

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2007



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 62, abril-junio 2007

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

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

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel (†)

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado

Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º

28010 MADRID

Tf. 913 087 232

Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
ALEMÁN MONTERREAL, Ana: "Facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo"	9
BRAGE CAMAZANO, Joaquín: "El <i>testamentum militis</i> "	43
CERDÁ GIMENO, José: "De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar"	89
DE LA CUESTA SAENZ, José María: "El Derecho civil español y su diversidad legislativa"	145
MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: "El cónyuge viudo como contador-partidor en el Derecho sucesorio español (artículo 831 del Código Civil)"	181
MURILLO VILLAR, Alfonso: "La responsabilidad del mandatario en el <i>mandatum incertum</i> "	193
PÉREZ FUENTES, Gisela María: "Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral en México"	217
QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: "Una primera aproximación a la personificación de las sociedades civiles después de la Ley de Sociedades Profesionales"	245
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El tratamiento de las nulidades formales del testamento abierto"	273

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

Pág.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 42/2006, de 28 de diciembre) y la Ley de Medidas Tributarias y Administrativas de las Illes Balears (Ley 25/2006, de 27 de diciembre)"	299

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

MEDINA ALCOZ, María: "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos", Editorial Dykinson, Madrid, 2004. Por José M. ^a Castán Vázquez	319
FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa: "Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil", Editorial Comares, Granada, 2006. Por José María de la Cuesta Sáenz	321
BARBERÁN, Francisco, y DOMINGO, Rafael: "Código Civil japonés" (con la colaboración de Nobuo Hayashi). Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Edición bilingüe y actualizada a 30 de septiembre de 2006. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. Por Gabriel García Cantero	325

FACULTADES DISPOSITIVAS DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

ANA ALEMÁN MONTERREAL
*Profesora Titular de Derecho Romano.
Universidad de Almería*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FACULTADES DISPOSITIVAS DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO EN DERECHO ROMANO. III. EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: POSICIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. IV. EN LAS LEGISLACIONES FORALES: COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA Y CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Como sabemos, se ha venido entendiendo por fideicomiso de residuo una disposición *mortis causa* en virtud de la cual se atribuye la herencia al heredero fiduciario con el encargo de restituir a otra persona lo que quede de ella. El fideicomiso de residuo aparece, pues, como una moda-

lidad de fideicomiso cuya peculiaridad radica, precisamente, en una notable ampliación de las facultades dispositivas del fiduciario.

En efecto, en el fideicomiso común, el fiduciario viene obligado a conservar la herencia para su restitución al fideicomisario, mientras que en el de residuo el fiduciario está facultado para consumir y disponer de los bienes fideicomitados, ya que sólo tiene obligación de restituir el *residuum* que de los mismos quede en el momento establecido por el disponente.

Llegados a este punto, nos preguntamos, entre otras cuestiones, ¿hasta dónde alcanzan las facultades dispositivas del fiduciario?, ¿puede realizar cualquier tipo de negocio jurídico oneroso y lucrativo con los bienes fideicomitados?, ¿puede disponer de ellos *mortis causa*?, ¿qué criterios o medidas de responsabilidad rigen las facultades dispositivas del fiduciario?

El propósito de este trabajo consiste, pues, en ofrecer un panorama sobre las facultades dispositivas del fiduciario de residuo en Derecho romano y en su regulación jurídica actual, tanto en el Derecho civil común como en las legislaciones forales en que esta figura ha sido contemplada, intentando dar respuesta o, en su caso, clarificar los interrogantes planteados; problemática que, como tendremos ocasión de comprobar, se mantiene viva en las legislaciones civiles actuales.

II. Facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo en Derecho romano

Comencemos por delimitar las facultades dispositivas del fiduciario sobre los bienes fideicomitados en Derecho romano (1), para ello es cuestión prioritaria iniciarnos con el análisis de los fragmentos jurisprudenciales. Veamos, pues, los textos.

La mayoría pertenecen a PAPINIANO. Así, en D.22,1,3,2, refiriéndose a un fideicomiso de residuo, nos dice, por un lado, que no se incluye en su

(1) Sobre el fideicomiso de residuo en Derecho romano, véase fundamentalmente: CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo en Derecho romano y en la tradición romanística*, Santander, 2004; CUENA BOY: "Notas sobre el fideicomiso de residuo: clases y obligación de conservar del fiduciario", SCDR 7 1995; DESANTI: *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di Esegisi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999; DESANTI: *Restitutio post mortem onus. I fedecommesi da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003; MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo en Derecho romano*, Valladolid, 1989; MURILLO VILLAR: "Aproximación al origen del fideicomiso de *eo quod supererit*", BIDR 92-93 (1989-1990); COPPOLA: "Osservazione sul regime dei frutti nel fedecommeso de residuo", *Atti Acad. Peloritana* 49 (1981); DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho romano* (discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1926 a 1927), Madrid, 1926; ídem: *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas de residuo* (discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1926 a 1927), Madrid, 1926; DECLAREUIL: "Quelques notes sur certains types de fidéicommis", *Mélanges Gérardin* (París, 1907).

reclamación las cosas que fueron consumidas de buena fe, y por otro, y, obviamente, por el mismo motivo, pueden deberse los frutos o el interés del capital que hubiesen quedado de la herencia, aunque no existiese una autorización expresa del testador (2):

Nonnunquam evenit, ut, quamquam fructus hereditatis aut pecuniae usura nominatim relictæ non sit, nihilo minus debeat ut puta si quis rogetur post mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio restituere: ut enim ea quæ fide bona deminuta sunt in causa fideicommissi non deprehenduntur, si pro modo ceterorum bonorum deminuantur, ita quod ex fructibus supererit iure voluntatis restitui oportebit.

Apreciamos, pues, cómo la buena fe es el criterio determinante para la restitución del patrimonio heredado. Por este motivo, sólo las enajenaciones o disminuciones de los bienes fideicomitidos realizadas de buena fe quedarán excluidas de la reclamación por el fideicomisario.

Y es que la *bona fides*, como dice DE DIEGO, preside la constitución del fideicomiso, y a la lealtad y conciencia del fiduciario quedaba entregado el encargo del fideicomitente; la honradez del fiduciario debía, pues, de dirigir su ejecución. Desde el momento que el testador ampliaba las facultades del fiduciario subsistiendo el deber de restitución y el deseo de aquél de favorecer a otra persona, el fiduciario consciente de sus deberes no podía ni debía abusar del permiso concedido, hacer otra cosa repugna a la conciencia de un hombre honrado y sería incurrir en un dolo manifiesto (3).

Ciertamente es un criterio de gran vaguedad e imprecisión jurídica, como prueba el mismo PAPINIANO, que, al establecer los bienes de los que puede disponer libremente el fiduciario con arreglo a la *bona fides*, concreta este criterio en una disminución proporcional a los bienes objeto del fideicomiso.

Siguiendo este criterio, resulta lógico que, con arreglo al mismo, el fiduciario tenga la obligación de restituir los frutos sobrantes al fideicomisario, ya que, aunque no se haya especificado expresamente, se infiere de la voluntad del testador, pues le rogó al heredero que restituyese a su muerte todo lo que quedase de los bienes. Y es que una actuación conforme a la buena fe conlleva la mencionada restitución (4).

(2) Sobre el texto: CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 28 y ss., y pp. 43 y ss.; CUENA BOY: "Notas sobre el fideicomiso de residuo...", cit., pp. 52 y ss.; MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 65 y ss.; DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 71 y ss.

(3) DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 69 y ss.

(4) En concreto, sobre la restitución de los frutos, CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 43 y ss., quien brillantemente expone las explicaciones plausibles y las diferentes

MURILLO VILLAR considera que una actuación conforme a la buena fe implica que el heredero fiduciario sólo pueda consumir los frutos cuando los necesite, pero, además, en este caso, dice MURILLO, nos encontramos con un fideicomiso de residuo donde la voluntad del testador ha querido que los frutos sobrantes sean restituidos al fideicomisario. Esta restitución viene impuesta, pues, *iure voluntate* (5).

Por otro lado, PAPINIANO, con claridad, afirma: “Lo que a su muerte hubiera quedado del patrimonio”, lo que, en principio, nos hace sospechar la exclusión de cualquier acto dispositivo por causa de muerte sobre los bienes fideicomitidos; por tanto, si así fuere, los actos dispositivos a los que se refiere el fragmento papiniano deberían estar vinculados exclusivamente al ámbito de los negocios *inter vivos*.

Pero continuemos con el estudio de los fragmentos. En otro recogido en D. 36,1 23,(22),4 nos dice:

Cum proponeretur quidam filiam suam heredem instituere et rogasse eam, ut, si sine liberis decessisset, hereditatem Titio restitueret, eaque dotem marito dedisse certae quantitatis, mox decedens sine liberis heredem instituere maritum suum, et quaereretur, an dos detrahi possit, dixi non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod et mulieris pudicitiae et patris voto congruebat. Quare dicendum est, dotem decedere, ac si quod superfuisset, rogata esset restituere. Quod si tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poterit doti satisfacere, dicendum est potius fructibus hoc expensum ferendum quam fideicomiso.

En este texto, aunque PAPINIANO se ocupa de un fideicomiso común, establece la solución de acuerdo al fideicomiso de residuo: “*quod superfuisset, rogata esset restituere*”, o sea, “lo que le sobrase”. En él encontramos el supuesto de una mujer instituida heredera y gravada con un fideicomiso condicionado al hecho de no tener descendencia; una vez fallecida sin hijos, PAPINIANO nos plantea si la cantidad que la mujer dio en con-

posiciones doctrinales sobre la contradicción textual de dos fragmentos de PAPINIANO; uno, el que nos ocupa, que, como hemos visto, establece la obligación de restitución; otro, recogido en D.36,1,60(58),7, que sostiene la adquisición definitiva de los mismos por parte del fiduciario: *Quod ex hereditate superfuisset, cum moreretur, restituere rogatus fructus superfluos restituere non videtur rogatus, cum ea verba deminutionem quidem hereditatis admittant, fructuum autem additamentum non recipiant*. Decantándose por la alteración compilatoria de *fructus superfluos restituere [non] videtur rogatus*, por consiguiente, desaparece la contradicción de ambos textos y se generaliza la obligación de restituir los frutos sobrantes. En sentido contrario, MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 132 y ss., quien, negando la manipulación del fragmento, opina que estamos ante supuestos distintos dependientes de una diversa voluntad del testador; así en D.22,1,3,2 quiso la restitución de los frutos, mientras que en D.36,1,60(58),7 no.

(5) MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 131.

cepto de dote al marido debe o no computarse de los bienes fideicomitidos. La solución no es unívoca, debiendo seguir el criterio establecido para el fideicomiso de residuo; así, se descontará la dote del residuo siempre que ésta no hubiese sido realizada para perjudicar el fideicomiso, *sensu contrario*, debe imputarse al fideicomiso cuando la mujer recibió una cantidad suficiente de bienes como para poder pagarla de los frutos obtenidos de la herencia.

En este caso, nuevamente, los actos de disposición afectan exclusivamente a negocios jurídicos *inter vivos*, e igualmente, aunque sin mención expresa, el criterio de la *bona fides* y la honradez parece ser el determinante en la restitución de los bienes, por un lado, porque va implícito en el ánimo de no defraudar el fideicomiso y, por otro, porque una actuación acorde a estos criterios y a la voluntad del testador supone que la dote sea pagada con los frutos obtenidos de los bienes hereditarios, ya que existían en cantidad más que suficiente para proceder a su pago.

