjero hay que exigirle las formas equivalentes a las que solicita el Ordenamiento español como básicas o mínimas. En este sentido el otorgamiento de una escritura ante fedatario alemán no tiene virtualidad traslativa, ni el fedatario extranjero puede realizar un control de legalidad sobre el ordenamiento español, careciendo este documento público de la eficacia global que se atribuye a una escritura española.

Cuando el artículo 36 del RH alude a que han de reunir los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, hemos de tener en cuenta, como señalé al comienzo de esta exposición, que no son los artículos 11 del Código Civil y 9 del Convenio de Roma los aplicables, ya que aluden a la forma que ha de revestir la voluntad exteriorizada en los diferentes actos y contratos para que éstos sean válidos, pero no es materia de los mismos los efectos jurídicos que pueden derivarse de colmar con determinada forma un contrato, lo que la doctrina denomina forma útil; esto es, competencia de la Ley que regula el efecto jurídico, por tanto y en este supuesto de la Ley española —art. 10.1 del Código Civil.

En un contrato traslativo del dominio o derecho real como es por esencia, la compraventa, *la traditio* instrumental es una formalidad que

cumple varias funciones o que tiene determinadas utilidades, cumple una función integradora, la escritura pública aúna título-modo y por consiguiente, en ella funda **inmediatamente** su derecho el titular, consecuentemente tiene una función de publicidad-legitimadora, es el título de propiedad y/o que acredita la titularidad del derecho real y que opera, como tal, en el tráfico jurídico y al intervenir como autor una autoridad pública, que ejerce un control de legalidad global, goza de autenticidad e integridad, y despliega efectos frente a terceros (a favor y en contra), artículo 1.218 del Código Civil.

3. Se plantea o se cuestiona en la sentencia, ¿por qué en materia de poderes se aplica el principio de equivalencia de formas y no en esta materia, de transmisión de inmuebles?

La representación es la exteriorización de una relación jurídica que subyace entre dos o más personas, relación de carácter obligatorio, generalmente un mandato; en tanto **proyección** al exterior de una relación jurídica subyacente, la esencia se centra en la “prueba” del consentimiento del representado, en poder responder a una cuestión, ¿puedo estar seguro de que “A” actúa en nombre de “B”?, y contestada afirmativamente esta pregunta, ¿qué alcance tiene su actuación?; no es más ni menos que *probar* de forma fehaciente la “actuación en nombre ajeno”. De ahí el principio de equivalencia de formas, analizado en los excelentes trabajos de Rafael RIVAS ANDRÉS y Manuel ANDRINO HERNÁNDEZ, para responder a la primera cuestión y de ahí también la interpretación que la más autorizada doctrina internacionalista realiza del artículo 10.11 del Código Civil, para contestar a la segunda cuestión planteada.

La transmisión de un inmueble es algo más que la proyección formal al exterior de una relación causal, **es una modificación jurídico real que afecta a terceros** (Hacienda, Municipios, prevención de blanqueo de capitales, política estatal sobre el bienestar social, medio ambiente, Patrimonio, protección de personas discapacitadas... y terceros no partes en el contrato, acreedores, arrendatarios, etc.); en definitiva, se trata al otorgar la escritura pública de tener la capacitación profesional suficiente y la concreción y arraigo territorial bastantes para aunar interés del transferente, del adquirente y terceros, función pública que notario y registrador conjuntamente cumplen; el primero, como profesional capacitado para adecuar la voluntad privada a la Ley y controlar la legalidad y el segundo, como garante de las garantías que el notario ha prestado.

La adaptación y colaboración entre sistemas jurídicos y las autoridades que desarrollan una misma función, puede ser, en ocasiones, más sencilla que en otras. Al margen del control de la legalidad, en este supuesto, entre un sistema de adquisición y otro hay grandes diferencias.

4. Califica la sentencia de aspectos accesorios ciertos controles de legalidad (fiscales, prevención de blanqueo, controles urbanísticos), pero a mi entender no se puede hablar de accesoriidad en materia de control de legalidad; ¿creen realmente que es igual para el consumidor el que dichos controles se ejerciten o no?; ¿le es acaso indiferente al consumidor que el edificio del que forma parte su vivienda cuente o no con seguro decenal, o que tenga estas u otras cargas, afecciones o limitaciones o que se vea obligado a pagar la plusvalía porque su transmitente no residente dejó de hacerlo, o que exista un derecho de adquisición preferente a favor de persona privada o pública sobre el bien que pretende adquirir, o que pueda o no acreditar un exceso de cabida de su finca de una u otra forma; o que la parcela adquirida sea o no edificable o sea o no divisible...?; además nuestro sistema es básicamente causalista (entre otros, arts. 1.265, 1.266 y 1.300 del Código Civil) por lo que hay que evitar que los negocios nazcan viciados. **El notario ejerce una función depuradora.**

5. Igualmente en su fundamento tercero señala la sentencia que el artículo 4 de la LH y 36 del RH permiten con carácter general el acceso al Registro español de títulos extranjeros, y que esta admisibilidad debe ser interpretada con criterio extensivo, además, en el caso de documentos que provengan de otro Estado de la Unión Europea y califica la interpretación de la DGRN de contraria a los principios del Derecho comunitario en materia de libre prestación de servicios, en especial artículos 43 y 53 del Tratado de Roma. El artículo 53 expresamente dispone: “Los Estados miembros se declaran dispuestos a proceder a una liberación de los servicios más amplia que la exigida en virtud de las directivas adoptadas en aplicación del apartado 1 artículo 52, si su situación económica general y la del sector afectado se lo permiten”.

Se ha debatido mucho acerca de si los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios son aplicables a los notarios. Muchos compañeros –RODRÍGUEZ ADRADOS entre ellos– desde hace muchos años venían abogando por su inaplicabilidad, basándose en la capacitación profesional que se requiere para ser notario, la limitación territorial de la jurisdicción del notario, el deber de residencia, la necesidad de superar una oposición reglada y que de admitirse tales principios el sistema notarial español tal como se concibe actualmente desaparecería.

La Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006, posterior a la sentencia, establece que el artículo 45 del Tratado de Roma es aplicable a los notarios, por ser actividad que participa de la autoridad del Estado.

En otros términos, ha consagrado normativamente la citada postura doctrinal mayoritaria.

Dice la Resolución, entre otras consideraciones:

“... I. Considerando que los notarios son designados por las autoridades de los Estados miembros como funcionarios públicos entre cuyas funciones se cuentan las de redactar documentos oficiales con especial valor probatorio y de inmediata aplicabilidad.

J. Considerando que los notarios desempeñan una amplia labor de investigación y examen en nombre del Estado, en materias relativas a la protección jurídica, no judicial, particularmente las relacionadas con el Derecho de Sociedades –competencia comunitaria en algunos casos– y que, como parte de esta labor están sometidos a una supervisión disciplinaria, por parte del Estado miembro correspondiente, equiparable a la que se aplica a jueces y funcionarios.

K. Considerando que la delegación de una parte de la Autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y considerando que esta autoridad se ejerce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario.

... 17. Entiende que el artículo 45 del Tratado es de aplicación plena a la profesión de notario como tal; ...”.

El artículo 45 del Tratado de Roma, incluido en el capítulo relativo al Derecho de Establecimiento, establece que: “Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”.

Y el artículo 55 del Tratado de Roma, dentro del capítulo relativo a los servicios, establece que: “Las disposiciones de los artículos 45 a 48, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo”.

Por lo que la interpretación de la DGRN, a mi entender, no es contraria a los Principios del Derecho comunitario y el artículo 53 no es aplicable a la profesión de notario, sin perjuicio, claro está, de que sea necesario avanzar en el estudio con el fin de lograr un mutuo reconocimiento de la eficacia del documento notarial en el mercado europeo en los ámbitos en que sea posible sin que suponga detrimento de la seguridad jurídica.

6. La sentencia en su fundamento cuarto aplica el Convenio de Roma –art. 9.1– al tema de forma, lo cual, sea éste el artículo aplicable o lo sea el artículo 11 del Código Civil, es correcto.

Dejando a salvo problemas de Derecho transitorio en los que la sentencia no entra –España ratificó el convenio en el año 1993 y el documento alemán es del año 84– lo cierto es que, tengamos en la mano el artículo 10.5 del Código Civil o 4.3 del Convenio de Roma, esta compraventa

se rige por Derecho español, en cuanto contrato que genera obligaciones; la capacidad de los otorgantes se somete a la Ley alemana [art. 9.1 de nuestro Código y artículos 1.2 a) y 11 del Convenio] y la forma (art. 11 de nuestro Código y 9.1 del Convenio de Roma) se rige igualmente por la Ley alemana, *Lex loci celebrationis*.

El artículo 9.1 del Convenio de Roma, relativo a obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, con entrada en vigor para España el 1 de septiembre de 1993, que tiene carácter universal en el sentido de que hemos de aplicarlo aun cuando la Ley a la que nos remita sea la de un Estado no contratante, nos dice: “Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país **será válido** en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o *de la ley del país en el que se haya celebrado*” y la sentencia añade que esta previsión formal no se ve afectada por el apartado 6 del mismo artículo, que hace referencia a las exigencias de orden público.

Todo ello está bien; pero, a mi modo de ver, **el Convenio de Roma no se aplica a las modificaciones jurídico-reales que se derivan de las obligaciones contractuales**; el apartado 6 del artículo 9 hace referencia a la **forma de las obligaciones** que se derivan de un contrato y que están en íntima relación con el inmueble objeto del mismo, por ejemplo, **la forma en la regulación de la obligación** del vendedor de entregar la cosa en la compraventa; pero no regula este convenio, porque no es materia del mismo, el cumplimiento o ejecución de dicha obligación en la medida en que dicha ejecución produzca una modificación jurídico-real, la cual se rige por la Ley de ubicación del inmueble; en este caso Ley española –art. 10.1–, **y qué se entienda o no se entienda por escritura pública en materia de constitución, transmisión, modificación o extinción de inmuebles ha de ser calificado con arreglo a la Ley española, artículo 12.1 del Código Civil y, en nuestro Ordenamiento, escritura pública es la autorizada por notario-autoridad que participa del poder público de nuestro Estado, sometido a la Ley notarial y preceptos concordantes.**

El artículo 11 de nuestro Código y el artículo 9.1 del Convenio de Roma con sus conexiones tratan de favorecer la validez formal del negocio pero no se refieren a la forma –eficacia, esto es, la forma que puede exigir **la Ley que rige un determinado efecto jurídico** para que éste tenga lugar, por ejemplo, para lograr la inscripción en un Registro público.

Todo se centra en la eficacia equivalente pero si consideramos el control de la legalidad, una pieza clave y esencial de la función notarial, en esta materia, del tráfico real, al menos intervivos, no hay notario extranjero que pueda dar fe de la adecuación a la legislación española de una mutación jurídico-real.

7. Cuando las escrituras públicas autorizadas por notario español contienen contratos traslativos del dominio, esto es, que tienen por efecto la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real, son ellas las que por sí solas hacen fe de la mutación jurídico-real efectuada. **La propia escritura representa sin más, consentimiento y tradición.** Lo que accede al Registro tratándose de contratos traslativos **es el complejo negocial título-modo**; antes de la inscripción ya se ha producido la mutación jurídico-real: la transmisión opera fuera del Registro y antecede a la inscripción. La inscripción no suple a la tradición.