En D.36,1,56,(54) señala claramente que todo lo que el fiduciario haya enajenado o disminuido de la herencia no puede ser objeto de reclamación por el fideicomisario, a excepción, claro está, de que estas enajenaciones o disminuciones hubiesen sido realizadas con la intención de defraudar el fideicomiso, presumiendo, por lo demás, la buena fe en la realización de los mencionados actos.

Constatamos que PAPINIANO incluye la posibilidad de disposición de los bienes fideicomitidos no sólo a título oneroso, sino también lucrativo. Reincidiendo en el criterio de la buena fe en los actos dispositivos sobre los bienes hereditarios como criterio determinante para la imposibilidad de reclamación por el fideicomisario:

Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere; quod medio tempore alienatum vel deminutum est, ita quandoque peti non peterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat...

En este sentido, dice DE DIEGO que el jurisconsulto PAPINIANO nos expone el criterio a seguir en la materia. PAPINIANO pensaba en las enajenaciones hechas *medio tempore*, es decir, en el intervalo de tiempo existente entre la muerte del testador y la del fiduciario, y en este fideicomiso de residuo no tenía que restituir al fiduciario las cosas enajenadas siempre que las enajenaciones se hayan hecho de buena fe y no con el fin de frustrar el fideicomiso. Pero a continuación añade que la regla que emana de este criterio es que el fiduciario puede disponer de los bienes tanto a título oneroso como gratuito, para satisfacer necesidades reales *dum modo dolus abesset*. El límite, pues, estaba impuesto por las exigencias de

la buena fe, por la ausencia de dolo, hacer uso de una facultad es ejercerla con *modo, civiliter*, racionalmente, teniendo en cuenta la intención del testador o atemperándose a su voluntad (6).

MURILLO VILLAR sostiene que la base del fideicomiso está en la *fides*; el fideicomiso es el encargo remitido a la buena fe, a la confianza de un tercero. La validez y fuerza que en un principio tuvo este criterio no se puede poner en duda; por ello, pese a la interpolación sustentada por BESELER, se inclina por considerar que PAPINIANO creyó oportuno recordar tal principio en la cuestión que se le proponía, con la finalidad de que el fiduciario no olvidara que no podía actuar libremente, sino que por el contrario debía atenerse a la voluntad del disponente, la que, sin duda, quería o deseaba que ciertos bienes pasaran al fideicomisario, pues, en caso contrario, esta figura no tendría razón de ser (7).

Y CUENA BOY apostilla que pese a la obviedad de afirmar que todo fideicomiso tiene su base y fundamento en la *fides*, en el fideicomiso de residuo este aspecto tan importante resulta acentuado debido a la influencia decisiva que en él tiene el correcto comportamiento del fiduciario en orden a la subsistencia de algún sobrante de la herencia en el momento de la restitución al fideicomisario, por lo que nos dice PAPINIANO en este fragmento: *verba enim fideicommissi bonam fidem inesse constat*. Añadiendo que parece que lo que se espera del fiduciario de residuo no es que no enajene lo que quiera, sino que no lo haga de cualquier modo, esto es, como quiera, sino respetando la voluntad del testador y ateniéndose a algunos criterios de general aplicación a la figura, y el primero de ellos la *bona fides*. Es más, dice CUENA, el fiduciario puede servirse de los bienes y disponer de ellos según su propia conveniencia, y en principio mientras no se desprenda otra cosa de la *voluntas testatoris*, tanto a título oneroso como a título gratuito (8).

Retomando el fragmento, y continuando en su lectura, observamos que se añade un nuevo criterio, estrechamente vinculado a la buena fe, el que, por lo demás, parece reforzarla en un intento de su concreción; este principio introducido por el emperador Marco Aurelio como codeterminante en la disponibilidad del fiduciario de residuo es: el *arbitrium boni viri*. Criterio que, en el caso en cuestión, supuso que los gastos efectuados a cargo de la herencia no disminuyesen por entero el fideicomiso, sino que fuesen distribuidos proporcionalmente entre éste y el patrimonio del fiduciario:

(6) DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 69 y ss.

(7) MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 64.

(8) CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 26 y ss.

... *Divus autem Marcus cum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis: "quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas" et boni viri arbitrium inesse credidit: iudicavit enim erogationes, quae ex hereditate factae dicebantur, non ad solam fideicommissi deminutionem pertinere, sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribui oportere...*

Probablemente, el criterio de la *bona fides* para determinar cuándo el fiduciario dispone de los bienes movido por el lucro, o sencillamente con la finalidad de evitar la restitución de los bienes fideicomitidos, tuvo que preocupar seriamente a los romanos, y quizá ello motivó la introducción de nuevos criterios en un intento de determinar lo indeterminado.

Por ello, dice DE DIEGO que al efecto de suministrar un criterio que ofreciera la regla justa para ponderar el ejercicio de la facultad dispositiva concedida al fiduciario, el emperador Marco Aurelio publicó una constitución señalando el criterio en cuya virtud pudiera determinarse en cada caso concreto si la enajenación realizada por el fiduciario se había hecho o no con la intención de eludir el fideicomiso. Con tal propósito estableció que se reputaría hecha la enajenación con esta intención siempre que no se hubiese realizado según los designios y arbitrio de un hombre honrado: *arbitrium boni viri*. El buen varón, el hombre honrado, es hombre de buena fe y de lealtad, de conducta leal y honesta; el tipo con arreglo al cual debe juzgarse el proceder y obrar del fiduciario y la licitud de la enajenación (9).

De acuerdo con el *arbitrium boni viri*, añade MURILLO VILLAR que el heredero no podía enajenar aquellos bienes de los que un *bonus vir* no hubiese dispuesto; entendiendo por ello que no hubiese enajenado para frustrar el fideicomiso, es decir, con dolo, con afán de perjudicar al fideicomisario. Como consecuencia, todos los bienes que el fiduciario hubiese enajenado con el criterio de un *bonus vir* no tenía que restituirlos, lo mismo que ocurría cuando se enajenaba de buena fe; en consecuencia, todas las enajenaciones tenían que ser hechas con la intención, los designios y el buen juzgar de un hombre honrado (10).

Pero, ciertamente, no entendemos la diferencia con la *bona fides*, puesto que esa actuación dolosa con la finalidad de frustrar el fideicomiso y perjudicar al fideicomisario no es sino una actuación contraria a la *fides*, a la *bona fides*. Y es que el *arbitrium boni viri* contiene las mismas imprecisiones y defectos que el criterio de la *bona fides*, no resuelve, por consiguiente, el problema. Probablemente, su introducción se debió a un intento de reforzar la actuación de buena fe de las facultades dispositivas de

(9) DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 70 y ss.

(10) MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 66 y ss.

fiduciario de residuo, pero, en puridad, creemos, que no resolvió nada (11).

En esta línea sostiene CUENA que el *arbitrium boni viri* parece destinado a introducir una cierta medida objetiva en la actuación leal del fiduciario de residuo, pero más allá de esta constatación no es posible apreciar ninguna diferencia fundamental entre ese criterio y el de la buena fe a la que el fiduciario está obligado de por sí (12). Señalando, como ya afluaba, el carácter problemático de la *bona fides*, que, siendo un criterio lógico y coherente, era demasiado vago e ineficaz para prevenir los litigios, que sin duda debieron ser frecuentes y centrarse en la buena o mala fe de cada enajenación; por lo que, en el intento de acotar el molde de actuación honesta del fiduciario, se hizo buscando su objetivación en el *arbitrium boni viri*: el fiduciario de residuo podía disponer de los bienes, siempre que lo hiciera de buena fe y con la discreción que se considera propia de un buen varón (13).

Insistimos, esa discreción propia de un hombre honrado viene implícita en la *bona fides*, por lo que seguimos sin entender la diferencia y, en consecuencia, su introducción jurídica.

De nuevo en D. 36,1,60,(58),8 se alude a un fideicomiso de residuo, señalando que el heredero del fiduciario que debía de restituir el sobrante después de su muerte no está obligado a liberar las cosas pignoras, salvo que se hubiese realizado para defraudar el fideicomiso. También en este fragmento apreciamos, como podemos comprobar, la disponibilidad de los bienes a título oneroso en negocios jurídicos *inter vivos* cuya validez reside no casualmente en la *bona fides*:

Heres eius, qui bonorum superfluum post mortem suam restituere fuerat rogatus, pignori res hereditarias datas, si non in fraudem id factum sit, liberare non cogitur.

(11) ALBERTARIO: "L'*arbitrium boni viri* nell'onerato di un fedecommissi", *Studi di diritto romano* 3 (Milano, 1936) pp. 332 y ss., considera que todos los textos que remiten al *arbitrium boni viri* de un gravado con fideicomiso están interpolados. MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 67, adhiriéndose a la opinión generalizada, afirma la no interpolación del fragmento y, en consecuencia, la clasicidad del *arbitrium boni viri* como límite en las facultades dispositivas del fiduciario. VOCI: *Diritto ereditario romano, vol. II, parte speciale, successione abintestato, successione testamentaria*, 2.^a edición, Milano, 1963, p. 368, afirma que en época clásica se establece que el fiduciario use de los bienes fideicomitados como un *bonus vir*, o sea, administrándolos honestamente y sin dolo. RICCOBONO: "L'*arbitrium boni viri* nei fedecommissi", *Melanges Cornil* 2 (París, 1926), pp. 310 y ss., y pp. 318 y ss., señala el carácter genuino de los textos que remiten al *arbitrium boni viri* en el fideicomiso, admitiendo la existencia de una obligación remitida a la voluntad del deudor, la que exige una conducta plenamente conforme a la equidad, a la moral y a los dictámenes de la conciencia del obligado. Sobre la genuinidad de este criterio, GROSSO: *Obbligazione*, 3.^a edición, Torino, 1966, p. 123.

(12) CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 31.

(13) CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 29.

De los textos de PAPINIANO podemos extraer la siguiente conclusión: el heredero fiduciario puede disponer a título oneroso e incluso lucrativo de los bienes fideicomitidos en negocios jurídicos *inter vivos*; por el contrario, sus facultades dispositivas quedan anuladas en lo referente a negocios jurídicos *mortis causa*. *Item* más, la *bona fides*, concretada y reforzada por el *arbitrium boni viri*, aparecen como criterios determinantes en las facultades dispositivas del heredero fiduciario de residuo.

Junto a los fragmentos papineanos encontramos dos textos que también aluden a las facultades del fiduciario de residuo, uno atribuido a ESCÉVOLA y otro a ULPIANO.

El primero de ellos, recogido en D.36,1,82,(80):

Matrem et avunculum eosdemque creditores suos heredes scripsit Lucius Titius et eorum fidei commisit, ut post mortem restituerent, quod ex re familiari testatoris superfuisset, Septicio. heredes non modicam partem bonorum testatoris consumpserunt et multos heredes relinquerunt, quibus scientibus multa corpora, quae remanserant ex bonis Lucii Titii, Septicius possedit. quaesitum est, an id, quod Lucius Titius debuit matri et avunculo, heredes eorum a Septicio petere possint. respondit non posse. Claudius: aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat. sed fideicommissi repetitio erat: cuius aequitas deficiit his, qui multa ex hereditate consumpsisse proponuntur.

El supuesto, como apreciamos, es el siguiente: Lucio Ticio, que había instituido herederos a su madre y tío materno, acreedores suyos, les rogó por fideicomiso que, después de su muerte, restituyesen a Septicio lo que quedara del patrimonio familiar del testador. Los herederos fiduciarios consumieron una parte *non modicam* de los bienes del testador, pero, a pesar de ello, Septicio recibió su fideicomiso con bienes abundantes.

El texto plantea la posibilidad de si los herederos de la madre y del tío materno de Lucio Ticio podían reclamar al fideicomisario Septicio de los bienes fideicomitidos lo que aquél les debía. La respuesta es una contundente negativa, y ello, entre otras razones (14), como deja ver ESCÉVOLA, y afirma TRIFONINO, porque los fiduciarios habían gastado inmoderadamente de los bienes fideicomitidos, es decir, no habían actuado en el gasto con arreglo al criterio de la *bona fides*.

Interesante es señalar cómo el gasto inmoderado incide en la posibilidad de reclamación de los herederos fiduciarios, pero, sin embargo, no repercute en la validez de los actos dispositivos efectuados por ellos, y el motivo no es otro sino que existían bienes en cantidad más que suficientes para el fideicomisario. Lo que apunta a la idea de que aun contravi-

(14) La deuda original entre Lucio Ticio y sus herederos se extinguió por confusión cuando éstos aceptaron la herencia.

niendo la *bona fides* y el *arbitrium boni viri* del fiduciario, no se plantea ningún problema cuando se cumple la voluntad del testador entregando el fideicomiso al fideicomisario, y es que, como dice CUENA, al igual que el fiduciario puede agotar el fideicomiso sin salirse de esos criterios, puede darse también el caso inverso, es decir, la subsistencia del residuo aunque el fiduciario no se haya sujetado a ellos (15).

Los actos dispositivos vuelven a ubicarse en la esfera de la disponibilidad *inter vivos*.

Por otra parte, ULPIANO en D.5,3,25,16 plantea el problema de la adjudicación de los gastos del fiduciario al patrimonio propio o al hereditario; para su resolución recurre a la causa de Pythodoro, en la que el emperador Marco, en un fideicomiso de residuo, resolvió que las cosas enajenadas sin ánimo de disminuir el fideicomiso fuesen deducidas tanto del patrimonio propio como de la herencia, por lo que ULPIANO establece que los gastos ordinarios del fiduciario se atribuyan exclusivamente a su patrimonio:

... nam et divus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat quod sibi superfuisset ex hereditate reddere, decrevit ea, quae alienata erant non minuenti fideicommissi gratia nec pretium in corpus patrimonii Pythodori redisse, et ex proprio Pythodori patrimonio et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. et nunc igitur statuti sumtus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti divi Marci an ex solo patrimonio, videndum erit: et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quae et si non heres fuisset erogasset.

Compartimos la opinión de CUENA BOY, según la cual, en la valoración de este fragmento se ha cometido un error por parte de un sector doctrinal consistente en extender al fideicomiso de residuo la regla mencionada en la parte final del texto, a saber: los gastos ordinarios del fiduciario deben imputarse a su patrimonio; por consiguiente, el fiduciario sólo podría disminuir el fideicomiso mediante gastos extraordinarios (16). Ciertamente, carece de sentido, ya que privaría de contenido al fideicomiso de residuo.

Entendemos, pues, que el fragmento ulpianeo intenta dar la solución a un supuesto concreto de fideicomiso para el que recurre, en la búsqueda de la solución más acertada, a lo que estableció Marco Aurelio en la causa concreta de Pythodoro, y que consideró que en aquel fideicomiso de residuo las enajenaciones debían atribuirse tanto a la herencia como a su patrimonio.

(15) Sobre el fragmento, *vid.*, por todos, CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 34, quien realiza un exhaustivo análisis del mismo, pp. 32 y ss.

(16) CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 30 y ss. Sobre el texto recaen numerosas sospechas de manipulación, véase número 40, p. 30.

MURILLO VILLAR señala que el punto de conflicto se centra en determinar si los gastos acostumbrados del fiduciario se atribuyen a la herencia o, por el contrario, a su patrimonio. Entendiendo que la solución ofrecida es totalmente lógica, por lo que los gastos acostumbrados serán adjudicados a su patrimonio, y como el mismo dice, con esta limitación se ven ampliamente reducidas las facultades dispositivas del fiduciario (17).

Insistimos, no creemos que el párrafo *in fine* se ocupe de una modalidad fideicomisaria de residuo, y además no olvidemos que la solución establecida es para un caso concreto del que, por lo demás, desconocemos toda su problemática.

De nuevo, este fragmento habla de enajenaciones realizadas sin ánimo de disminuir el fideicomiso, lo que nos sitúa, otra vez más, en los actos dispositivos *inter vivos* y onerosos, realizados conforme a los criterios de la *bona fides* o el *arbitrium boni viri*.

Finalmente, la Novela 108 de JUSTINIANO, con ocasión de un litigio relativo a un testamento, resuelve una serie de problemas que venían produciéndose respecto al fideicomiso de residuo.

El tema es el siguiente: un padre había instituido herederos a sus hijos señalando que todos los bienes existentes al morir alguno de ellos fuesen restituidos al hermano o a sus descendientes. Uno de los herederos quería usar de los bienes a su antojo, ya que no existía prohibición alguna sobre la administración de los mismos, puesto que el padre había dispuesto “lo que se encontrara en su poder al tiempo de la muerte”. El otro –beneficiario de la restitución–, probablemente alarmado por la administración de los bienes, pretende limitar los actos dispositivos con base en la voluntad testamentaria de residuo:

Filios enim quidam suos instituens heredes, deinde etiam alterutris eos filiis non existentibus substituere volens iussit, si contigerit aliquem eius filiorum et heredum futurum sine filiis humanam solvere vitam, post exceptionem horum quae ex lege debentur ei ex eis quae ab eo relinquebatur ei rebus reliquas omnes res et iura, quaecumque eum in tempore mortis invenirentur, venire et restituere ex his superstiti, aut eius filiis si ipse moreretur, omni cessante inter eos propter memoratam substitutionem cautione et fideiussione. In his eo moriente et uno quidem eius filiorum et heredum filios habente, alio vero manente sine filiis, prohibet eum qui sine filiis est is quis filios habet uti rebus utpote ea deterentem, at ille utens verbis testamenti, quia quicquid inveniretur in tempore mortis apud eum, hoc eum restituere iussit, secundum hoc vult schema licentiam habere uti rebus sicut voluerit, nulla prohibitione de earum gubernatione illata ei.

(17) MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 71, para quien el texto sigue una línea de contenido respetable, pero con dudosa forma de expresión. Véase, además, pp. 70 y 72.

La Novela 108 pretende, pues, como ella misma dice, delimitar algunas de las imprecisiones que existían en esta figura testamentaria. Estas imprecisiones, obviamente, derivaban de la vaguedad de criterios establecidos para las enajenaciones de los bienes fideicomitidos en residuo, los que ampliamente reiterados por PAPINIANO y el emperador Marco Aurelio imponían como límite a las facultades dispositivas del fiduciario que su actuación fuese acorde a la *bona fides* y al *arbitrium boni viri*.

Como bien dice DE DIEGO, la *bona fides* y el *arbitrium boni viri*, aunque criterios razonabilísimos pecan de vaguedad, ya que son conceptos variables de época a época e incluso de hombre a hombre en una misma época, dependiendo en su apreciación de circunstancias muy variables y de la opinión individual del juzgador. De este modo, lejos de evitar los pleitos los estimuló y desde luego no fue remedio bastante para evitar los crecientes abusos de los fiduciarios, que abusivamente o con fútiles pretextos hacían uso de la facultad de disposición que el testador les había concedido (18).

Por este motivo, y con la finalidad de evitar incertidumbres, se introdujo un criterio objetivo para delimitar claramente los derechos del fiduciario y del fideicomisario. Así que esta Ley declara que, cuando el testador sujetara al fideicomiso, “las cosas que se hallan o que quedan al tiempo de la muerte”, el fiduciario viene obligado a reservar en beneficio del fideicomisario una cuarta parte de los bienes recibidos del testador, quedando las tres cuartas partes restantes a su libre disponibilidad:

Nos igitur sumentes ex hoc occasionem aestimavimus oportere et antiquam indefinitionem et deinceps discretionem hanc quidem definire hanc autem puram hominibus reponere, et propterea lege causam comprehendere, ut discant homines omnem legis ordinem, cum quo competit talia et discere et iudicare...

Y en el capítulo I prosigue:

... Si quis enim haec aut etiam aliquid tale aliud dixerit, sancimus usque ad Falcidiam solum suae institutionis necessitatem habere servare eum qui oneratus est fideicommissi restitutione, et non posse aliquid penitus ex illa minuire, sufficiens existens, si heredi quidem supersint tres partes, illi autem quartae solius relinquatur ratio...

Esta condición de *dominus perfectus* del fiduciario sobre las tres cuartas partes de la herencia ha llevado a un sector doctrinal a admitir facultades dispositivas *mortis causa* sobre la mencionada cuantía de los bienes hereditarios.

(18) DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 73 y ss.

En este sentido sostiene MURILLO VILLAR que precisamente la regla general establecida en la Novela de que el fiduciario pudiese disponer de la tres cuartas partes del patrimonio hereditario supone la ampliación de sus facultades dispositivas a actos *mortis causa*, discrepando así de la regulación clásica que sólo permitía los actos *inter vivos*. Añadiendo que se utiliza el fideicomiso de residuo como si se tratara de una sucesión normal en lo que se refiere a las tres cuartas partes, lo que equivale a asegurar que esta regulación justiniana tiene la misma fuerza y valor que si el testador hubiera dispuesto en testamento que deja tres cuartas partes de su patrimonio a un determinado heredero, y con la cuarta parte restante hubiera instituido un fideicomiso imponiendo que lo entregara al fideicomisario a cambio de haber sido beneficiado aquél con las tres partes hereditarias (19).

Y CUENA BOY nos dice cómo las tres cuartas partes restantes quedan a la plena disponibilidad del fiduciario incluso *mortis causa*; no obstante, con posterioridad afirma con cierta cautela que, de admitirse esta posibilidad de disposición *mortis causa*, el fideicomiso de residuo justiniano parece inevitablemente llamado a descomponerse en dos disposiciones diferentes ordenadas con una misma fórmula: una institución de heredero en esas tres cuartas partes libres del gravamen fideicomisario y una institución fideicomisaria en la cuarta parte restante que debe ser reservada para el llamado en segundo lugar. A lo que, coherentemente, se pregunta: ¿es esto técnicamente correcto y sobre todo respetuoso con la voluntad del testador?, respondiendo: en cuanto al aspecto técnico, probablemente no sería muy adecuado la denominación de fideicomiso de residuo si ha de limitarse a la cuarta indisponible para el heredero; y en cuanto a la *voluntas testatoris* no parece lo más conforme a ella, ya que había ordenado la restitución de lo que se encontrara en poder del gravado al tiempo de su muerte, y de este modo podía eventualmente disponer *mortis causa* del sobrante no consumido de aquellas tres cuartas partes (20).

Ciertamente, si la libre disponibilidad de las tres cuartas partes de la herencia por el fiduciario y la reserva de la cuarta falcidia al fideicomisario choca a la esencia del fideicomiso de residuo, sin duda, admitir una supuesta disponibilidad *mortis causa* nos conduciría inexorablemente a una figura demasiado alejada del fideicomiso de residuo, e incluso, me atrevo a decir, diversa del fideicomiso de residuo.

En puridad, la Novela pretende solucionar la indeterminación jurídica de las facultades dispositivas de fiduciario, estableciendo unos límites

(19) MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 76 y ss.