La Legislación Hipotecaria, como señala LACRUZ, no interfiere en la regulación de los modos de adquirir, sino que es la Legislación Civil, el Código, Derecho sustantivo, el que contiene el régimen legal que es asumido por la Ley Hipotecaria.

Así, nos dice LACRUZ, como la escritura pública notarial aúna título-modo, es forma de tradición instrumental, al exigirse que los títulos que accedan al Registro sean escrituras públicas no cabe pensar que existan inscripciones que no publiquen titularidades reales no consumadas por estar pendientes de tradición.

ROCA SASTRE, por su parte, nos dice que **la tradición ha de resultar existente de la titulación presentada para su inscripción**, pero el requisito de la tradición es altamente facilitado, ya que **el Código Civil admite que equivalga a ella el otorgamiento de la escritura, gracias a lo cual, la tradición puede ser cumplida normalmente, sin esfuerzo.**

VALLET aclara de una manera premonitoria. La tradición es una institución que, a través de la historia del Derecho, ha cabalgado y sigue cabalgando a dos vertientes y que dos han sido y son sus funciones: dar **efectividad** a la transmisión y darle **publicidad**.

¿Y los demás documentos públicos de nuestro Estado? Los documentos administrativos, nos dice HUERTA TRÓLEZ, carecen de valor y eficacia en lo que se refiere a la tradición y así lo ha establecido el TS en sentencia de 17 de marzo de 1986, y en cuanto a los documentos judiciales, se ha producido, de conformidad con el artículo 674.1 de la LEC de 7 de enero de 2000, una equivalencia entre escritura pública y auto judicial de adjudicación en cuanto al efecto de la tradición; sólo en cuanto al efecto, ya que la transmisión de dominio en virtud de documento judicial no se verifica por el sistema del título y del modo, se trata de un modo de adquirir establecido por la Ley.

Más dudas puede plantear el acceso al Registro de la Propiedad de una herencia, artículo 9.8 en relación con el artículo 609 del Código Civil, ya que, en el supuesto de donación, la cuestión está clara y, además, refuerza la postura sobre la importancia del valor traditorio de nuestra escritura pública; al ser la donación en sí misma un modo de adquirir se

exige, tratándose de inmuebles, escritura pública notarial con carácter sustancial. Planteo estas dudas porque el artículo 9.8 del Código Civil remite a la Ley nacional del causante y la teoría del título-modo no se aplica a la adquisición por sucesión pero no hemos de olvidar que tratándose de heredero único el acceso al Registro puede realizarse sin necesidad de escritura; pero si son varios los herederos y hay que proceder a realizar la partición de la herencia, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, declarativa, traslativa o especificativa de derechos, por medio de la misma y tras su práctica, el adjudicatario tiene la libre disposición sobre el bien adjudicado, despejando cualquier duda al respecto, si ésta se formaliza en escritura pública ante fedatario español; poder de disposición, consustancial al concepto de propiedad, artículo 348 del Código Civil. No olvidemos que la partición entre coherederos, también llamada partición contractual, es un contrato plurilateral al que cada uno concurre con un interés opuesto al de los otros, como acertadamente señala LA-CRUZ BERDEJO.

La sentencia considera aplicable, efectivamente, la Ley española en todo lo relativo a publicidad, constitución y extinción de derechos reales, pero curiosamente y ahí el punto en que no estoy de acuerdo, aplica la doctrina de equivalencia de formas y otorga efecto traditorio al documento alemán, sin darse cuenta que en nuestro Ordenamiento la escritura pública es además de título, modo, y que, en ocasiones, no tiene nada que ver con el desplazamiento posesorio material y que en modo alguno puede admitirse una transmisión por el mero acuerdo de voluntades, lo esencial de *la traditio* instrumental no es tanto el desplazamiento posesorio como el resultado que produce *ex lege*; efectos traslativos o jurídico-reales; de ahí el principio general consagrado en el artículo 1.218 del Código Civil.

Además, siguiendo a la doctrina, se podrán considerar equivalentes las formas previstas en diversos Ordenamientos cuando se prevén para su formación mecanismos análogos, cuando se regulan de forma similar y **cuando los Ordenamientos se sirven de ellas para efectos del mismo o parecido valor o eficacia.**

La libertad de forma del *acuerdo obligacional*, la escritura *con efectos traditorios* y la inscripción *sólo con carácter declarativo* son totalmente ajenos a la regulación alemana. *En Alemania la inscripción en el Registro de una transmisión inmobiliaria tiene carácter constitutivo*; en otras palabras, la transmisión de dicho derecho sólo se produce en el momento de su inscripción en el Registro. Si esto es así, **¿cómo podemos dotar en España de efectos traditorios a un documento público que no los tiene en el país de origen?** No podemos dotar de más eficacia a un documento en el país de recepción que la que tiene en su país de origen; esto es, por el hecho de atra-

vesar una frontera, un documento con efectos obligacionales no puede pasar a tener efectos traslativos. Bien es verdad que la inscripción ha de ir precedida de un acuerdo real de transmisión otorgado ante notario y que éste ejerce una función similar a la nuestra, pero los documentos autorizados por ellos no tienen el mismo valor que una escritura otorgada por notario español dentro de nuestro Estado. El artículo 873.1 del BGB alemán dice literalmente: “La transmisión de la propiedad de una finca, el gravamen de una finca con un derecho así como la transmisión del gravamen de dicho derecho, **exige**, en tanto que la ley no establezca otra cosa, *el acuerdo del titular y de la otra parte en lo que se refiere a la producción de la modificación jurídica y de la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro.*”

También se habló, entre mis compañeros, a raíz del pronunciamiento de esta sentencia, del principio de reciprocidad. Veamos el mismo:

8. Principio de reciprocidad.

La Resolución de 15 de marzo de 2000 señala: “... el sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales es, en España, radicalmente diferente a otros sistemas, como el alemán, basados en el acuerdo abstracto entre el titular registral y el adquirente sobre la producción de la mutación jurídica real, unida a la inscripción constitutiva, a diferencia del carácter declarativo que, por regla general, se predica de la inscripción en el sistema registral español, lo que justifica que en dicha legislación germana, el tráfico inmobiliario, de acuerdo con sus normas de conflicto, quede sometido a la *lex substantiae*, rechazándose toda posible aplicación de la regla *locus*, y **se reserve a los notarios nacionales la autorización de los actos y contratos de significado alcance traslativo o constitutivo de propiedad y de derechos reales inmobiliarios registrales, sin perjuicio de reconocer al documento extranjero los efectos sustantivos, extrarregistrales, correspondientes**”.

Los artículos de la LEC sobre este tema dicen:

“Artículo 951.

Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos.

Artículo 952.

Si no hubiere Tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España.

Artículo 953.

Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrá fuerza en España.

Artículo 954.

Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

1. Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
2. Que no haya sido dictada en rebeldía.
3. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.
4. Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España”.

El artículo 953 consagra normativamente la denominada reciprocidad negativa, hoy convertida en una cláusula de estilo en muchos pronunciamientos por falta de acreditación de la misma; así el primer Fundamento de Derecho de muchos autos del TS comienza: “No habiendo Tratado en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, debe aplicarse el régimen general del artículo 954 LEC ya que no está acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 LEC)”.

Ahora bien, si se acredita que en Alemania se reserva a los notarios nacionales la autorización de los actos y contratos de significado alcance traslativo o constitutivo de propiedad y de derechos reales inmobiliarios registrales, y que por tanto, no reconocen efectos registrales a una escritura autorizada por notario español que tenga por objeto un inmueble sito en Alemania, con base al artículo 953 de la LEC no deberíamos reconocer eficacia registral a las suyas.

Reserva que la doctrina alemana infiere de la interpretación del artículo 11.5 del EGBGB y del artículo 925 del BGB.

El propio notario Dr. Burckhardt LÖBER que planteó la consulta que dio lugar a la Resolución de 15 de marzo de 2000, nos habla en la *Revista Jurídica del Notariado* correspondiente a los meses de octubre-diciembre de 1994, de las profundas diferencias entre uno y otro sistema. Así nos dice que la inscripción en el Registro del derecho de propiedad sobre un bien inmueble tiene carácter constitutivo; que la transmisión de dicho derecho sólo se produce en el momento de su inscripción, y que sólo cuando el otorgamiento notarial o la escritura, la *auflassung* –hoy llamada *einigung*–, acuerdo de voluntades dirigido a producir la modificación real, y la inscripción se den conjuntamente y por el orden expresado se producirá la transmisión de la propiedad del bien inmueble a favor del adquirente; que la escritura pública alemana sólo tiene un carácter pura-

mente obligatorio. Por el contrario, nuestra escritura tiene valor traslativo de la propiedad, el concepto de tercero hipotecario del artículo 34 es rígido; muchas acciones no alcanzan en nuestro Ordenamiento al tercero civil; y otras cargas y acciones afectan incluso al tercero hipotecario, por ejemplo, determinados arrendamientos, retractos legales... las cosas no son sencillas; se complican, además, si tenemos en cuenta que las Comunidades Autónomas legislan también en materia de derechos reales; se requiere, pues, una especialización jurídica elevada.

Cualquier avance en este campo, a mi entender, ha de hacerse de forma conjunta en el ámbito de la Unión Europea, pero dudo que pueda descansar la equivalencia en un refuerzo documental en el país de origen ya que la disparidad legislativa es grande y se requiere una formación jurídica especializada; quizá se acabe imponiendo el planteamiento del compañero italiano Paolo PASQUALIS, que apuesta por una intervención notarial en el país receptor y en la responsabilidad del notario en dicha recepción.

Por otra parte, la colaboración entre Notarías y Registros se reserva hoy a los notarios nacionales e imagino que en Alemania las cosas son también así; la citada Resolución de 15 de marzo de 2000 dice al respecto:

“SÉPTIMO. Respecto a la posibilidad de que el Real Decreto 2537/1994, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, sea igualmente aplicable por fedatarios públicos extranjeros, debe rechazarse.

El Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, tuvo como finalidad evitar los fraudes en la contratación inmobiliaria y, por consiguiente, alcanzar la mayor seguridad jurídica en este ámbito, potenciando al máximo, de manera decidida y de acuerdo con los medios técnicos disponibles, la colaboración entre las dos instituciones a quienes el ordenamiento jurídico confía esta tarea, Notarios y Registradores de la Propiedad.

En dicho Decreto se reguló un procedimiento excepcional en cuanto a la solicitud de información al Registro de la Propiedad, con unos efectos específicos en el orden registral (cfr. art. 354 del Reglamento Hipotecario), y en cuanto a la práctica del asiento de presentación (art. 418 del Reglamento Hipotecario).

Dicha regulación estaba pensada para aquellos supuestos en los que no fuera precisa una previa calificación compleja de la solicitud de información y del testimonio en relación (cfr. art. 249 del Reglamento Notarial) para la práctica del asiento de presentación por fax. Por el contrario, tratándose de documentos otorgados en el extranjero se impone una previa calificación de su carácter de escritura pública, y del carácter de Notario del solicitante, toda vez que el artículo 420 del Reglamento Hipo-

tecario expresamente impone al Registrador no practicar asiento de presentación de los documentos privados (salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuya eficacia registral) ni de los documentos que por su naturaleza no puedan provocar operación registral alguna.

Debe tenerse en cuenta los importantes efectos que en el orden registral produce el asiento de presentación (cfr. art. 17 y 24 de la Ley Hipotecaria) lo que justifica que para la práctica del mismo no exista duda sobre el carácter de Escritura Pública, a los efectos del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, del documento presentado. No reuniría ese requisito el documento enviado por fax desde el extranjero.

Atendiendo a este carácter excepcional, el artículo 7.º del RD 2537/1994, de 29 de diciembre, expresamente añade un inciso al artículo 5 del anexo tercero del Reglamento Notarial (que regula el ejercicio de la fe pública por los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero) por el que se establece que no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 175 y 249, apartado 2, del Reglamento Notarial a los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero”.

9. La sentencia finaliza planteando por qué la Resolución de la DGRN no se detuvo a analizar si la tradición se ha producido o manifestado en forma distinta de la instrumental, y menciona el artículo de la profesora Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (*La Ley*, 20 de septiembre de 2005) quien concluye que en el caso que nos ocupa, al haber existido una reserva de usufructo vitalicio por parte del vendedor, manteniendo éste la posesión inmediata del bien, estamos en presencia de la figura del *constitutum possessorium*, hallándose implícita en el acuerdo de voluntades la transferencia del derecho real, todo ello con cita de las SSTs de 27 de marzo y 17 de noviembre de 2003.

Al respecto señalar que la citada figura operaría sólo sobre una mitad indivisa, ya que de la otra mitad no era dueña la persona que se reserva el usufructo vitalicio y, por tanto, con referencia a la misma realmente se produjo una constitución de usufructo por vía de transmisión, parece que con causa gratuita. Recordemos el supuesto de hecho: se pretende el acceso al Registro de Propiedad español de documento autorizado por notario alemán en la que una persona de nacionalidad alemana y residente en Alemania vende a otra persona de su misma nacionalidad y residencia, la nuda propiedad de la mitad indivisa de un apartamento sito en el Puerto de la Cruz –Tenerife–, reservándose con carácter gratuito un derecho de usufructo vitalicio sobre toda la finca, con consentimiento de la copropietaria de la otra mitad indivisa.

La sentencia del TS de 10 de julio de 1997, citada en numerosas sentencias posteriores, en un supuesto en el que confluyen tres personas: A, arren-

datario; B, dueña, y B vende a C en documento privado, señaló lo siguiente: “Se designa con el nombre de *constitutum possessorium* aquella especie de *traditio ficta* en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc., es decir, el poseedor inmediato (transmitente) continúa con la cosa, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro (el adquirente). El Código Civil no la prevé expresamente pero se puede considerar que cabe en la tradición instrumental del artículo 1.462 o en el artículo 1.463”; pero en el período de prueba que desembocó en la citada sentencia se constataron una serie de hechos: que la adquirente C (poseedora mediata) abonaba el IBI, suscribió una póliza de seguro contra incendios, cargándose las cuotas en una cuenta a su nombre, a ella se le entregó la fianza del contrato de arrendamiento y abonaba los gastos de la comunidad, etc., y el registrador, ¿ha de recabar pruebas de hechos?, o ¿la *traditio* ha de resultar del propio título, más aún del otorgamiento del mismo?

La DGRN en reiteradas resoluciones ha señalado que el registrador ha de ejercer su función calificadora por lo que resulte del título y de los asientos del Registro, sin acudir a medios extrínsecos de calificación; bien es verdad que se puede alegar que la *constitutum* resulta del propio título, ¿sin más pruebas?, ¿sobre toda la finca?

En el comentario que Rafael MARTÍNEZ DÍE hace a la citada sentencia en la Revista *La Notaría*, julio-agosto 1997, recuerda, siguiendo a Juan José LÓPEZ BURNIOL, que **la tradición instrumental** no es una tradición simbólica o ficticia, o presunta, una presunción de tradición, sino que **es una tradición tan real como pueda serlo la entrega material de la cosa; o incluso una forma superior, dado el carácter incoloro de la entrega**; así lo manifestó TELLO FERNÁNDEZ comentando la Ley 17 de Toro.

“Llegado el otorgamiento, el vendedor, como ha de trasladar enseres y mobiliario del apartamento, conviene con el adquirente que no le entregará la posesión del mismo hasta dentro de quince días. No hay problema. El artículo 1.462 del Código Civil y las Resoluciones de 31 de marzo de 2001 y 8 de septiembre de 2005, entre otras, así lo avalan.”

Las Resoluciones de la DGRN entienden que el otorgamiento de la escritura puede implicar la transmisión de la propiedad aunque no tenga lugar la entrega de la posesión. Dicen: “Cuando el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio”.

En base al artículo 1.462-2 puede haber una transmisión de la propiedad **con o sin** entrega de la posesión y **además un pacto excluyente de la transmisión de la propiedad, esto es, del hecho traditorio.**

Y, ¿si este pacto de nuestra historia, frecuente, por otra parte, figura en un título alemán?

Pero además, ¿dónde dejamos el control de la legalidad y el artículo 17 bis de la Ley Notarial?

La sentencia estima que hay controles que son renunciables por el interesado, pero una cosa es que un cliente bien asesorado y teniendo la posibilidad de contar con todos los controles que nuestro Ordenamiento Jurídico pone a su disposición renuncie a ellos y otra bien distinta hablar de renuncia cuando la posibilidad es inexistente. Y además el control de la legalidad, en cuanto tal, no es renunciable, forma parte de la función notarial.

A mi entender, dentro del término *publicidad* del artículo 10.1 del Código Civil se comprenden las *formas* de publicidad y, por consiguiente, para que un documento público sea el título en que funde *inmediatamente* su derecho la persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción (art. 33 del RH) ha de ser *auténtico y eficaz de forma global*; la actuación conforme a las leyes del notario, o lo que es lo mismo, el control de la legalidad que el notario ejerce en la esfera de los cambios jurídico-reales, conlleva en cascada la eficacia de la escritura pública respecto de terceros, de modo íntegro o global: eficacia probatoria, ejecutiva, legitimadora en el tráfico jurídico, especialmente inmobiliario y eficacia traditoria, traslativa.

El TC señala en su Sentencia 231/1990, de 20 de diciembre: “Los requisitos de forma no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima”.

“Tras el otorgamiento, el adquirente solicita la presentación en el Registro de la Propiedad por el procedimiento del artículo 249 del RN en relación con el artículo 418.4 del RH.”

10. Lo que realmente preocupa al Notariado es la seguridad jurídica; y ¿Europa?

Como señalaba nuestro compañero ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA en el Congreso Notarial Español celebrado en Zaragoza en noviembre de 2001, no basta con hacer declaraciones de principios sobre la libre circulación del documento notarial, ni sirve de nada ignorar que la circulación transfronteriza del documento notarial puede disminuir la seguridad jurídica; se trata de analizar cómo facilitar la circulación del documento público con garantías de seguridad.

El propio Parlamento Europeo ha excluido las notarías de la libre circulación de servicios y establecimiento en el ámbito europeo; la razón es clara, la fe pública es un servicio que ejerce un funcionario público bajo la forma de profesional liberal para preservar su independencia.

En el ámbito del primer Congreso de Notarios de la Unión Europea, que se celebró en Roma los días 10 y 11 de noviembre de 2005, el lema y tema no fue otro que: “Notariado sin fronteras: la seguridad jurídica al servicio de los europeos”.

Dado que los sistemas jurídicos de los diferentes países son distintos como lo son las prioridades sociales de los diferentes Estados, por parte del Notariado, y conforme a su finalidad de servir a la sociedad, se buscan vías intermedias y ponderadas entre el reconocimiento automático con plenos efectos de cualquier documento notarial europeo, que no es deseable en tanto no haya cimientos fuertes que lo sustenten, tratados o convenios, y el rechazo o no reconocimiento, que tampoco parece oportuno; interesante es el planteamiento del compañero italiano Paolo PASQUALIS, que apuesta por una intervención notarial en el país receptor y en la responsabilidad del notario en dicha recepción (véase *La Notaría*, número 21, de septiembre 2005); todo ello en coherencia con la definición que de documento público da la Sentencia Unibank, 17 de junio de 1999 –documento recibido en ejercicio de facultades públicas según lo previsto en las respectivas normas nacionales y cuya autenticidad no se refiere sólo a la firma sino también al contenido– y con las características del Notariado latino-germánico, que son las expuestas al principio de la exposición y que fueron recogidas en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994. Destacar, para finalizar este estudio, que en materia de circulación inmobiliaria el control de la legalidad que ejerce el notario bajo la forma de profesión liberal es función que implica una delegación parcial de la soberanía del Estado, cuyo objeto es preservar el servicio público y dotar de seguridad jurídica a las transacciones.

Seguridad jurídica que define así nuestro *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española*: “Cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. En España es un principio constitucional.”

Bibliografía

- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: "Forma de los Actos Jurídicos". Capítulo XIV. *Derecho Internacional Privado*. Volumen II. Editorial Comares. Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores).
- BOUZA VIDAL: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo I. Volumen 2.º "Comentario al artículo 10.1 del Código Civil". Editorial Revista de Derecho Privado.
- DOMÍNGUEZ MENA, Antonio: "El notario y los registros. Registros inmobiliarios, mercantiles, de anotaciones personales y otros. La función calificadoradora del notario en la elaboración documental". Ponencia presentada en la XI Jornada Notarial Iberoamericana. Buenos Aires, 2004. *Revista Jurídica del Notariado*. Extraordinario 2004.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio: *Código Civil alemán comentado*. BGB. Editorial Marcial Pons.
- FUGARDO ESTIVILL, Josep María: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos*. Tomo III. Capítulo 33: "Materia, forma y seguridad jurídica preventiva". Editorial Bosch.
- HUERTA TRÓLEZ, Antonio: Tomo II. *Instituciones de Derecho Privado*. Derechos Reales. Volumen 1.º
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho Inmobiliario Registral*. José María Bosch Editor, SA.
- LÖBER, Burckhardt y PENEDO DEL RÍO, José Luis: "La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario en España y Alemania: la práctica notarial y registral". *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1994.
- PASQUALIS, Paolo: "Circulación del documento auténtico". Revista *La Notaría*. Número 21. Septiembre de 2005.
- PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, Guillermo: "Valor y efectos del documento notarial extranjero en España". *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1994.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Escritos Jurídicos III*. Consejo General del Notariado.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004**

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

**Sentencia del Tribunal Supremo número 1128/2004
Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 24 de noviembre
Recurso de Casación número 905/2002**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de noviembre de 2004.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por don L. A. y don J., representados por el Procurador de los Tribunales don J. L. C. P., contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 30 de noviembre de 2001 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla dimanante del juicio de menor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de los de Sevilla. Son parte recurrida en el presente recurso doña M., doña P. y doña R., representadas por el Procurador de los Tribunales don L. R. N.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia Número Tres de los de Sevilla, conoció el juicio de menor cuantía núm. 555/99, seguido a instancia de don L. A. y don J., contra doña M., doña A. y doña P. y doña R. y don L., sobre impugnación de testamento.