(20) Véase, respectivamente, CUENA BOY: "Notas sobre el fideicomiso de residuo...", cit., p. 56, y *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 58.

o extensión de sus derechos, sin embargo, no justifica, a nuestro modo de ver, la disponibilidad *mortis causa* de las tres cuartas partes hereditarias, y ello, sobre todo, porque esta reglamentación es aplicable, como claramente nos dice, “a las cosas que se hallan o que queden al tiempo de la muerte”, por lo que no sólo no tendría sentido, sino que, aún más, entendemos que queda exceptuada esta modalidad dispositiva.

De este modo, las facultades dispositivas del fiduciario de los bienes fideicomitidos –concretamente, las tres cuartas partes de los mismos– se refieren a cualquier tipo de negocio *inter vivos* oneroso o gratuito, quedando, por consiguiente, excluida la disponibilidad *mortis causa* de los mismos.

No obstante, esta norma, con carácter general e imperativo, parece quebrarse cuando a continuación se prevé la posibilidad de que el fiduciario pudiese disponer incluso de esa cuarta parte, señalando la novela los supuestos de dote, de liberalidad esponsalicia, de redención de cautivos o por razón de piedad, en estos casos, y siempre que no tuviese otros bienes, podrá hacer uso, dice el emperador, de esa cuarta parte de reserva residual (21):

... *Et si quidem aut dotem voluerit dare aut sponsalitiam largitatem, aliam non habens substantiam oportet ei hoc permitti agere, et hoc videlicet, quod nostra continetur iam lege, in qua ei omnino non negavimus talem diminutionem. Si vero et in captivorum redemptionem (hanc enim excipimus, et dicamus deo causam) et hoc licentiam eum habere facere et minuere etiam quartam pietatis ratione, quod omnium nobis pretiosius videtur.*

Es más, en el capítulo II, y aparte de las causas señaladas anteriormente, se le permite igualmente al fiduciario gastar de la cuarta parte reservada al fideicomisario siempre que carezca de otros medios, lo que justifica en la *voluntas testatoris* de hacer la restitución de lo que quedase (22).

(21) Sobre estas causas, MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 77, considera que eran excepcionales, tasadas y muy definidas y, por supuesto, las únicas causas válidas para disponer de la cuarta falcidia. Distinguiéndolas, pp. 86 y ss., en dos grupos claramente diferenciados, el primero, que estaría compuesto por dar dote y por el ejercicio de una liberalidad esponsalicia, y el segundo, bien para redimir cautivos o bien por razones de liberalidad. Es más, añade que cuando el heredero utilice la *quarta falcidia* en base a estas causas será cuando se produzca el fideicomiso de residuo *de si quid supererit*, pues entonces será cuando el fiduciario restituirá sólo si algo queda, pero no tiene ninguna obligación de conservar nada siempre y cuando se atuviese a esta legislación imperial.

(22) MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 86 y ss., dice “que siempre que el fiduciario tuviera unos gastos y por cualquier causa no tuviera bienes propios para efectuarlos se le permite que utilice la cuarta, y esto lo autoriza el emperador basándose no sólo en la necesidad del heredero sino también en la *voluntas testatoris*, que permite que se haga la restitución de lo que quedara, si bien es cierto que refiriéndose a lo que quedara después de hacer

Aunque el fiduciario, continúa la Novela, deberá, en su caso, completar la cuarta *falcidia* con otros bienes si los hubiera, y si esto no fuera posible, dispondrá el fideicomisario de la acción real y de la hipotecaria contra cualquier adquirente de los bienes hereditarios, manteniéndose, además, la obligación del fiduciario de prestar caución de reservar no menos de la cuarta, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa (23). Como podemos apreciar, se intenta justificar la disponibilidad de la cuarta, pero, realmente, ¿se consigue?

Si vero contigerit neque ipsum habere ex aliquibus causis, unde faciat expensas, ex tali restitutione etiam has facere damus ei licentiam; hoc quod et testator permisit quod relinquatur omnino hoc volens ad restitutionem trahi, et quasi aliquis dicta, ex hoc, quod remaneret, ei restitutionem fieri. Si autem nulla talis subiacet occasio, necessitatem habere omnino quartam partem propriae institutionis servare, et tali et aliis restitutionem donare. Si tamen aliquid expenderit, habens unde supplementum faciat, ex illo suppleri quartam, et per nullam causam hanc minui. Si vero contigerit quartam, et non habeat ad supplementum aliam substantiam, tunc damus et contra emptores aut aliter accipientes res in rem et hypothecas auctoritate huius legis, ut liceat complere sibi fideicommissarium ex rerum vindicatione...

Ciertamente, si el residuo parecía haber encontrado una delimitación concreta y específica alejada de los imprecisos criterios de la *bona fides* y el *arbitrium boni viri*, no deja de sorprendernos que ahora las excepciones establecidas en el párrafo *in fine* del capítulo I y en los inicios del capítulo II puedan suponer nuevamente una extensión de las facultades del fiduciario sobre la totalidad del caudal hereditario.

uso de la cuarta parte reservada al fideicomisario, y entonces es cuando se produce un fideicomiso *de si quid supererit*". "Sobre este hecho de haber otorgado o no la dispensa se funda la distinción hecha por los juristas entre el fideicomiso *de eo quod supererit*, en el que el fiduciario tiene la obligación ineludible de respetar la cuarta, y el fideicomiso *de si quid supererit*, en el cual no existía esa obligación y el fiduciario no estaba obligado a restituir más que lo que eventualmente hubiese quedado." En este sentido, DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 76 y ss., dice que sobre el hecho de haber otorgado o no la dispensa se funda la distinción hecha por los jurisconsultos entre el fideicomiso *de eo quod supererit*, en la que el fiduciario tiene la obligación ineludible de respetar la cuarta hereditaria correspondiente al fideicomisario, y el fideicomiso *si quid supererit*, en que ese no era el caso.

(23) CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., p. 57, señala: "Ahora, por fin, el objeto de esta caución tiene una entidad material bien definida", ya que en este mismo capítulo la Novela 108 dice: ... *Unde et cautionem fideicommissarius dabit non minus quarta servare, nisi et ipsam testator, sicut in pronunciato nobis ipso prohibuit*. Señalando, además, que el régimen jurídico del fideicomiso de residuo en la regulación justinianea en poco difiere de su regulación en época clásica. DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit...*, cit., pp. 77 y ss., opina que la situación del fiduciario respecto al fideicomisario era más clara después de las disposiciones del emperador, ya que éstas hicieron inútiles gran cantidad de cuestiones que la jurisprudencia clásica planteó y tuvo que resolver.

Por lo demás, los actos dispositivos del fiduciario, al igual que veíamos en los fragmentos de PAPINIANO, en el de ESCÉVOLA y en el de ULPIANO se mantienen constantes: permisibilidad de negocios *inter vivos* onerosos, e incluso lucrativos, y exclusión de negocios jurídicos *mortis causa*.

III. En el Derecho civil común: posición doctrinal y jurisprudencial

Pasemos ahora al estudio de esta problemática en el Derecho civil común.

Señala RIVAS MARTÍNEZ que al fiduciario de residuo como dueño le corresponden facultades de disfrute sobre los bienes fideicomitidos, añadiendo que el fideicomiso de residuo se presenta como una modalidad de la sustitución fideicomisaria cuya peculiaridad radica, precisamente, en una ampliación de las facultades dispositivas del fiduciario. Y, ciertamente, la facultad de disponer es connatural con la posición de fiduciario de residuo, ahora bien, dice RIVAS, la ley del testador deberá imponer la extensión y limitaciones de estas facultades.

Delimitando el ámbito de estas facultades señala acertadamente que el fiduciario puede realizar negocios por actos *inter vivos* a título oneroso y gratuito, con las limitaciones establecidas por el testador, pero, sin embargo, no puede realizar actos de disposición *mortis causa*, ya que en este caso desaparecería el fideicomiso de residuo para dar paso a una figura jurídica que se puede calificar de “disposición testamentaria supletoria, caso de fallecer el heredero sin testar” (24).

Es más, estos actos dispositivos quedan supeditados al ejercicio legítimo de buena fe y no fraudulento o abusivo de las facultades dispositivas del fiduciario, pudiendo, en caso contrario, el fideicomisario impugnar los actos de disposición y gravamen realizados por el fiduciario, ya que ha actuado en fraude de su derecho (25).

Esta imposibilidad de un fideicomiso de residuo con actos dispositivos *mortis causa* ya fue constatada por ROCA SASTRE, considerándola igualmente “una disposición testamentaria supletoria, caso de fallecer el heredero sin testar”, o bien una “sustitución preventiva de residuo”. Señalando, además, que el fideicomisario, o en su caso sus herederos, ostentan un control sobre las facultades dispositivas del fiduciario, con la finalidad de que no se exceda en el ejercicio normal y legítimo de las mismas dentro

(24) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, volumen 1.º, 3.ª edición, Madrid, 2004, pp. 151 y ss.

(25) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 167.

de las previsiones establecidas en cada supuesto por el fideicomitente (26).

LACRUZ BERDEJO, presentando sus dudas a la distinción *de eo quod supererit* y *si quid supererit*, afirma que el contenido del fideicomiso de residuo dependerá del sentido de la cláusula que lo ordena en relación con los demás elementos y medios interpretativos. La facultad de disposición, continúa, ha de concederse de forma expresa, señalando las siguientes modalidades: en primer lugar, una autorización para que el fiduciario pueda disponer sólo en caso de necesidad; autorización para disponer *inter vivos* por título oneroso; autorización para disponer *inter vivos* incluso por donación; autorización para disponer por actos *mortis causa*, debiendo en este caso quedar claramente concedida por el testador (27).

Con un criterio más amplio se presenta DÍAZ ALABART, señalando que la disponibilidad de los bienes fideicomitidos concedida al fiduciario puede ser muy variada, pudiendo disponer no sólo por actos *inter vivos*, sino también *mortis causa*. En este último caso afirma cómo el fiduciario, dice literalmente, puede dejar en testamento “los bienes fideicomitidos o parte de ellos”, por lo que se reservarían exclusivamente para el fideicomisario aquellos bienes de los que no haya dispuesto ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Considerando exclusivamente lesivo el acto que exceda de las facultades de disposición concedidas al fiduciario, por lo que una actuación dolosa, abusiva o fraudulenta, dentro del ámbito de estas facultades, es jurídicamente válida; puesto que quien deja libertad para enajenar a su libre voluntad puede privar eventualmente de los bienes al fideicomisario, sin que esta actuación pueda ser jurídicamente atacable (28).

Ciertamente, este parecer dista de la modalidad fideicomisaria de residuo: amplia disponibilidad *mortis causa* y muerte de los criterios determinantes en las facultades del fiduciario. Es más, no entendemos cómo, por un lado, habla de actos dolosos, fraudulentos y abusivos, y por otro dice que no puede verse como doloso el ánimo de privar al fideicomisario de los bienes residuales. Es evidente que, con independencia de las facultades concedidas al fiduciario, éste puede realizar actos intencionadamente dolosos con la finalidad de evitar el residuo, por lo que dichos actos no sólo son contrarios a la voluntad del testador y contravienen la *bona fides* del fiduciario —en cuya esencia radica el fideicomiso en general y, en particular, el de residuo—, sino que, además, entendemos son jurídicamente “inválidos”.

(26) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, citado por RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 142.

(27) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil V, Sucesiones*, Madrid, 2001, pp. 283 y ss.