Por la representación procesal de don L. A. y don J. se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "... dicte sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho del referido testamento, condenando a quien se oponga a la demanda a las costas causadas en el procedimiento".

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don L., se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "... dictar una sentencia por la que desestimando totalmente la demanda, rechace la pretensión de los actores con absolución plena de esta parte e imposición de todas las costas a los demandantes". Igualmente por la representación procesal de doña A. se contestó la demanda, en la que terminaba suplicando al Juzgado: "... dicte sentencia conforme a derecho, sin que proceda hacer declaración alguna sobre la imposición de costas a mi poderdante". Asimismo, por la representación procesal de doña M., doña P. y doña R., se contestó la demanda, en la que terminó suplicando al Juzgado: "... dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente los pedimentos de la demanda, absolviendo de ella a mis representadas, con expresa imposición de las costas a los actores, y con cuanto además proceda en Ley".

Con fecha 5 de enero de 2001, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que desestimando la demanda formulada por don L. A. y don J., representados por la Procuradora de los Tribunales doña M. Y. B., contra doña M., doña P., doña A. y doña R. y contra don L., absuelvo a los demandados de los pedimentos formulados con imposición de las costas procesales a la actora".

SEGUNDO. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia en fecha 30 de noviembre de 2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don L. A. y don J. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Sevilla en el Procedimiento de menor cuantía número 555/99 con fecha 5 de enero de 2001 y contra el auto de 14 de abril de 2000, que desestimaba el recurso de reposición contra la providencia de 17 de marzo de 2000, debemos Revocar y Revocamos la sentencia dictada en el sentido de no imponer a la parte actora las costas de primera instancia causadas por la intervención de la demandada doña A. ni las correspondientes al demandado, señor don L., desde el desestimiento de la parte actora con relación a dicho demandado manteniendo íntegro el resto de los pronunciamientos contenidos en dicha sentencia, todo ello sin hacer condenas en las costas causadas en esta Alzada".

TERCERO. Por la Procuradora señora Y. B. en nombre y representación de don L. A. y don J. se formuló, ante la mencionada Audiencia, recurso por infracción procesal y recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos:

I. “Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Violación del artículo 695, del artículo 687 y del artículo 709, ambos del Código Civil.”

II. “Al amparo del artículo 477-1 del Código Civil. Violación del artículo 670 y del artículo 687, ambos del Código Civil.”

CUARTO. Personadas las partes en este Tribunal Supremo, por Auto de esta Sala de fecha 6 de julio de 2004, se admite a trámite el recurso de casación y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal del recurrido, se presentó escrito de oposición al mismo.

QUINTO. No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día diez de noviembre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don I. S. G. C.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según la opinión de dicha parte, se han violado los artículos 695, 687 y 709, todos del Código Civil.

Ante todo hay que concretar que la pretensión casacional tiene como base la petición de una declaración de nulidad del testamento abierto otorgado por J. A. el 24 de abril de 1998, ante el Notario de Sevilla A. O. E.

La base de tal pretensión se encuentra en el dato derivado de que el testador J. A. en el momento de la hipotética testificación “no podía hablar ni escribir”, y que manifestó su conformidad al Notario mediante gestos, “le dijo que parara con la mano y volviera a leerlo. Que asentía a lo que el declarante (*sic*) iba leyendo”.

En conclusión, lo que se pone en duda y por ende se reclama la nulidad del referido testamento, es la incapacidad física y mental que tenía el testador para la formación de su última voluntad y manifestar la misma.

Todo ello con base a una interpretación *pro domo sua* efectuada por la parte recurrente del *factum* indirecto –fue asumido el de la sentencia de primera instancia– de la sentencia recurrida que dice: “El testador no pudo declarar y ordenar su voluntad oralmente ni tampoco pudo dar instrucciones por escrito habida cuenta su incapacidad mental y física por lo que el testamento tuvo que ser preparado o formado por una tercera persona, conculcando el carácter personalísimo del acto, sin que pudiera ratificar de forma plena y consciente y lúci-

da. Esta incapacidad alegan los actores que es ocasionada por el agravamiento y complicaciones de una enfermedad que padecía desde meses atrás y que le imposibilitaba físicamente, comunicarse con el exterior de forma suficiente para redactar el último testamento y psicológicamente le impidió tener capacidad de entender, querer y obrar para planificar, ordenar y ratificar el referido testamento. Pero también alegan que existe en el testamento impugnado una serie de disposiciones totalmente distintas respecto de los anteriores y cuyo cambio resulta incongruente e incoherente con la voluntad reiteradamente manifestada en los últimos años de vida. Y que este cambio radica en las circunstancias físicas y mentales de J. A. en la última semana de vida y en las inducciones de dos de los herederos más beneficiados por el cambio de testamento, M. y R. que determinaron el otorgamiento del último testamento a pesar de la manifiesta incapacidad de J. A.”.

Dicho todo lo anterior, es preciso afirmar que el motivo debe ser desestimado.

En efecto, del *factum* de la sentencia recurrida logrado a través de una hermeneusis lógica y racional, se infiere de una manera nítida, a pesar de lo que pretende la parte recurrente, que el testador J. A. en el momento del otorgamiento del testamento en cuestión no presentaba duda alguna al Notario otorgante que tenía la capacidad suficiente para tal otorgamiento, tanto, no sólo por la manera de comportarse, sino también por su gestualidad perfectamente comprensible ante temas importantes del testamento.

Es más, después de un análisis exhaustivo de la prueba pericial y testifical, que fue practicada en la primera instancia y que es acogida en la sentencia recurrida, se llega a la conclusión que J. A. gozaba de capacidad suficiente para otorgar el testamento de 24 de abril de 1998.

Dicho todo lo anterior y partiendo de la base de la capacidad del testador para otorgar el testamento en cuestión, tampoco cabe duda alguna que el mismo en tal acto de otorgamiento, pudo manifestar su voluntad, ya que en el presente caso hubo comunicación directa entre el testador y el Notario, de tal forma que éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad, como un requisito sustancial del negocio jurídico de testamento abierto, sin que además, por otra parte, ello, sea un requisito que exija una formalidad expresa y concreta.

En resumen, que en el presente caso el testamento cuestionado está hecho de conformidad con la voluntad del testador, sobre todo cuando las instrucciones que dio el testador eran de una gran simplicidad, y que su lectura sólo necesitaba unos movimientos afirmativos de cabeza.

Todo lo cual impide que puedan entrar en juego, con todas sus consecuencias, las prescripciones del artículo 709 del Código Civil.

SEGUNDO. El segundo motivo, como no podía ser menos y como el anterior, lo residencia la parte recurrente así mismo en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, según afirmación de la parte recurrente, en la sentencia recurrida se han violado los artículos 670 y 687, ambos del Código Civil, por haberse quedado al arbitrio de tercero la formación del testamento.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor.

En efecto, y aun partiendo de la base inexcusable que el testamento es un

acto personalísimo, que no puede dejarse a un arbitrio de un tercero, ni a través de comisario o mandatario.

Sin embargo, ello no puede confundirse con una interdicción total y absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución, por lo que con ello no puede haber vulneración del artículo 670 del Código Civil.

Es más, la doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo –la expresión directa de voluntad del testador al Notario–, no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera.

Y del *factum* de la sentencia recurrida, obtenido con las notas favorables antedichas, se desprende que el Letrado J. L. M. no actuó en contra o con la ausencia de voluntad del testador, ni que desde luego tratara de sustituir la voluntad del testador, cuando hizo las manifestaciones que sirvieron de base para plasmar dicha voluntad.

TERCERO. En materia de costas procesales en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento a tenor del artículo 398 de la LECiv; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1.º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por don L. A. y don J., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 30 de noviembre de 2001.

2.º Imponer las costas procesales de este recurso a la parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. I. S. G. C. – A. G. B. – P. G. P. – Firmado. – Rubricado.

COMENTARIO

I. Introducción

1. Esta sentencia tiene un especial interés notarial al contemplar algunos de los problemas que plantea la comunicación entre el testador y el notario, necesaria en el acto del otorgamiento para la lectura y la prestación del consentimiento, y también con anterioridad, en la preparación del escrito a otorgar, desde que el testador manifiesta su propósito inicial hasta la perfección del mismo en verdadero consentimiento mediante la labor del notario.

Aparte de la diversidad de lenguas, que queda fuera del presente estudio, esa comunicación puede verse imposibilitada, o dificultada en mayor o menor medida, por deficiencias o disfunciones de índole física, sensorial o cultural, aisladas o combinadas entre sí, de carácter permanente o meramente accidental, que el testador, o en general el otorgante, intentará suplir por medio de gestos, señas o signos, entendidos por el notario directamente, o bien mediante la intervención de prácticos o expertos. También el Derecho tiene que ocuparse de superar esas situaciones a fin de que, en la medida posible, toda persona capaz pueda otorgar testamento. Empecemos concretando las circunstancias indicadas en el testamento notarial cuya validez se impugna.

Se trata, como expresamente dice la sentencia, de un testamento “abierto”, otorgado conforme al Código Civil, en su texto vigente, introducido por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. La repetida cita del artículo 709 del Código Civil, relativo a los testamentos cerrados, es evidentemente una errata; quizá se quisiera mencionar el artículo 705, también improcedente porque en ningún momento se planteó una posible responsabilidad notarial.

La impugnación se basaba en que, según los demandantes y recurrentes, el testador “no podía hablar ni escribir”. La sentencia recurrida, a la que se atiene el Tribunal Supremo, asume el *factum* de la de primera instancia: “el testador no pudo declarar y ordenar su voluntad oralmente ni tampoco pudo dar instrucciones por escrito”; lo que no es enteramente coincidente con lo alegado por los recurrentes.

El testador, en efecto, no podía “hablar”, y precisamente por ello acudió a los gestos para exteriorizar su voluntad; no es que fuera “mudo”, sino que tenía una imposibilidad de hablar “accidental”, causada por su enfermedad.

Tampoco podía el testador “escribir” con la suficiente soltura para dar por escrito sus instrucciones sobre la redacción del testamento; no tenía

por tanto una imposibilidad absoluta de escribir, y desde luego podía “firmar”, y de hecho debió firmar el testamento, ya que en otro caso hubieran tenido que concurrir a su otorgamiento dos testigos idóneos (CC, art. 697, 1.º), y en la sentencia no aparece el menor rastro de la intervención de tales testigos.

También habrían intervenido testigos instrumentales si el testador declarara que no sabía o no podía “leer” por sí el testamento (CC, art. 697, 2.º), aunque lo firmara; estamos, pues, igualmente autorizados para pensar que el testador sabía leer, y podía leer el escrito testamentario, aunque al otorgar el testamento se atuviera, como frecuentemente ocurre, a la lectura hecha por el notario; lectura que podía “oír”, pues si fuera enteramente sordo no solamente hubiera sido precisa la concurrencia de testigos, sino que éstos tendrían que haber leído el testamento en presencia del notario, y declarar que coincidía con la voluntad manifestada (CC, art. 697, 2.º, 2).