(28) DÍAZ ALABART: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo García*, tomo X, volumen 2, Madrid, 1984, pp. 213 y ss.

LLEDÓ YAGÜE sostiene que el fiduciario de residuo es heredero y, por tanto, propietario de los bienes *ad tempus*, por lo que dispone de la facultad de goce y disfrute de los bienes hereditarios; ahora bien, parece prudente y aconsejable, dice LLEDÓ, establecer en el testamento la atribución de estas facultades de modo expreso, sobre todo porque su alcance y extensión pueden variar dependiendo de la voluntad del testador. En consecuencia, podrá el fiduciario enajenar, gravar o disponer de los bienes *inter vivos* a título oneroso, siempre con las limitaciones que establezca el testador, necesitando su expresa autorización para la disponibilidad *mortis causa*.

Insistiendo, nuevamente, en la trascendencia de la manifestación de la *voluntas testatoris*, ya que si el causante ordena “restituir lo que quedase de los bienes”, los frutos no consumidos en el momento de la apertura de la sucesión fideicomisaria deberán restituirse, pero si ordena la restitución de la herencia, la solución es diferente, ya que los frutos no son *ex hereditate*, por lo que no le corresponderán (29).

Señalando finalmente la posibilidad de impugnar las enajenaciones realizadas por el fiduciario, no sólo cuando sobrepase el poder de disposición concedido por el testador, sino también cuando fueren realizadas con mala fe, dolo o fraude, e ilicitud de causa (30).

MATEOS BONILLA, abundando en la importancia de que las facultades de disposición sean claramente delimitadas por el testador, considera, en cualquier caso, significativamente necesaria la distinción entre el fideicomiso *de eo quod supererit* y el fideicomiso *si quid supererit*; señalando que en este último la extensión y finalidad de las facultades dispositivas concedidas al fiduciario permitirán, en muchos casos, abandonar al criterio de éste la elección del fin traslativo de determinados bienes, lo cual, continúa MATEOS, incide en la consideración y calificación jurídica de la figura (31).

Partiendo de que la distinción de ambas figuras no es una cuestión pacífica, y que con base en las fuentes jurídico-romanas no queda clara-

(29) En materia de restitución de frutos existen dos textos de PAPINIANO que despertaron el interés de la doctrina, ya que parecen señalar soluciones contradictorias, a saber: D.22,1,3,2, que establece la obligación de restituir los frutos sobrantes al fideicomisario, y D.36,1,60(58),7, que señala la adquisición definitiva de los mismos por parte del fiduciario. Sobre el tema en Derecho romano: COPPOLA: “Osservazioni sul regime dei frutti...”, cit., pp. 191 y ss.; DESANTI: “Di nuovo sul regime dei frutti nel fedecomesso di residuo e sul presunto contrasto tra D.22, 1,3,2 (Pap. 20 quaest.) e D. 36,1,60(58),7 (Pap. 9 resp.)”, SDHI 65 (1999). Véase, además: CUENA BOY: *El fideicomiso*..., cit., pp. 43 y ss.; MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo*..., cit., pp. 122 y ss.; DE DIEGO: *Naturaleza jurídica*..., cit., pp. 36 y ss.; ídem: *El fideicomiso de eo quod supererit*..., cit., p. 80.

(30) LLEDÓ YAGÜE: *Compendio de Derecho civil, Sucesiones*, Madrid, 1999, pp. 272 y ss.

(31) MATEOS BONILLA: “Estudio teórico-práctico de las figuras fideicomisarias”, ADC 51 (1998), p. 1274.

mente constatada, no entendemos el alcance de estas facultades dispositivas que establece en el fideicomiso *si quid supererit*.

Pero, además, a continuación, sin referencia a la otra modalidad fideicomisaria de residuo, señala sin la más mínima concreción que el contenido y extensión de estas facultades no siempre serán los mismos, abriéndose toda una gradación de posibilidades que puede ir desde la disposición *inter vivos* a título oneroso por causa de necesidad a la propia disposición *mortis causa* de los bienes por el fiduciario.

Y para concluir afirma que “si la facultad de disponer es una nota intrínseca o esencial en el fideicomiso de residuo, su ejercicio por el fiduciario se encontrará en función del tipo de fideicomiso: *de eo quod supererit* o *si aliquid supererit*”, a lo que apostilla: “partiendo del diferente tratamiento que deben recibir las facultades dispositivas en el caso del fideicomiso *de eo quod supererit*, más cercano a la configuración de la sustitución fideicomisaria, los actos de este género que realice el fiduciario merecerán un mayor seguimiento por los interesados en la conservación de los bienes y una interpretación más restrictiva por el tribunal encargado de juzgar su validez”.

En nuestra opinión, la vaguedad e incertidumbre de sus afirmaciones complica el panorama de las facultades dispositivas del fiduciario de residuo.

Peculiar en su conjunto es la posición de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, quien, por un lado, entiende que la jurisprudencia afirma que cualquiera que sea la manera de atribuirse al fiduciario el poder de disposición, o sea, que, con independencia de la fórmula empleada en la cláusula de residuo, el fiduciario tiene un indiscriminado poder de disposición *inter vivos* a título oneroso, y también está facultado sin limitaciones para consumir los bienes fideicomitidos. Por el contrario, sólo de manera excepcional puede considerársele atribuido el poder de disposición a título gratuito o el poder de disposición *mortis causa*.

De otro, sostiene que hay que partir de la distinción entre el poder de disponer del fiduciario y el deber de conservar; en principio, aun cuando el fiduciario esté facultado para enajenar los bienes fideicomitidos, no implica que no tenga obligación de conservarlos. Así, si el testador otorga al fiduciario un poder de disponer a título gratuito o *mortis causa*, en realidad no vincula los bienes de restitución, principalmente porque otorga al fiduciario un poder de eludir las propias previsiones testamentarias del fiduciante; en realidad en estos supuestos se configura un fideicomiso *si quid supererit*, si algo quedase. Por el contrario, cuando se otorga al fiduciario únicamente un poder de enajenar a título oneroso o de consumir existe una vinculación de restitución, se configura una masa patrimonial

que va a guardar su autonomía a través del juego de la subrogación real, y el fiduciario tiene respecto a la misma el deber de conservar.

Señalando, finalmente, que la intencionalidad fraudulenta no debe ser objeto de una prueba rigurosa, sino que debe inferirse del propio desequilibrio económico (32).

IRURZUN GOICOA afirma que la facultad de disponer de los bienes de la herencia es intrínseca en el fideicomiso de residuo, y la posibilidad de su ejercicio, connatural a la posición jurídica del fiduciario. Admitiendo sin dificultad sus facultades dispositivas tanto a título oneroso como gratuito, sin embargo, opina que, dentro del sistema del Código Civil, el fiduciario de residuo no puede ni debe tener facultades de disposición *mortis causa* respecto de los bienes incluidos en el fideicomiso (33).

En este sentido, CUENA BOY considera igualmente que la facultad de disponer es inherente al fideicomiso de residuo, ya que sin la misma el fideicomiso de residuo carecería de sentido, siendo inconcebible la figura de un fideicomiso en el que el fideicomisario es llamado al sobrante de los bienes. Presupuesta su concesión por el fideicomitente, entiende que la disponibilidad de los bienes por actos *inter vivos* incluye los onerosos y los gratuitos, sin que sea necesario que este último sea expresamente designado en el testamento, sino que, por el contrario, debe considerarse incluido en la atribución genérica de la facultad dispositiva *inter vivos* (34).

Veamos, aunque sea brevemente, la posición de la jurisprudencia al respecto.

La facultad del fiduciario de disponer por actos *inter vivos* a título oneroso e incluso lucrativo fue reconocido, entre otras, por las sentencias de 21 de noviembre de 1955, 22 diciembre de 1961, 15 de noviembre de 1968, 25 de abril de 1983, 20 de noviembre de 1987 y 13 de marzo 1989. En esta última es significativa la interpretación que el Tribunal hace de la cláusula en la que el testador facultaba a sus hijos a la "disponibilidad por actos *inter vivos*", considerando que no puede ser más genérica e ilimitada, y establece que "al no recurrir aquél a ninguna reserva o limitación que cupiera entender había sido su intención excluir de tales facultades las relativas a los actos de disposición gratuitos", por ello, debe entenderse comprendida en la disponibilidad por actos *inter vivos* tanto los realizados a título oneroso como los gratuitos (35).

No obstante, apreciamos en otras sentencias cómo el Tribunal se apar-

(32) ÁLVAREZ CAPEROCHIP: "La sustitución fideicomisaria de residuo", RDP, 1975, pp. 186 y ss.

(33) IRURZUN GOICOA: "El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador", AAMN 18 (1974), pp. 202 y ss.

(34) CUENA BOY: "Notas sobre el fideicomiso de residuo...", cit., pp. 84 y ss.

(35) CUENA BOY: "Notas sobre el fideicomiso de residuo...", cit., pp. 91 y ss.

ta de los actos dispositivos a título gratuito, limitando las facultades del fiduciario a los estrictamente onerosos. En este sentido, la sentencia de 10 de marzo de 1978 y 22 de julio de 1994, concretamente esta última, sostiene que la frase “disponer en vida” utilizada en la cláusula testamentaria no puede interpretarse en el amplio sentido de comprender tanto los actos onerosos como los lucrativos, pues sería tanto como autorizar a la heredera fiduciaria para disponer gratuitamente de los bienes del causante a favor de personas no llamadas a la herencia, ya que, como dice la sentencia de 8 de mayo de 1986, “los actos de mera liberalidad en sus efectos prácticos vienen a ser equivalentes a las disposiciones *mortis causa*”.

Pero, ciertamente, la fiduciaria llevó a cabo un trasvase de bienes desde el patrimonio del fideicomiso a su propio patrimonio, quedando a su muerte a favor de los herederos fideicomisarios un sobrante ficticiamente reducido, y correlativamente su patrimonio se había visto ficticiamente acrecentado, por lo que dispuso de él a favor de personas e instituciones distintas de las queridas por el testador para el residuo, contraviniendo, de este modo, su voluntad.

Y es que, como se dice en la sentencia, el fideicomiso de residuo es una institución de confianza, cuyo cumplimiento encomienda el testador a la honradez y a la buena fe del heredero fiduciario, y en este caso no parecía una actuación conforme a los mencionados criterios, sino más bien una clara contravención de los mismos.

En esta línea, la sentencia de 14 de marzo de 2003 concede al demandante el reintegro de las cantidades de que dispuso a título gratuito la heredera fiduciaria, pero es que, en este caso, la voluntad manifiesta del testador sólo la facultaba para la disponibilidad *inter vivos* a título oneroso. Y la sentencia de 6 de febrero de 2002 afirma que las facultades dispositivas a título gratuito deben admitirse con reservas, apostillando la de 12 de febrero del mismo año que no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito si no lo ha previsto explícitamente el fideicomitente.

No obstante, hemos de señalar que, en los supuestos señalados, la limitación de las facultades dispositivas a los actos estrictamente onerosos se presenta como corolario inexcusable no sólo de la voluntad del testador, sino también de una conducta adecuada a la *bona fides* del fiduciario.

En cuanto a la facultad dispositiva *mortis causa* viene reconocida en otras sentencias, en las que unánimemente requieren el otorgamiento expreso por el testador para poder entender atribuida esta facultad: 11 de junio de 1945, 13 de noviembre de 1948, 1 de diciembre de 1951, 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 20 de octubre de 1962, 2 de diciembre de 1966, 23 de diciembre 1982 y 6 de febrero de 2002.