2. Las dificultades señaladas no incidían en la “capacidad” del testador, sino solamente en esos “dos mejores modos de exteriorizar la voluntad” de que nos dotó la naturaleza, la palabra y la escritura; “cuando el testador que está en las últimas perdió el habla, pero no el intelecto; ya que si perdió el intelecto en manera alguna puede testar, ni instituir herederos, ni dejar legados” (GÓMEZ, Antonio: *Commentarium absolutissimum* a las Leyes de Toro, Ley 3.ª, números 22 y 111).

En nuestro caso, los escritos de los recurrentes, e incluso la sentencia de instancia y tras ella la sentencia recurrida mezclan, sin embargo, ambas cuestiones, la incapacidad del testador y sus problemas para la exteriorización de su voluntad. Pero la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos separa tajantemente estos dos temas: el testador “gozaba de la capacidad suficiente para otorgar el testamento”, por lo que “partiendo de la base de la capacidad del testador para otorgar el testamento en cuestión”, entra en la segunda cuestión, si el testador “pudo manifestar su voluntad”; porque si el testador fuera incapaz, de nada valdría el que pudiera manifestar una voluntad que el Derecho no consideraba válida. Cuando en nuestro tema se habla de “afasia” o de “agrafia” hay pues que eliminar de estos términos toda perturbación mental. Es un mérito de esta sentencia que hay que destacar, pues algunas veces se mezclan una y otra cuestión, aun sin llegar a confundirlas, quizá porque ambas concurren en el mismo caso, como sucede en la STS de 8-4-1965.

3. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron la impugnación del testamento; el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Dos fueron los motivos del

recurso de casación, y dos los paralelos Fundamentos de Derecho de la sentencia; los primeros se refieren al acto del otorgamiento del testamento, con posibles incidencias en la lectura, la prestación del consentimiento y la firma del testamento; los segundos, a la previa preparación del escrito testamentario. Examinémoslos separadamente.

II. El motivo primero de la casación

4. Salvo aquellos supuestos en que deba utilizarse una forma determinada de declaración de voluntad, en los negocios *inter vivos* la voluntad puede declararse en cualquier manera apta para exteriorizarla: de palabra, por escrito, por hechos concluyentes; incluso en determinados casos se puede atribuir al silencio el significado de declaración; y también puede declararse la voluntad negocial mediante gestos. Ello no constituye ninguna novedad; la declaración gestual de la voluntad fue ya admitida, sobre todo en los negocios consensuales, por el Derecho romano, según nos dice MODESTINO (*Sed et nutu solo pleraque consistunt*, D, 44.7.52.10), y confirman numerosos textos concretos del Digesto sobre la delegación (46.2.17), asignación (38.4.1.3), o préstamo (12.1.6). Pero lo contrario ocurrió en materia testamentaria; veamos algunos precedentes, pues el tema, como es lógico, hace muchos siglos que se planteó.

A fines del siglo XVIII nos proporciona una buena exposición José FEBRERO: “Si le llaman [al Notario] para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable es lo mismo que si nada profririera, porque no se le entiende, o del que ha perdido enteramente la locución, que es propiamente mudo, no autorice semejantes disposiciones, porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras claras y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza; bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinión por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciación; y también cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento ... Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues éstos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gom. en la ley 3 de Toro número III, apoyándolo en varios textos civiles; pero yo aconsejo al Escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena” (*Librería de Escribanos*, primera parte, I, núm. 300, p. 247).

En realidad, FEBRERO, como indica su cita, no hace otra cosa que resumir las opiniones que Antonio GÓMEZ había expuesto a fines del siglo XVI: “si el testador perdió completamente (*penitus*) el habla, de ma-

nera que no puede hablar clara, articulada e inteligiblemente”, no puede testar ni instituir heredero, aunque exprese su voluntad por señas o signos (*etiamsi nutu, vel signis exprimat voluntatem suam*); pero si no perdió totalmente el habla, sino que puede hablar, aunque sea “balbuciendo tarda y no articuladamente, de manera que pueda ser entendido”, puede otorgar testamento (*Commentarium* citado, ley 3.^a, núms. 110 y 111).

Y a su vez Antonio GÓMEZ, en pos de la generalidad de los autores del Derecho común, como BÁRTOLO, BALDO y PAULO DE CASTRO, fundamenta estas conclusiones en textos romanos. La inadmisibilidad, como regla, de los gestos proviene, en efecto, de dos leyes de Justiniano, la Ley *Discretis*, año 531 (CJ, 6.22.10), y la Ley *Jubemus*, año 530 (CJ, 6.23.29), que añade un comentario que iba a impresionar a los autores: “Pues si el testador es tal que ni puede escribir ni hablar articuladamente es semejante al muerto (*mortuo similis est*) y se comete falsedad en las declaraciones”. La excepción, cuando la afasia no es completa, deriva de la Ley *Quoniam indignum*, dada por Constancio en el año 339 (CJ, 6.23.15), que considera indigno que se invaliden los testamentos cuando “esté clara la intención de la voluntad” aunque profiriera las palabras, “una lengua medio muerta y balbuciente” (*seminecis et balbutiens lingua*).

La diversidad de tratamiento de los gestos entre los actos entre vivos y los testamentos no puede por menos de causar extrañeza, porque los medios de exteriorización de la voluntad son idénticos en uno y otro caso, sin que resulten influenciados por su contenido. Este argumento adquiere todavía mayor fuerza si tenemos en cuenta la unánime admisión de los gestos para exteriorizar la voluntad en muchas disposiciones *mortis causa*, como la ordenación de legados y fideicomisos (Ley *Nutu*, D, 32.21; Ley *Et in epistolam*, CJ, 6.42.22), con lo que la inadmisión de los gestos se reduce a la institución de heredero, y por tanto al testamento mientras esa institución fue su “*caput et fundamentum*”; y ello ni siquiera en todos los casos, porque en el Derecho común se admiten los gestos en la institución de heredero *ad pias causas* en virtud de la *benignitas canonica* (X, 3.26.13, *Cum tibi* y glosa *Dispositionem*: “*sicut nutu deprehenditur voluntas obmutescens*”); así como a la institución *parentum inter liberos* a favor de quien también sucedería abintestato (ACEBEDO: *Commentarii* a Nueva Recopilación, 5.4.1, t. III, núm. 162).

La secular inadmisibilidad de los gestos o señas en la declaración de la voluntad testamentaria no depende, pues, de su inaptitud para esa exteriorización, sino, en mi opinión, de la esencial “oralidad” del Derecho romano arcaico –“*uti lingua nuncupassit ita ius esto*”, XII Tablas, VI.I.a–, que incide en el testamento *per aes et libram*, como conjunción de nuncupación y mancipación; “*nuncupare est enim palam nominare*”, nombrar públicamente (GAYO: *Instituciones*, 2.104), de manera que se pueda oír,

“quid est palam? Non utique in publicum sed ut exaudire possit”, y en consecuencia no pueden hacer testamento los mudos porque no pueden pronunciar las palabras de la nuncupación *“quoniam verba nuncupationis loqui non potest”* (ULPIANO: D, 28.1.21, pr., y Reglas, 20.13); y según el famoso texto de IAVOLENO, cuando el que hace testamento, después de nombrados los primeros herederos “enmudece” –*“obmutuisset”*–, “más ha comenzado a hacer testamento que lo ha hecho” (D, 28.1.25).

Muchas de estas cuestiones las traté más ampliamente en mi estudio “La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública”. Baste decir ahora que al desaparecer la mancipación, la *“imaginaria venditio”*, permanece como esencia del testamento la nuncupación, la declaración oral de la voluntad ante testigos. En la misma Ley *“Hac consultissima”*, introducida por Teodosio II y Valentiniano III, año 439 (CTh, Nov. 16), y recibida por Justiniano (6.23.21.4), el testamento oral se denomina *“per nuncupationem”* y precisa que los testigos “oigan” la voluntad del testador, *“testatoris voluntatem ... audierint”* de otorgar testamento sin escritura –lo que desaparecería en la Novela 119–, y por tanto oigan también su contenido. Hasta el punto de que en los Derechos posclásico y vulgar, se prefiere a veces llamar al testamento abierto *nuncupación*, y no testamento.

5. Explicada así la secular exclusión de los gestos o signos, queda despejado el camino para que mediante ellos el testador declare su voluntad testamentaria.

La sentencia comentada, en su caso concreto, admite la posibilidad: “Dicho todo lo anterior y partiendo de la base de la capacidad del testador para otorgar el testamento en cuestión, tampoco cabe duda alguna que el mismo en tal acto de otorgamiento, pudo manifestar su voluntad, ya que en el presente caso hubo comunicación directa entre el testador y el Notario, de tal forma que éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad, como un requisito sustancial del negocio jurídico de testamento abierto, sin que además, por otra parte, ello, sea un requisito que exija una formalidad expresa y concreta. = En resumen, que en el presente caso el testamento cuestionado está hecho de conformidad con la voluntad del testador, sobre todo cuando las instrucciones que dio el testador eran de una gran simplicidad, y que su lectura sólo necesitaba unos movimientos afirmativos de cabeza”.

Sigue, pues, el Tribunal Supremo el criterio que fijó en la sentencia de 30-11-1991 (ponente don J. S. B.): “dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador según se acreditó, es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento por medio de la palabra. Indudable-

mente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental” (FD 3.º). Ni siquiera puede alegarse en contra la STS 8-4-1965, que, al declarar la nulidad de un testamento abierto por falta de capacidad del testador, añade “que sentada la anterior doctrina, quedan subsistentes las declaraciones contenidas tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda, que acepta plenamente las consideraciones de aquélla, o sea que la testadora no pronunció palabra alguna y únicamente sonidos guturales inarticulados que pudieran interpretarse tanto de conformidad como de lo contrario; ... y que los testigos instrumentales, si bien en un principio interpretaron aquellos sonidos en el sentido de aquiescencia a lo que se leía, entienden que no lo fue en realidad, deduciendo de todo ello, y del estado de salud de la otorgante –edad, enfermedad apoplética, anomalías síquicas, actitud pasiva, etc.– que carecía de la capacidad necesaria para testar...” (C3).

6. Profundizando un poco más en el contenido de la sentencia comentada, convendrá examinar separadamente los dos momentos del acto del otorgamiento en que se precisa la comunicación entre el notario y el testador: la lectura del testamento y la prestación del consentimiento del testador.

La sentencia que comentamos, así como las citadas de 1991 y 1965, insisten en los gestos afirmativos hechos por el testador durante la lectura del testamento. A mi manera de ver, sin embargo, bien están tales gestos durante la lectura, pero no son imprescindibles y, aun realizados de hecho, no implican el consentimiento negocial; aunque el testador suela mostrar su conformidad con algunas cláusulas importantes, como hizo en nuestro caso mediante “movimientos afirmativos de cabeza”, ello sólo significa aprobación de esa cláusula concreta, supeditada al consentimiento final de todo el testamento. En nuestro caso, la lectura se verificó por el notario en los términos acostumbrados, “en alta voz”, de acuerdo con la ley, y por ella el testador tuvo completo conocimiento del contenido del testamento, porque no tenía disfunción alguna que le impidiese recibir esa comunicación; el testador, según indicábamos al principio, podía oír y podía leer, y el notario tuvo que recordarle su derecho a leer por sí el testamento.

Aun refiriéndose expresamente a la lectura, la sentencia comentada –como las anteriores– quiere en realidad deducir de los gestos aprobatorios del testador durante la lectura del testamento la prestación de su consentimiento testamentario, y esto no creo pueda admitirse; insistamos en que el testador, o el otorgante en general, no presta su consentimien-

to por partes, sino que de una sola vez consiente la totalidad del testamento, o del contrato, después de finalizada la lectura. En este sentido, el artículo 695 exige la lectura “para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad”; lectura pues del testamento completo; ¿para qué vale la conformidad con una cláusula si luego no se consiente el testamento en su totalidad?; y en el mismo sentido la jurisprudencia: “mostrando el testador su conformidad con el proyecto redactado después de su lectura que había de ser hecha por el Notario en alta voz, según previene el citado artículo 695...” (STS 9-10-1956, C 2.º); el escrito redactado sigue siendo “proyecto” de testamento hasta su consentimiento final.

Hagamos notar que el artículo 695 se limita a señalar la finalidad de la lectura, aludiendo entonces a la manifestación de la voluntad del testador; pero no impone una forma determinada para la prestación del consentimiento; no exige que sea “de palabra”, por lo que perfectamente cabe que se manifieste por gestos o signos.

Otra cosa ocurriría con anterioridad al Código Civil; el que llamamos testamento abierto era propiamente testamento “nuncupativo”, porque la voluntad testamentaria y su contenido se manifestaba oralmente por el testador al escribano y a los testigos; con esa declaración oral el testamento quedaba perfecto, y la escritura del testamento sólo era *ad probationem*, de manera que si la escritura fuera nula por algún defecto formal, el testamento continuaba siendo válido, y podía probarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente la testifical, en acto de jurisdicción voluntaria judicial. Así Diego DEL CASTILLO: “el testamento hecho con escritura ante tabelión, sólo para que se pruebe que ha sido hecho, se llama nuncupativo ... De lo cual se sigue que si el notario omitió poner algo en la escritura de testamento nuncupativo, no se vicia por ello el testamento, ya que allí la escritura no es de sustancia del testamento, sino que se hace sólo para la prueba” (*Las leyes de Toro glosadas*, Ley 3.ª, fol. 31r). Y también PALACIOS RUBIOS: “en cuanto a la esencia del testamento nuncupativo, bastan los testigos y no es necesaria la escritura. De donde si el notario omitió poner algo en la escritura de testamento nuncupativo, no por ello se vicia el testamento” (*Glosemata Legum Tauri*, Ley 3.ª, VII, fol. 4v).

En el Código Civil, el testamento abierto notarial deja de ser nuncupativo; es un testamento escrito, y su forma completamente escrita es esencial, bajo sanción de nulidad conforme al artículo 687. ¿Cómo puede el testador prestar su consentimiento “por escrito” en el testamento abierto? Sencillamente mediante su firma, que es lo único que el testador escribe en el testamento; la firma comenzó siendo una frase completa de aprobación de un escrito, de consentimiento al escrito que antecedió, pero en su evolución quedó reducida a su esencia, a la expresión nominal –hoy

tampoco imprescindible— y manuscrita del propio nombre, a un “signo” del consentimiento; no sólo es, pues, que el consentimiento pueda prestarse mediante un signo, que es la firma, sino que en los documentos notariales necesariamente tiene que hacerse así, y el consentimiento no puede prestarse notarialmente con la mera palabra, sin firmar (conf. mi estudio “La forma notarial de la declaración de voluntad”, *Revista Jurídica del Notariado*, 30, abril-junio 1999).

7. Claro es que los gestos pueden ser insuficientes en el caso concreto, y deberán completarse con la asistencia de expertos. En este sentido se pronunció para los actos entre vivos la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones en consulta de 18-10-1974 (“asistencia técnica de personas peritas en el lenguaje especial de los sordomudos provistas de título o diploma”) y de 31-8-1987 (“presencia de intérprete”), y en el mismo sentido se pronuncian con variantes algunas legislaciones notariales extranjeras, como Japón (un intérprete, Ley Notarial 53/1908, art. 29); Alemania (“*Vertrauensperson*”, persona de confianza, Ley de Documentación de 28-8-1969, art. 24); Portugal (un intérprete, Código del Notariado de 14-2-1995, art. 66.2) o Grecia (una persona capaz de comunicarse con él, Código Notarial de 16-3-2000, art. 10.3).

La sentencia objeto de este comentario no entra en estos problemas por considerar suficientes las señas empleadas; la solución, en otro caso, creo que por analogía con la diversidad de lenguas, hubiera sido la intervención de intérprete; pero en la comunicación con el testador solamente podría sustituir completamente al notario un intérprete oficial, que a su vez sólo podrá existir cuando se reconozcan las lenguas de señas, como la castellana y la catalana, actualmente en estudio, y se reglamenten sus intérpretes y sus títulos oficiales.

III. El motivo segundo de la casación

8. El segundo motivo del recurso de casación consistió en haberse “violado los artículos 670 y 687, ambos del Código Civil, por haberse quedado al arbitrio de un tercero [del Abogado del testador] la formación del testamento”. La sentencia replica que el carácter personalísimo que de forma inexcusable tiene el testamento “no puede confundirse con una interdicción total y absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución, por lo que con ello no puede haber vulneración del artículo 670 del Código Civil”. Ello es tan evidente que, en otro caso, tampoco el notario podría informar, asesorar y aconsejar al testador ni redactar el

testamento; el notario sería un escribiente al dictado, un mero taquígrafo del testador, y el testamento no contendría la verdadera voluntad de éste, sino una voluntad no informada, quizá errónea, incompleta o ilegal; un borrador de voluntad.

9. La sentencia no hace referencia ahora a nuestro tema, a la admisibilidad de los gestos o señas en la exteriorización de la voluntad del testador que no puede hablar ni escribir, por pensar quizá que ello sólo incide en los momentos que comprende el primero de los motivos de la casación y resuelve el primero de sus fundamentos de derecho. Sin embargo, la incomunicación puede darse también en las primeras fases del procedimiento instrumental, impidiendo que “el otorgante pueda, en alguna forma, dar las debidas instrucciones al Notario para la redacción” de la escritura (Resolución de 18-10-1984), y el notario ejercite aquellas funciones dirigidas a alumbrar el verdadero consentimiento del testador, que la Ley le tiene encomendadas.

Tampoco las legislaciones notariales, en cuanto a los actos entre vivos, suelen ocuparse de la comunicación entre el notario y los otorgantes en esta fase inicial, preparatoria del documento; y cuando lo hacen, sus preceptos resultan un tanto anodinos. Así el Código Notarial de Grecia, ya citado, artículo 10.2: “Si una de las partes o uno de sus representantes es sordo, mudo, o sordomudo, pero sabe leer y escribir, las declaraciones, cuestiones y observaciones eventuales tendrán lugar: a) por escrito al sordo, que responde oralmente. b) Oralmente al mudo, que responde por escrito. c) Por escrito al sordomudo, que responde por escrito”. Y es que el medio de comunicación no se eleva en esta fase a requisito formal de la escritura, cuya infracción originaría su nulidad, sino que queda al recto arbitrio del notario, según las circunstancias de cada caso.

El problema debiera, sin embargo, haberse considerado en la sentencia, porque aquí, en tema de testamento abierto, existe precisamente una norma legal concreta que podría excluir la utilización de los gestos; está en el inicio del artículo 695 del Código Civil: “El testador expresará *oralmente o por escrito* su última voluntad al Notario”. Podría deducirse de este precepto que en esta comunicación entre notario y testador no son admisibles los gestos; y aunque estas interpretaciones *a contrario -inclusio unius exclusio alterius-* son bien inseguras, porque lo normal es que la proposición de que parten sea incompleta, conviene que nos detengamos un poco en tal inciso.

El artículo 695, en las redacciones originaria y reformada del Código, comenzaba diciendo simplemente: “El testador expresará su última voluntad...”, sin referencia alguna a los medios por los que esta voluntad podía expresarse; el inciso “oralmente o por escrito” fue introducido en la re-

dacción vigente por Ley 30/1991, de 20 de diciembre. No parece, sin embargo, que esta Ley quiso vetar los gestos en el trato inicial entre notario y testador, sino que pretendió simplemente unificar los artículos 695 y 696 para producir en el articulado del Código un hueco que consideraba conveniente para introducir otras normas; el artículo 695, en efecto, aun redactado en términos generales, se refería preferentemente en su redacción anterior a la comunicación “verbal” del testador con el notario, puesto que el artículo 696 contemplaba el supuesto de que “el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria”; y la jurisprudencia había declarado que “los artículos 695 y 696 del Código Civil –entre los que no existe diferencia esencial alguna–, respetando la función del Notario en orden a la redacción del testamento por ser un instrumento público otorgado bajo su fe, permiten que el testador le exprese su voluntad, bien de palabra, bien por escrito en notas, borrador o minuta que le facilite antes o en el mismo acto del otorgamiento” (STS 9-10-1965, C. 2.); no existía entre ambos artículos, según esta sentencia, “diferencia esencial alguna”; podían, pues, refundirse en un precepto único, dejando en blanco un número en el articulado para otras disposiciones. Añadamos, sobre todo, que admitidos los gestos en la declaración de la voluntad, que es el momento de la verdad, no cabe excluirlas de las conversaciones previas entre el notario y el testador, que tienen que basarse en una completa libertad para la búsqueda de los medios de comunicación posibles en cada caso concreto, sin introducir un requisito formal, que eventualmente pueda originar una nulidad del testamento. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto tan próximo de la diversidad de idiomas; en la fase inicial cabe perfectamente que el notario y el testador, o en general el otorgante, se entiendan en una tercera lengua que no sea la del uno ni la del otro, ni la del documento, pero que ambos conozcan, o en la que puedan entenderse mediante intérprete; y también es posible que el intérprete no tenga carácter oficial y, tratándose de los gestos, que ni siquiera sea un práctico, sino un familiar o vecino capaz de entenderse con el que no sabe hablar ni escribir, aunque siempre bajo el control del notario; repitamos que aquí no existe requisito formal alguno, sino la mera posibilidad de entenderse; al menos que el notario entienda al testador.