Como ha constatado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias: 7 de

enero de 1959, 2 de diciembre de 1966, 25 de mayo de 1971, 2 de septiembre de 1987, 10 de octubre de 1989, entre otras, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 13 de diciembre de 1934, 16 de septiembre de 1944 y 29 de noviembre de 1962, a pesar de la generalidad con que los actos de disposición se conciben al utilizar la frase “por cualquier título”, no se dice de modo expreso que aquéllos comprendan los actos *mortis causa*.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido estableciendo la necesidad de que la interpretación de la facultad de disposición haya de efectuarse en forma rigurosa y/o estricta, no reconociéndosele al fiduciario más facultades de disposición que las que consten que expresamente le han sido conferidas por el testador fideicomitente, entendiendo, en caso de duda, que se carece de la dudosa. A este respecto son significativas la sentencia de 22 de julio de 1994 y la más reciente de 12 de febrero de 2002.

Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de febrero de 2004, que excluye la disponibilidad *mortis causa* de la expresión “por cualquier título”, sostiene, a mayor abundamiento, que en la referencia expresa que en la cláusula testamentaria se hace del patrimonio que “a la muerte de su esposa quedare”, impide la disponibilidad *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, puesto que carecería de sentido este tipo de facultades dispositivas.

Ciertamente, las facultades dispositivas *mortis causa* del fiduciario, aunque como hemos visto estrictamente entendidas, nos aleja considerablemente de la modalidad fideicomisaria de residuo, cuya esencia reside en “los bienes que se hallen o se encuentren a la muerte del fiduciario”.

En definitiva, apreciamos que la jurisprudencia reconoce plena libertad para los negocios jurídicos onerosos, limitando las facultades dispositivas a título gratuito y, sobre todo, la disponibilidad *mortis causa* de los bienes fideicomitidos. Y todo ello, de conformidad a la *voluntas testatoris* y con arreglo a los principios de la honradez y la buena fe, criterios especialmente destacados en sentencia de 22 de julio de 1994 y de 14 de marzo de 2003.

IV. En las legislaciones forales: Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y Código de Sucesiones por causa de muerte de Derecho Civil de Cataluña

Finalmente, ocupémonos de las legislaciones forales.

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, señala en la Ley 239 que: “En las sus-

tituciones de residuo, si no se hubiere ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer de los bienes por actos *inter vivos* y a título oneroso. Si se le hubiere autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* y *mortis causa*.

Los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlo”.

A tenor de la Ley 239 es evidente, una vez más, que la amplitud de los actos dispositivos del fiduciario dependen exclusivamente de la *voluntas testatoris*. Ahora bien, las facultades dispositivas del fiduciario quedan claramente limitadas a los actos *inter vivos* a título oneroso.

La exclusión de actos gratuitos podría venir impuesta por la finalidad de evitar una disminución no deseada de los bienes residuales, por lo que podríamos admitir esta interpretación restrictiva ante la ausencia de una voluntad claramente manifestada en otro sentido. Pero no llegamos a entender el porqué se hace extensiva a la disponibilidad *mortis causa* cuando el fiduciario viene autorizado a realizar negocios jurídicos gratuitos.

De otro lado, consideramos innecesaria la aclaración contenida en el párrafo *in fine*, ya que es de suponer que los bienes de los que no se haya dispuesto conforme a las normas señaladas le pertenecen al fideicomisario o que, al menos, pueda intentar con éxito su reclamación.

El Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, se ocupa del fideicomiso de residuo en los artículos 243 a 248.

Veamos los artículos que afectan a las facultades dispositivas del fiduciario. Comencemos con el artículo 243, que dice: “En el fideicomiso de residuo el fiduciario, sea a plazo o condicional, resulta facultado por el testador para disponer de la herencia o del legado fideicomitidos, porque así lo autoriza expresamente, o porque establece que aquellos bienes de los cuales no haya dispuesto el fiduciario hagan trámite al fideicomisario.

También existe fideicomiso de residuo cuando el testador concreta la sustitución fideicomisaria a los demás bienes que el heredero o legatario conserven al tiempo de deferirse el fideicomiso por no haber dispuesto de ellos.

No existirá fideicomiso de residuo, aunque se emplee esta denominación, si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte, designando para después de fallecer aquéllos a un sustituto o sustitutos. En este caso, se considerará ordenada una sustitución preventiva de residuo”.

No muy afortunados resultan los dos primeros párrafos del citado ar-

título, los que parecen delimitar, no con demasiada claridad, distintas variedades fideicomisarias de residuo.

En este sentido, entiende MURILLO VILLAR, que dichos párrafos recogen respectivamente el fideicomiso *de eo quod supererit* y el fideicomiso *si quid supererit*. Añadiendo que el fideicomiso *de eo quod*, único vigente en el período clásico, impide al fiduciario disponer de forma absoluta de todo el patrimonio que conforma el fideicomiso, evidenciando la semejanza absoluta con la regulación catalana –párrafo 1.º–, ya que ambos sistemas jurídicos impiden que el fideicomisario ostente solamente su título hereditario vacío de contenido patrimonial, aunque advierte que esta modalidad no se identifica con la establecida en época clásica, ya que no se determinaba la cuantía mínima que el fideicomisario tenía que recibir, sino que, por el contrario, se identifica con la regulación justiniana de esta modalidad fideicomisaria que instauró en el mismo sentido *usque ad Falcidiam*. Igualmente, el segundo párrafo parece referirse al fideicomiso *si quid supererit*, en el que el fiduciario puede disponer de todos los bienes del fideicomiso sin necesidad de reservar la cuarta parte, recibiendo el fideicomisario únicamente aquellos bienes de los que no haya dispuesto el fiduciario; esta modalidad, como ha manifestado, no es clásica, sino que surgió en el año 541 d.C., con la Novela 108 de Justiniano (36).

También BLASCO GASCÓ encuentra en ambos apartados la aludida distinción entre el fideicomiso *de eo quod supererit* y el fideicomiso *de si quid supererit*, añadiendo que este último otorga al fiduciario una facultad de disposición más amplia sobre los bienes fideicomitidos. Y ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES afirma, sin más, la reiterada dualidad fideicomisaria de residuo (37).

RIVAS MARTÍNEZ, aunque sin mención expresa al citado artículo, señala que el Código de Sucesiones recoge la distinción entre ambas modalidades fideicomisarias, las que esencialmente radican en la amplitud de las facultades dispositivas del fiduciario (38).

Pero, retomando el tema que nos ocupa, apreciamos que sólo en el párrafo primero se habla de facultad dispositiva sobre los bienes fideicomitidos, sin delimitar, por el momento, el ámbito de la misma.

(36) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo romano en el nuevo Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña”, RDP (1993), pp. 7 y ss.

(37) BLASCO GASCÓ: “Las sustituciones en el Derecho Catalán”, *Tirant on line* 47966 TOL. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES: “La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo”, RCDI 80-682 (2004), p. 961.

(38) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 270. En su apoyo, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959, relativa a Cataluña, señala que el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: una, cuando el testador faculta al fiduciario para dispo-

Sin embargo, en el párrafo tercero, con suma claridad contempla la denominada sustitución preventiva de residuo, modalidad diversa del fideicomiso de residuo, y cuya diferencia reside, precisamente, en las facultades dispositivas del fiduciario: la libre disponibilidad de los bienes fideicomitidos por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Lo que, en principio, pudiera hacernos pensar en la exclusión de negocios *inter vivos* a título gratuito por el fiduciario en el fideicomiso de residuo, pero de lo que no existe la más mínima duda es de la exclusión de las facultades dispositivas *mortis causa* del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, ya que con palpable claridad expresa el mencionado artículo que, en este caso, estamos en presencia de una sustitución preventiva de residuo.

Y es que la restitución *post mortem*, caracterizadora del fideicomiso de residuo, como hemos reiterado, implica la imposibilidad de disponer *mortis causa*, pues, llegado ese momento, los bienes sobrantes deben restituirse al fideicomisario.

Dice MURILLO VILLAR que el presente artículo, dividido en tres párrafos perfectamente diferenciados, quiere distinguir *ab initio* la triple tipología de sustituciones fideicomisarias de residuo, aunque en el posterior articulado no se concrete de forma expresa la regulación que a cada una le corresponde (39). Aunque, ciertamente, la sustitución preventiva de residuo regulada en los artículos 250 y 251 viene concebida como una figura diversa al fideicomiso de residuo.

Continuando con el articulado del Código, el artículo 244 se ocupa de las facultades dispositivas, a saber: “El heredero o legatario gravados de fideicomiso de residuo, además de las facultades de todo fiduciario sujeto a fideicomiso, podrán realizar, respecto a los bienes de la herencia o legado, los siguientes actos:

1.º Enajenarlos, gravarlos o disponer de ellos de otra forma por actos entre vivos a título oneroso, en concepto de libres del fideicomiso.

2.º Transformarlos, emplearlos o consumirlos para la satisfacción de sus propias necesidades y las de su familia, sin tener que proceder a su reposición.

ner de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, por lo que los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia (fideicomiso conocido como *si quid o aliquid supererit*, si queda algo); otra, cuando el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario (en este caso aparecerá el llamado *de eo quod supererit*, de aquello que deba quedar). Postura similar que posteriormente manifestó la STS de 25 de mayo de 1971, en referencia a la Compilación de Derecho especial de Cataluña de 1960; véase, entre otras: STS de 23 de diciembre de 1982, 25 de abril de 1983 y 13 de marzo de 1989.

(39) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., p. 7.

Si el testador sólo autoriza la venta, podrá, además, realizar los actos expresados en el párrafo anterior”.

Tal y como intuíamos del artículo 243, las facultades dispositivas del fiduciario se concretan y limitan a los negocios jurídicos onerosos *inter vivos*.

Compartimos con MURILLO VILLAR que el artículo 244 establece amplias facultades dispositivas siempre que sean *inter vivos* y onerosas. Se trata de conceder la máxima disponibilidad posible al fiduciario para atender sus necesidades más próximas y las de su familia; para ello, cuenta sobre las cosas fideicomitidas con facultades de disposición directa (transformación, empleo, consumo) o indirecta (enajenación, gravamen o cualquier tipo de disposición), las cuales acarrearán la subrogación real. Señalando, además, la similitud con las facultades dispositivas extraíbles del análisis jurisprudencial romano (40).

En cualquier caso, dice RIVAS MARTÍNEZ, hay que estar a lo querido por el testador, que puede modelar o restringir las facultades dispositivas del fiduciario; pues esta es la idea que se desprende del artículo 244 en relación con el artículo 247 (41).

El artículo 245 establece las reglas a las que queda sujeta la facultad dispositiva del artículo anterior; en este sentido, señala:

“1.º Actuarán las especiales limitaciones, plazos, condiciones y demás prevenciones lícitas que establezca el testador.

Excepto voluntad contraria del testador, si faculta al fiduciario para disponer, con autorización de la persona o de las personas designadas al efecto, quedará libre de esta limitación si dichas personas hubieran fallecido, renunciado o quedado incapacitadas, salvo que resulte otra la voluntad del causante. A tales personas le serán aplicables los preceptos relativos a los albaceas particulares, en la medida en que lo permitan la naturaleza y la duración indefinida de la misión que se les ha encomendado.