10. El inicio del artículo 695, en la versión vigente de la Ley 30/1991, tiene otro detalle de mayor importancia: “El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad *al Notario*”. Hemos cambiado de tema, porque esta expresión podrá ser hecha por gestos, según cuanto antecede, pero en general será verbal o escrita, y en todo caso lo que se cuestiona es si tendrá que hacerse directamente por el testador al notario, o

podrá efectuarse también mediatamente, a través de otra persona. Este es el tema que creo estaba en el fondo del motivo segundo del recurso, aunque alegara erróneamente, o más bien exageradamente, el carácter personalísimo del testamento del artículo 670. Pero la sentencia que comentamos, al rechazar el motivo, parece que también incurre en alguna exageración: “Es más, la doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo dispuesto en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo –la expresión directa de voluntad del testador al Notario–, no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera. = Y del *factum* de la sentencia recurrida, obtenido con las notas favorables antedichas, se desprende que el Letrado... no actuó en contra o con la ausencia de voluntad del testador, ni que desde luego tratara de sustituir la voluntad del testador, cuando hizo las manifestaciones que sirvieron de base para plasmar dicha voluntad”; cosa que, por otra parte, no me ofrece la menor duda, sin que por ello quepa admitir que “el testador puede expresar su última voluntad [al Notario] valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera”.

La relación directa, desde el momento inicial, entre escribano y testador había sido defendida en la doctrina notarialista clásica a fin de que el escribano pudiera apreciar la capacidad del testador y asegurar su libertad de testar frente a toda clase de presiones. Ya en 1674 Juan DE LA RIPIA, que no era escribano, sino contador de la Intervención de las Rentas Reales, decía: “Habiendo reconocido el Escribano la capacidad del testador por preguntas; y en caso de estar muy gravado de enfermedad le propondrá algunas cosas opuestas al intento de que se debe tratar; pues si él las enmendare y corrigiere con sus respuestas claramente, se reconocerá está capaz para testar; y todo se haga en presencia de los testigos, porque también queden ciertos de la capacidad del testador...; y no permita el Escribano que ninguna persona moleste al testador para que haga cosa contra su voluntad, haciendo que los que violentaren se salgan de la sala donde estuviere; y en su defecto cesar con el testamento...” (*Práctica de testamentos y modos de suceder*, pp. 29-30). Y a fines del siglo XVIII José FEBRERO, escribano real de Madrid, en la protección de la libertad del testador, desconfía de los testigos... y del confesor: “Cuando el Escribano tome la minuta o razón de él [del testamento] para extenderlo, ha de estar sólo con el testador, sin permitir que otro alguno, aunque sea su Confesor, presencie a ello sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestión, especialmente si se halla enfermo, y que pueda explayar su voluntad y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen salir unas disposiciones violentas, repugnantes y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de

discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto si es abierto hasta el acto del otorgamiento, y entonces sólo los testigos, a menos que ocurra gravación de enfermedad que no dé tiempo para tomar la razón y extenderlo, que entonces podrán asistir éstos a la toma de razón...” (*Librería de Escribanos*, 1.^a, I, núm. 298, pp. 245-46).

La doctrina civilista moderna, partiendo de la versión reformada del artículo 695 del Código –“El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella...”–, venía insistiendo, por el contrario, en que tal expresión había de tener carácter previo a la redacción del testamento, aunque admitiendo fórmulas atenuadas por razones prácticas; pero con ello no valoraba suficientemente la modificación introducida por el texto reformado entonces vigente en la versión primitiva del Código –“El testador expresará su última voluntad en presencia de los testigos y del Notario”–, ni el rechazo por el Código de la forma nuncupativa, que seguía ejerciendo atracción en éste y en otros problemas, como la unidad de acto. No entro en el examen de los diversos autores, porque con la supresión de los testigos instrumentales en el testamento abierto, el texto vigente del artículo 695 es muy distinto: “El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario”.

En el planteamiento actual de la cuestión, y aunque la sentencia que comentamos hable con modestia de la “doctrina científica moderna que esta Sala acoge”, la primacía pertenece a la jurisprudencia, sobre la cual se limita a operar en general la doctrina.

El Tribunal Supremo había sentado claramente que el notario tenía que recibir del testador mismo las instrucciones para la redacción del testamento en *S. 25-11-1902*: “Conforme a lo prescrito en el artículo 695 del CC, es condición esencial del testamento abierto que el redactado por el Notario lo haya sido en virtud de instrucciones del testador, y no de las que pueda recibir de distinta persona, debiendo constar al efecto en alguna forma tales instrucciones, con lo que se evita o puede evitar la sorpresa que en determinado caso y de otra suerte podría realizarse poniendo delante del testador, como expresión de su voluntad, disposiciones no pensadas ni acordadas por el mismo para que ratifique lo que no había tenido ocasión ni acaso intento de manifestar, sin que en tal supuesto pueda estimarse como válido semejante testamento, aunque se haya leído y firmado en los términos expresados en el expresado artículo por faltarle la garantía del antecedente referido”; y por ello “no es la expresión previa de la voluntad del testador una circunstancia que deba presumirse y deducirse legalmente del hecho de que un testador asienta y se manifiesta conforme con el contenido del testamento después de escrito”. Pero la *STS 15-2-1911* matizó que “los artículos 687 y 695 del CC no pueden

interpretarse en el sentido que pretende el recurrente, de que ha de hacerse mención especial en el testamento que el otorgante, antes de la redacción y lectura de éste, hizo expresión de su voluntad al Notario y testigos instrumentales”.

En tiempos no tan lejanos, la *STS 9-10-1956* admitió la recepción por conducto de un tercero de la nota para la redacción del testamento, siempre que fuera ratificada por el testador antes del otorgamiento: “si bien [el Notario autorizante] recibió la nota conforme a la que debía ser redactado el testamento por conducto de un nieto del testador, hizo constar que quien debía decirle cómo había de ser su testamento era el otorgante don Rosendo R. G., y añade que antes de autorizar el testamento existió previa conformidad con la minuta, conformidad y asentimiento pleno y total manifestado por el testador en presencia de los testigos, y esta ratificación de la minuta, con anterioridad al otorgamiento, impide admitir que fuera extraña a la voluntad del testador y producida por persona distinta, que es lo que no autorizan los preceptos legales invocados” (arts. 670 y 695) (FD 3.º).

Finalmente, las palabras de la ya citada *STS 30-11-1991* son terminantes: “equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695” (FD 4.º), primer requisito que es la expresión inicial de la voluntad del testador al notario. Pero téngase en cuenta que en el caso que contempla la manifestación de la voluntad no procedía de un tercero, sino del mismo testador, que había manifestado su voluntad al notario el 14-11-1984, con ocasión del otorgamiento de un poder para pleitos, y el testamento se había redactado conforme a esa manifestación; el 1-4-1985 el testador sufre un accidente cerebro-vascular agudo, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla y sin poder firmar; y en esta situación otorga testamento el 9-5-1985, constando la capacidad del testador.

En la doctrina actual, Juan José RIVAS entiende “que la Ley requiere como requisito necesario de fondo para la formación del negocio testamentario una previa, real y efectiva expresión de su voluntad, por el testador al Notario, antes o después de haberse entregado la minuta, o declarado verbalmente su voluntad, pero que aquella expresión exista realmente antes del otorgamiento y firma del testamento” (*Derecho de Sucesiones*, I, 3.ª ed., 2005, p. 195). Palabras que podemos aceptar, pero rechazando, como había escrito Juan VALLET, que “pudiera entenderse necesaria una formalidad más en el caso aludido de que sea presentada minuta al Notario. A saber, que con anterioridad al otorgamiento sea preciso solicitar del testador una ratificación de la minuta, la cual ha de ser leída específicamente como tal” (*Panorama*, II, 1984, núm. 16, p. 44); así también la sentencia comentada: “en el presente caso hubo comunicación di-

recta entre el testador y el Notario, de tal forma que éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad, como un requisito sustancial del negocio jurídico de testamento abierto, *sin que además, por otra parte, ello, sea un requisito que exija una formalidad expresa y concreta*".

Pongamos, en fin, de manifiesto que el artículo 695 del Código no está admitiendo un otorgamiento según minuta, como el del artículo 147.2 del Reglamento Notarial, sino que se refiere a la manifestación inicial, práctica, de la última voluntad del testador, que puede hacerse por escrito lo mismo que puede hacerse verbalmente, y también por gestos; y partiendo de esta manifestación inicial, el notario comenzará su trabajo de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad del testador.

XII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA (*)

**Punta del Este (Uruguay),
noviembre de 2006**

C O N C L U S I O N E S

TEMA I: “Incidencia de la Economía en el Derecho”

Coordinador internacional:

Prof. Esc. Roque Molla Camacho (Uruguay)

- El Derecho es un fenómeno social, por lo tanto no puede permanecer aislado de las demás ciencias sociales, como la Economía.
- Ni el Derecho ni la Economía operan en el vacío, sino en conexión con una determinada sociedad, cultura y circunstancias, que deben ser respetadas para evitar fracasos.

(*) En la ciudad de Punta del Este, Uruguay, se celebró durante los días 7 a 10 de noviembre pasados, la XII Jornada Notarial Iberoamericana.

Las ponencias españolas presentadas a esta Jornada fueron las siguientes: “La influencia de la Economía en el Derecho. Seguridad jurídica y desarrollo económico. La contribución del notariado: el modelo de máxima utilidad”, de Fernando RODRÍGUEZ PRIETO, para el tema I; “Documento notarial en soporte electrónico como medio de agilizar las relaciones jurídicas transaccionales y su acceso a los Registros Públicos. Autoridad certificante”, de César BELDA CASANOVA, para el tema II; y “Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero. Valor probatorio y fuerza ejecutoria del documento notarial en el ámbito internacional”, de Miguel VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, para el tema III.

Recogemos aquí las conclusiones de la Jornada, publicadas en www.aeu.org.uy

- No es deseable ni conveniente buscar la supremacía de la Economía sobre el Derecho ni del *Common Law* sobre el Derecho romano-germánico, sino que debe procurarse una coexistencia armónica y respetuosa de los respectivos pueblos.
- La mundialización de la Economía es un proceso irreversible pero no incontrolable, correspondiendo al Derecho poner los límites necesarios para corregir a la *Economía salvaje* dominante.
- El notariado ha demostrado ser eficiente y flexible, aplicando el Derecho con imparcialidad y equidad y brinda el servicio de seguridad y paz jurídicas al menor costo posible, por lo que puede y debe cumplir un importante papel en el ajuste de las relaciones entre el Derecho y la Economía. Debe difundir su utilidad y defender su existencia, lo que involucra, de por sí, la defensa del bien común.
- La seguridad jurídica, con la reducción de incertidumbres que supone, es el valor que incide más sustancialmente en el desarrollo económico.
- La función notarial tiene un papel fundamental en la realización del valor, y dicho objetivo debe inspirar el impulso del mejor modelo de dicha función.
- Los cambios sociales y económicos provocan modificaciones y adecuaciones en la conducta de los actores sociales en el mercado, y demás formas de organización y colaboración entre empresas.
- El Derecho de la competencia y de defensa de los consumidores se encuentran involucrados con estas formas de actuación, en el sentido de extender su campo de actuación tanto a proveedores como consumidores, para obtener un sistema competitivo de economía de mercado. Es deseable que el Derecho, nutriente de un orden jurídico saludable, atendiendo al bien común, se encuentre a salvo de los embates de una economía dirigida por ideólogos, que al perseguir utopías, dañen la seguridad de los contratos.
- Los estudios que permitan la mutua comprensión de los fenómenos jurídicos y económicos a la luz de la ética, serían un buen camino en tal sentido. Propiciar ámbitos de investigación conjunta de economistas y operadores del Derecho, teniendo como centro de la reflexión al ser humano y su bienestar, potenciando el papel del notariado en la defensa de la seguridad jurídica preventiva y del equilibrio contractual.
- Promover la incorporación de la temática referida a las relaciones entre la Economía y el Derecho a los planes de estudio de las Instituciones Universitarias. Destacar la neutralidad de la Economía como ciencia en cuanto a la determinación de los objetivos y necesidades a satisfacer con los recursos escasos. Un importante aporte a la teoría económica es proporcionar información sobre las consecuencias de las libres elecciones de los hombres materializadas en las normas jurídicas, las decisiones judiciales, las transacciones entre las personas.