2.º El gravamen fideicomisario subsistirá no sólo sobre los propios bienes relictos por el testador que el fiduciario conserve al deferirse al fideicomiso, sino también sobre el dinero o los bienes que por subrogación real hayan reemplazado a los otros bienes fideicomitidos, sea o no por efecto de dicha facultad dispositiva del fiduciario, que se extenderá también a los bienes subrogados.

(40) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., pp. 11 y ss., señalando respecto a la subrogación real que se percibe un claro precedente romano, como puede apreciarse del análisis del artículo 245.2.

(41) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 272.

3.º Si el fideicomiso de residuo fuera de herencia, el fiduciario no podrá enajenar o gravar la cuarta parte de los bienes hereditarios, que quedará reservada para después de su fallecimiento a favor de los fideicomisarios que a la sazón existan, los cuales, en vida del fiduciario, podrán pedir su determinación conforme a las reglas de la reclamación de la cuarta trebeliánica. El fideicomitente podrá eliminar esta limitación. Se entenderá que la ha eliminado si ha autorizado expresamente al fiduciario para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos o para entregarlos.

4.º En el ejercicio de sus facultades dispositivas, el fiduciario tendrá que actuar de buena fe, sin ánimo de defraudar el fideicomiso”

Como bien dice MURILLO VILLAR, las limitaciones que la presente disposición impone al fiduciario son las siguientes: respeto absoluto de la *voluntas testatoris*, necesaria realización de la subrogación real, conservación de la cuarta trebeliánica y total observancia de los principios inherentes a la buena fe. Reglas que, por lo demás, son un fiel reflejo de la concepción jurídico-romana en su devenir histórico de la elaboración del fideicomiso de residuo, pues si bien el respeto a la *voluntas testatoris*, la *bona fides* y la subrogación real aparecen ya en la concepción clásica de esta figura, la reserva de la cuarta es sin duda justiniana (42).

En efecto, el artículo 245 merece las siguientes consideraciones. En cuanto al apartado 1.º, sólo añadir que las mencionadas limitaciones aparecen en clara y lógica consonancia con el principio de la *voluntas testatoris* que debe regir el fideicomiso de residuo, reconociéndose, en consecuencia, que el testador pueda establecer cuantas condiciones y modalidades estime convenientes para los bienes que fideicomite; se destaca, pues, el consabido valor supremo de esta *voluntas*.

El segundo establece la subrogación real, principio ya admitido desde el Derecho romano, como queda constatado en D.31,70,3, D.31,71 y D.31,72 (43).

De interés nos resulta el apartado tercero, en el que apreciamos cómo se establece la obligación al fiduciario de reservar la cuarta parte de la herencia al fideicomisario; idéntica obligación y en la misma cuantía que ya contemplaba la Novela 108; clara limitación cuantitativa, pues una cuar-

(42) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., p. 14.

(43) Tema que sobrepasa los límites de este trabajo, pero, en cualquier caso, puede verse la siguiente bibliografía: RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., pp. 273 y ss.; MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., pp. 16 y ss. En concreto, para el Derecho romano, CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo...*, cit., pp. 36 y ss.; ídem: “Notas sobre el fideicomiso de residuo...”, cit., pp. 74 y ss., y la bibliografía que en ambos se cita.

ta parte de patrimonio relicto debe ser conservado al fideicomisario, no pudiendo el fiduciario enajenar o gravar dicha cuarta.

Esta norma se refiere, según RIVAS MARTÍNEZ, al fideicomiso de residuo ordinario o *de eo quod supererit*, en el que independientemente de las facultades que concede el Código de Sucesiones al fiduciario, le impone, salvo dispensa del testador o fideicomitente, una limitación a su poder de disposición, consistente en no poder afectar, al menos, a una cuarta parte de la herencia fideicomitida (44).

Pero, a continuación, se permite la exención de dicha obligación cuando el fideicomitente “autorice expresamente al fiduciario para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitados o para entregarlos”. Esta excepción ha llevado a la doctrina a afirmar unánimemente que se refiere al denominado fideicomiso *si quid supererit* y, en consecuencia, la obligación de reserva anteriormente expuesta es de aplicación exclusiva al designado fideicomiso *de eo quod supererit*.

Sin embargo, disintiendo de este sentir mayoritario, no encontramos argumentos contundentes para una nítida distinción de dos figuras fideicomisarias de residuo, sino que consideramos que estamos ante una misma figura con diversas modalidades, las que tan diversas pueden ser como lo sea la voluntad del fideicomitente en las facultades dispositivas que le otorgue al fiduciario, y en este caso el fideicomitente, por su expreso deseo, ha eliminado esta limitación establecida con carácter general para el residuo, por ello, dice expresamente el apartado tercero: “el fideicomitente podrá eliminar esta limitación”. Recordemos cómo en la Novela 108 ya se contemplaban excepciones a la *quarta falcidia*.

Dos cuestiones resalta MURILLO VILLAR de esta regulación relacionada con la establecida en el derogado artículo 212 de la precedente Compilación catalana. Por un lado, la reserva de la cuarta trebeliánica en los supuestos de fideicomiso de residuo de herencia, pues entonces solamente tendrá lugar en los fideicomisos *de eo quod supererit* de herencia y no en aquellos otros también *de eo quod supererit* que no sean de herencia, lo que puede llevar a la conclusión de que sólo existirán *de eo quod supererit* cuando sean de herencia y no en los demás casos, y precisamente, lo que diferencia sustancialmente el fideicomiso *de eo quod* del *si quid* es la reserva de la cuarta. De otro, la supresión de la parte final del derogado artículo 212, en el que se impedía enajenar o gravar por ningún título, ahora, esta limitación para enajenar o gravar la cuarta se refiere al artículo 244.1 o a todas las facultades dispositivas previstas en el mismo, entendiendo que, con independencia de cuáles sean los bienes que vayan

(44) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 274.

a recibir los fideicomisarios, lo que se pretende es que éstos perciban la cuarta parte de los bienes relictos o sus subrogados (45).

Y finalmente señala el artículo 245 los criterios que, en todo caso, han de regir los actos dispositivos del fiduciario, el ya conocido y reiterado en la jurisprudencia romana: la buena fe. Insistiendo en la delimitación o concreción de este principio, para el que anteriormente se recurrió al *arbitrium boni viri*, y ahora se recurre al concepto “sin ánimo de defraudar el fideicomiso”, lo que ya va implícito, entendemos, en una actuación acorde con la *bona fides* del fiduciario.

Quizá, por ello, concluya BLASCO GASCÓ afirmando que las facultades dispositivas del fiduciario están sujetas a las reglas del artículo 245, a lo ordenado por el testador a tenor del artículo 246 y a una actuación de buena fe, sin ánimo de defraudar el fideicomiso, como señala el ya citado artículo 245 en su apartado tercero (46).

Interesante es la observación realizada por MURILLO VILLAR cuando dice que esta regla supone una innovación respecto de la Ley de 1960, no comprendiendo muy bien el porqué de su inclusión en la actual regulación, pues, establecida la reserva de la cuarta no deberían las facultades dispositivas del fiduciario sobre los bienes fideicomitados estar sujetas al mencionado criterio, excepto que se entienda que, con independencia de la cuarta, el fideicomisario deba recibir todos aquellos bienes de los que no disponga el fiduciario. Considerando, por lo demás, que el fiduciario obrará de buena fe, sin ánimo de defraudar el fideicomiso cuando no aumente los gastos habituales de manera desproporcionada con el sistema de vida anterior a la aceptación de la herencia; lo que no quiere decir que no disponga de los bienes percibidos, ya que no era esa la *voluntas testatoris*, sino que los gastos que haga no se calculen sólo en relación con la herencia, sino también con su restante patrimonio (47).

El artículo 246 establece: “Si el fideicomitente lo autoriza expresamente, el fiduciario podrá hacer donaciones u otros actos de mera liberalidad que no sean por causa de muerte.

La adquisición de bienes en virtud de tales actos será en concepto de libre. Si el fiduciario usa de la facultad de revocar, que se hubiera reservado, los bienes quedarán sujetos al gravamen fideicomisario.

Salvo que el fideicomitente disponga lo contrario, quedarán libres los bienes muebles fideicomitados o sus subrogados, que al tiempo de deferirse el fideicomiso, estén incorporados o destinados materialmente por

(45) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., p. 18.

(46) BLASCO GASCÓ: “Las sustituciones en Derecho catalán...”, cit.

(47) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., pp. 22 y ss.

voluntad del fiduciario a su propio patrimonio o los posean otras personas públicas y pacíficamente como suyos a sabiendas del fiduciario”.

Veámos cómo los artículos 243 y 244 concedían al fiduciario facultades dispositivas sobre los bienes por actos *inter vivos* y onerosos, pero ahora el artículo 246, acorde al principio de la *voluntas testatoris*, contempla la posibilidad de que el fideicomitente conceda una mayor amplitud a las facultades dispositivas al fiduciario, ampliándolo, en este caso, a negocios jurídicos gratuitos. Para ello, dice el artículo que el fideicomitente ha de autorizarlo expresamente; afirmación ésta que resulta obvia, ya que en otro caso se entiende que las facultades dispositivas del fiduciario se limitan a los onerosos, como queda claramente establecido en los artículos anteriores. Insistiéndose, nuevamente, en la exclusión de las facultades dispositivas *mortis causa*.

Obsérvese además cómo nada dice el artículo respecto a un tipo u otro de fideicomiso de residuo, sino que simplemente contempla la posibilidad de ampliar las facultades dispositivas del fiduciario a los actos a título gratuito, si ésta fuere la voluntad del testador. Señalando el párrafo final una serie de supuestos especiales en los que determinados bienes muebles quedan liberados del fideicomiso, salvo que el fideicomitente hubiese dispuesto lo contrario.

Según RIVAS MARTÍNEZ, este artículo es de aplicación paritaria al fideicomiso ordinario, o sea, de *eo quod supererit*, y al extraordinario, es decir, *si quid supererit* (48). No entendemos muy bien cuáles pudieran ser los motivos y argumentos justificativos de esta afirmación.

El artículo 246, dice MURILLO, amplía con precisión absoluta el antiguo artículo 213, que impedía hacer reserva de revocación de los bienes dispuestos por medio de liberalidades, interpretándolo en el sentido de que el legislador quiere evitar el fraude de que el fiduciario pueda disponer a título gratuito en concepto de libres, revocándolo posteriormente, de tal modo que a través del juego disposición-revocación sustraiga del patrimonio fideicomitado los bienes, evitando la preceptiva subrogación real; por consiguiente, el fiduciario puede disponer con reserva de revocación, pero dicha disposición no será en concepto de libres si posteriormente es ejecutada (49).

Finalmente, el artículo 247: “La sustitución fideicomisaria de residuo, subordinada a que, al fallecer el fiduciario, queden de la herencia o legado bienes de los cuales éste no hubiera dispuesto, le facultará para disponer por actos entre vivos a título oneroso, en concepto de libres, de todos los bienes del fideicomiso, sin más limitaciones que las derivadas, en su

(48) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 276.

(49) MURILLO VILLAR: “Recepción del fideicomiso de residuo...”, cit., pp. 27 y ss.

caso, del número primero del artículo 244, haciendo suyos el fiduciario el dinero y los bienes que se obtengan por efecto de dichos actos dispositivos.

Lo aquí ordenado se aplicará a la sustitución fideicomisaria de residuo cuando el testador la circunscriba expresamente al resto de los bienes de una herencia o legado que el fiduciario conserve al deferirse el fideicomiso por no haber dispuesto de ellos.

Para que se entienda que un fideicomiso es de esta clase, será necesaria que la voluntad del testador no ofrezca dudas”.