- El Sistema Jurídico, por su parte, aporta soluciones a las fallas del mercado, tales como las externalidades, la carencia de información y otras con miras a garantizar la seguridad en el tráfico jurídico, la justicia en la distribución de la renta.
- La globalización económica incide en el Derecho por lo cual debe procurarse no la imposición de normas copiadas sin reflexión, no acordes a la cultura de una Nación, sino que deben reconocerse las bondades de las diversas corrientes jurídicas, respetando las peculiaridades de cada comunidad, para que se produzca un Derecho eficiente.
- Los notarios debemos esmerarnos en nuestra función para que con base en el estudio, adopción de tecnologías modernas, y destinando el mayor tiempo posible a la atención de nuestra clientela podamos producir actos eficientes.
- Debemos estudiar la influencia que los centros de poder han tenido sobre las políticas aplicadas a nuestros países, evaluando las consecuencias que sobre la educación, la industria, los ahorros nacionales, las crisis bancarias, la salud, la emigración de jóvenes, trabajadores y científicos, los fondos de seguridad social, los acontecimientos del año 1973, etc., ha tenido la aplicación de dichas políticas.
- Toda decisión de política fiscal que imponga mayores cargas a los contribuyentes debe cumplir como mínimo los siguientes requisitos: a) previo análisis de la estructura económica del país en el que se inserta; b) estricto respeto a los derechos humanos, entre ellos, principio de legalidad, certeza y seguridad jurídica, debido proceso e imparcialidad, no confiscación, igualdad y capacidad contributiva, prohibición de prisión por deudas y la abolición del principio “pague y reclame después”; c) plasmarse en un instrumento jurídico apto de constituir un sistema impositivo coherente e integral; d) evitar excesiva presión fiscal.
- El Derecho no puede desconocer que el mercado al impactar sobre la regulación normativa, genera la necesidad de incorporar al régimen instituciones que se encuentran legisladas en las llamadas normas *lex-mercatoria*, como la lesión, la imprevisión, la contratación sujeta a cláusulas generales, la conexidad de la operación económica, y el nuevo concepto de la buena fe edificado sobre esas nuevas instituciones.
- Debe además intensificarse la labor profesional en los medios alternativos de solución de conflictos, donde el escribano y la Asociación de Escribanos del Uruguay deben propender a fomentarla.
- Preservar la seguridad jurídica en situaciones de emergencia mediante el acatamiento del orden jurídico, garantizando así el respeto a los contratos y a la propiedad privada mediante la temporalidad de las restricciones impuestas, la protección de los intereses superiores y la razonabilidad del medio elegido para restablecer la normalidad. Evitar en estos

casos el dictado de innumerables normas en forma errática, ya que ello atenta irremisiblemente contra la seguridad jurídica.

- La importancia de la complementación de la Economía y el Derecho es fundamental para que la sociedad alcance los fines para los cuales y por los cuales existe.
- Y es el Estado el actor principal de esa interacción.
- La legislación puramente reguladora en épocas de crisis económicas pone en peligro el Derecho como instrumento de acción social y política.
- Estas circunstancias económicas y en especial cuando son desfavorables a la vida de una Nación determinan que se dicten normas de emergencia de sujeción a cierto sector de individuos y favoritismos a otros, alejando uno de los principios del Derecho que es la igualdad social y política de los individuos.
- Cuando las normas jurídicas se toman bajo influencia de grupos de presión se debilita la democracia.
- Asumamos los escribanos la responsabilidad de reconstruir y seamos formadores como gremio en el día a día de un caro elemento perdido por el individuo y la sociedad que es la confianza en el sistema jurídico y el sistema económico en su todo.
- Con respecto a la noción de contrato en nuestros días pujan distintas tendencias entre los que consideran que el mismo, como herramienta típica de los sistemas clásicos ha entrado en crisis y se anuncia su ocaso; y otros que entendemos que el contrato sigue siendo una herramienta eficaz, regida hoy por principios diversos, los cuales determinan que asuman una fisonomía también diferente, con la finalidad de contemplar la noción de Operación Económica, pero que en esencia sigue respondiendo a la noción de fuente de obligaciones reguladora de conductas. En este sentido, entendemos que las normas que los disciplinen deben ser claras y simples a efectos de propender a la seguridad jurídica y la certeza en el tráfico.

TEMA II: “Informática jurídica del Derecho Notarial y del Derecho Registral”

Coordinador internacional:

Not. José A. Márquez González (México)

1. El notariado, como garante esencial de la seguridad jurídica, debe incorporarse al proceso de fiabilidad de la contratación electrónica, actuando, cuando sea requerido por las distintas Entidades de Certificación, tanto estatales como privadas, como Autoridad de Registro en la solicitud y entrega de los certificados de firma electrónica y demás

elementos que aparezcan en el futuro dirigidos a proporcionar un mejor nivel de seguridad jurídica en la dicha contratación. Ello sin perjuicio de su papel como Autoridad de Registro para su propia Entidad de Certificación en los casos en que así se constituya.

2. Instar y obtener de las Autoridades Públicas el reconocimiento de un certificado de firma digital cualificado y exclusivamente notarial, que permita en el ejercicio de su función, la comunicación entre notarios, con Autoridades administrativas y judiciales de las copias electrónicas de los documentos públicos, conservando éstas el valor de documento público.
3. El notariado debe, en los años venideros, incorporarse a título institucional como Colegio o Asociación, al conjunto de agentes que como terceros de confianza van a entrar a participar en todo el proceso de seguridad jurídica en la contratación electrónica, con especial hincapié en servicios como el sellado de tiempo, la conservación de archivos informáticos o las actas para la protección de los derechos de la propiedad intelectual o industrial.
4. Esta Jornada recomienda el desarrollo de las herramientas que permitan dotar *on line* de seguridad jurídica al proceso de validación, suficiencia de poderes y comunicación de las revocaciones de los certificados de firma electrónica, para las relaciones que se den tanto entre particulares cuanto ante la Administración, contribuyendo de esta forma al denominado Gobierno Electrónico.
5. Recomendar ante las respectivas Administraciones Públicas que, como medio para facilitar el acceso a los sistemas avanzados telemáticos, los Estados permitan a los distintos notariados nacionales recurrir a la vía del *outsourcing* o tercerización en el desarrollo de los sistemas informáticos; siempre que los prestadores cumplan los estándares de seguridad internacionales, los Colegios o Asociaciones Notariales conserven bajo su exclusivo control el certificado raíz, y los contratos sean denunciabiles unilateralmente por los tercerizados.
6. Ratificar el acuerdo adoptado en el Documento denominado ***El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas***, emitido por la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la UINL en 2004, que dice: *Desarrollar el concepto de una infraestructura notarial de seguridad a nivel mundial basada en las estructuras internacionales a la cabeza, y cuerpos nacionales y notarios de los estados miembros como base.*
7. Recomendar como incumbencia exclusivamente notarial la certificación del tránsito del soporte digital al soporte papel y viceversa.
8. Recomendar como utilización terminológica uniforme la definida por la Ley Marco Uncitral en lo relativo al glosario de términos aplicables en la materia.

TEMA III: “Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero”

Coordinador internacional:

Not. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (España)

1. La función notarial, desempeñada por el notario latino, funcionario público, presente en el acto del otorgamiento, quien identifica a las partes y comprueba su capacidad y legitimación para el acto o negocio jurídico que se pretende con su intervención, informa y aconseja a los otorgantes para la consecución de los fines lícitos que persiguen, controla la legalidad del acto o contrato, redacta el documento, fiel reflejo de la voluntad debidamente informada de los otorgantes, lo autoriza en legal forma, lo conserva y reproduce, constituye el fundamento del valor legitimador, probatorio pleno y ejecutorio del mismo. *La Comisión reafirma que la función del notario latino, tal y como fue definido por el Congreso de Buenos Aires de 1948 y ha sido ratificado por los posteriores congresos internacionales de la Unión Internacional del Notariado, mantiene y conserva su valor y utilidad en la economía globalizada, garantizando la seguridad jurídica con un coste final razonable y competitivo para el consumidor respecto a los sistemas alternativos.*

Se juzga conveniente que aquellas legislaciones que todavía no lo han hecho, incorporen al quehacer notarial el uso de las nuevas tecnologías, instrumento necesario para dotar a la función de la celeridad compatible con la seguridad que está obligada a proporcionar.

El documento público notarial no debe perder ninguna de sus características esenciales por el hecho de que el soporte en que se halle extendido sea informático, siempre que esté garantizada la seguridad de la red por la que circule.

La firma electrónica avanzada deberá tener lugar siempre en presencia del notario autorizante.

2. El documento público notarial autorizado por el notario latino, al que la legislación de un Estado atribuye el valor de prueba plena en juicio, debe ser recibido por los tribunales de otro Estado con el mismo valor que la ley del foro atribuye a los documentos públicos notariales autorizados en dicho Estado, sin perjuicio de los requisitos de traducción y legalización o apostilla que estimen necesarios y garanticen su contenido y autenticidad formal.

Un documento no puede adquirir por el hecho de hacerse valer fuera de las fronteras de un Estado un valor probatorio superior al que se le otorga en el suyo.

3. Se estima que el documento público notarial latino no tiene su mayor valor en su carácter de extraordinario medio probatorio en juicio, sino en ser título de legitimación y prueba de su contenido –de los derechos y obligaciones– en la vida extrajudicial. El documento notarial se otorga y autoriza para su eficacia fuera de los juzgados y tribunales, y solamente en los supuestos de contienda o crisis, actuará como prueba plena en ellos.
4. Al documento público notarial latino extranjero, en cuanto título legitimador del ejercicio de derechos, incluso para su inscripción en los registros públicos, debe otorgársele en el lugar de destino la misma validez que en el Estado de origen, pero deberá cumplir los requisitos de equivalencia de forma y eficacia exigidos por el Estado de destino, que deberá ser apreciada por notario de dicho Estado –sin actuación intermedia de ninguna autoridad no notarial– en la forma que determine su legislación.
5. Se considera deseable que se extienda la aplicación internacional del Convenio de La Haya sobre la Apostilla, y su desarrollo informático, o la simplificación de las formalidades de la legalización en los países que no han juzgado oportuna su ratificación.
6. Se apoya y desea la continuación del proceso iniciado por la Unión Europea en cuanto a la atribución de efectos ejecutivos directos al documento público: “documento público con fuerza ejecutiva”; y su extensión a los países no pertenecientes a dicho ámbito territorial.