Ciertamente, el artículo 247 complica aún más el panorama del fideicomiso de residuo en su regulación por el Código de Sucesiones. Ahora, en este caso, el fideicomiso de residuo está “subordinado” a que al fallecer el fiduciario queden de la herencia o legado bienes de los que no haya dispuesto el testador. La doctrina unánimemente considera que estamos ante un fideicomiso *si quid supererit*, equiparándolo a la modalidad establecida en el apartado 3.º del artículo 245, o sea, en el supuesto en que el fiduciario venía eximido de la obligación de reservar una cuarta parte de la herencia, aquél en el que el fideicomitente expresamente autorizaba a disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos.

Obsérvese que esta última modalidad faculta al fiduciario para negocios *inter vivos* onerosos, sin obligación de reservar la cuarta trebeliánica, y admitiéndose la subrogación real (50); sin embargo, la modalidad fideicomisaria de residuo establecida en el artículo 247, coincidente en las facultades dispositivas y en la obligación de reservar, claramente difiere en lo referente a la subrogación real, ya que, en este caso, el fiduciario ejerce su poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, haciendo suyos el dinero y los bienes que se obtengan como consecuencia de dichos actos, sin darse, por consiguiente, la mencionada subrogación real.

En consecuencia, estaríamos, pues, ante otra clase de fideicomiso de residuo, pero no la misma, ¿cuál sería entonces el fideicomiso *si quid supererit*, el contemplado en el 245,3 o el regulado en el artículo 247?

Según MURILLO, este artículo regula el fideicomiso *si quid supererit*, atribuyéndosele al fiduciario las facultades de disposición *inter vivos*, pudiendo disponer de todos los bienes fideicomitidos a título oneroso en concepto de libres, sin obligación de efectuar la correspondiente subrogación real, y lo que es más importante, sin llevar a cabo la reserva de la cuar-

(50) Puesto que este caso sólo exime de la cuarta y nada dice respecto de la subrogación real, la que, por lo demás, viene admitida en los artículos anteriores en el ámbito de las facultades dispositivas del fiduciario de residuo, por lo que entendemos es igualmente aplicable a este supuesto de autorización expresa del fideicomitente para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos.

ta, lo que es una obligación ineludible en el fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* (51).

RIVAS MARTÍNEZ dice que este artículo hace expresa referencia a que el fiduciario puede disponer por actos vivos, lo que es esencial en la sustitución fideicomisaria de residuo, tanto en la ordinaria *de eo quod supererit* como en la extraordinaria *de si quid supererit*. Añadiendo que la nota que diferencia esencialmente la sustitución fideicomisaria extraordinaria —que como él mismo dice es la regulada en este artículo— de la ordinaria es la subrogación real (52).

Ciertamente, el artículo 247 parece contemplar un fideicomiso de residuo supeditado a la existencia de bienes a la muerte del fiduciario, el que, a nuestro entender, no sería sino otra variedad de las múltiples que puede revestir un fideicomiso de residuo, dependiendo, en última instancia, de las facultades que el fideicomitente quiera conceder al fiduciario sobre los bienes fideicomitados, sin que ello justifique esa clara distinción de dos tipos de fideicomiso de residuo que ha venido distinguiendo la doctrina (53).

En definitiva, el fideicomiso de residuo en el Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña concede facultades dispositivas al fiduciario de residuo para actos *inter vivos* a título oneroso, pudiéndose ampliar estas facultades a los gratuitos siempre que así sea dispuesto por el fideicomitente. Igualmente, se excluye taxativamente la disponibilidad *mortis causa* de los bienes fideicomitados, ya que en este caso estaríamos ante una sustitución preventiva de residuo.

V. Conclusiones

En conclusión, sostenemos que en Derecho romano el fiduciario de residuo viene facultado para disponer *inter vivos* a título oneroso, sin problemas para la admisibilidad de los gratuitos, excluyéndose la disponibilidad *mortis causa* de los bienes fideicomitados.

En Derecho civil común apreciamos que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia reconoce la disponibilidad *inter vivos* para negocios jurídicos onerosos, admitiendo, en su caso, las facultades dispositivas a título gratuito y *mortis causa*.

Finalmente, en las legislaciones forales observamos cómo la Ley 1/1973,

(51) MURILLO VILLAR: "Recepción del fideicomiso de residuo...", cit., pp. 28 y ss.

(52) RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones...*, cit., p. 276.

(53) Si así fuere, el artículo 246, por ejemplo, que contempla otra variedad del fideicomiso de residuo, que en este caso consiste en ampliar las facultades del fiduciario a los negocios gratuitos, podría igualmente considerarse otro tipo de fideicomiso de residuo.

de 1 de marzo, de Derecho Civil Foral de Navarra, concede facultades dispositivas a título oneroso y, en su caso, gratuito y *mortis causa*. Sin embargo, en el Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña se establece la disponibilidad *inter vivos* y onerosa, pudiendo comprender la gratuita, pero nunca la disponibilidad *mortis causa* de los bienes fideicomitidos.

Item más, la *bona fides*, iniciándose en el Derecho romano y manteniéndose viva en las legislaciones más recientes, aparece como criterio determinante en las facultades dispositivas del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, y ello, con independencia del ámbito dispositivo que en cada caso le haya sido conferido por la *voluntas testatoris*.

*

EL TESTAMENTUM MILITIS

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

Doctor Europeus hispano-alemán en Derecho.

Universidad Complutense de Madrid.

Universidad Europea de Madrid

*A mi padre, ejemplo
de perseverancia y voluntad.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. OTRAS MANIFESTACIONES DE LA INFLUENCIA DE “LO MILITAR” EN EL DERECHO PRIVADO ROMANO. III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL *TESTAMENTUM MILITIS*. IV. FUNDAMENTO Y CAUSAS DEL TESTAMENTO MILITAR. V. NATURALEZA JURÍDICA: EL *TESTAMENTUM MILITIS* COMO *IUS SINGULARE*. VI. RÉGIMEN JURÍDICO DEL *TESTAMENTUM MILITIS*. 1) Testamento militar y testamento ordinario: aspectos comunes de su regulación. 2) Especialidades en su régimen jurídico. A) *En cuanto a la forma*. B) *En cuanto al contenido*. 1. *No rige la regla nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. 2. *Es admisible la institución de heredero ex re certa*. 3. *Es válida la institución de heredero sometida a plazo o condición resolutoria*. 4. *También se admite la institución como heredero del esclavo sin expresa voluntad de manumitir*. 5. *El militar puede llevar a cabo en el testamentum militis una desheredación tácita*. 6. *El supuesto de no ruptura del testamento por advenimiento de un póstumo*. 7. *No rige la querella inofficiosi testamenti*. 8. *No rige tampoco la Ley Falcidia*. 9. *Especialidades en cuanto a la sustitución de heredero*. 10. *Llamamiento del regimiento*.

11. *Se admite la posibilidad de pluralidad de testamentos.* 12. *Se excluye el ius accrescendi necesario.* 13. *El beneficium inventarii.* 14. *Cabe también la designación de heredero directo en codicilo.* C) *En cuanto a la capacidad.* 1. *Capacidad del causante (testamentifactio activa).* 2. *Capacidad del heredero (testamentifactio pasiva).* D) *Conversión del testamento ordinario en testamento militar.* Bibliografía sobre el testamento militar.

I. Introducción

A través del presente trabajo se pretende llevar a cabo una aproximación, simplemente eso, al régimen legal del *testamentum militis*, así como a su naturaleza jurídica y a sus posibles fundamentos y orígenes, partiendo para ello de una limitada y seleccionada bibliografía, así como de un cierto análisis directo de algunos de los textos más importantes del Derecho romano sobre la cuestión. Se pretende de este modo, en definitiva, dejar expuesto el *status quaestionis* del régimen sucesorio militar romano en el estadio actual de las investigaciones doctrinales.

Creemos que la peculiaridad que presentaba el testamento de los militares en el Derecho romano, y que se mantiene hoy en la mayor parte de los ordenamientos, respondía, al menos en parte, y sigue respondiendo a una serie de razones objetivas. La inserción en el ámbito castrense propiamente dicho o el contacto con lo castrense ha dado lugar tradicionalmente a especialidades o peculiaridades en el régimen jurídico de muchas instituciones o situaciones, lo que si bien en muchas ocasiones, en el pasado, respondía no sólo a razones objetivas, sino también a un trato privilegiado, es lo cierto que hoy en día en nuestro ordenamiento no quedan restos significativos de un tratamiento jurídico de lo militar que responda a un privilegio.

Hoy son, más bien, razones de carácter objetivo las que explican y justifican un tratamiento peculiar en la regulación jurídica de diversas situaciones e instituciones y, lo que es más importante, la peculiaridad que “lo militar” imprime a los diversos regímenes jurídicos, lejos de constituir un privilegio, con frecuencia constituye un tratamiento más estricto y riguroso, y basta aludir a su especial régimen penal o disciplinario, comparado con el de los funcionarios y hasta el de los presos, para comprender hasta qué punto ello es así incluso en lo que afecta a sus derechos fundamentales más básicos. Ello ha sido, sin embargo, fruto de un largo pro-

ceso o evolución en que se han ido desgranando las peculiaridades objetivamente justificadas de las que no lo estaban, el tratamiento peculiar de los privilegios injustificados, aunque desde luego falta una correcta percepción por parte de la sociedad de que ciertos tratamientos *aparentemente* privilegiados responden a causas objetivas que lo justifican.

En cuanto a la justificación de este trabajo, baste ahora con recordar con HERNÁNDEZ GIL, acaso el autor español que ha estudiado con mayor profundidad el *testamentum militis*, que éste, “contemplado en el proceso evolutivo del Derecho sucesorio romano, sirve para poner de relieve que fueron las normas reguladoras de la sucesión de los militares a modo de avanzadillas que marcaron los jalones de la transformación del total Derecho sucesorio; y así, disposiciones establecidas con carácter excepcional para los militares se convierten, con el transcurso del tiempo, en normas del Derecho general”, con lo cual el estudio de esta institución permite descubrir “un panorama sugestivo, acreedor de la atención y la reflexión del estudioso” (1).

Antes de referirnos a toda la problemática planteada, en el Derecho clásico, por el régimen jurídico del *testamentum militis*, trataremos de aludir a sus antecedentes históricos, así como a la influencia general de “lo militar” en el Derecho privado romano, y particularmente en el ámbito sucesorio, contexto normativo en el que se ubica el instituto estudiado.

II. Otras manifestaciones de la influencia de “lo militar” en el Derecho privado romano

Aunque sin ánimo exhaustivo, pueden señalarse como supuestos en que se produce una influencia de lo “militar” en el Derecho privado romano los siguientes:

(1) La excepción respecto de los militares del principio de que la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento.

(2) La prohibición del Senadoconsulto Macedoniano de dar dinero en mutuo al hijo de familia, quedando la reclamación impedida por una *exceptio*, o directamente por la *denegatio*, no es de aplicación respecto del hijo de familia que sea militar.

(3) Los militares que se encuentren ocupados en una expedición se hallan exentos de la *longi temporis praescriptio*.

(4) El militar tiene acción útil contra el tercero en orden a los negocios concluidos por el representante, así como a éste se le concede una

(1) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, Ministerio de Justicia/CSIC, Madrid, 1946, p. 15.

excepción contra la acción intentada una vez concluida la representación.

(5) El militar goza del *beneficium competentiae* y no puede ser condenado al pago sino en la medida de sus posibilidades: no sólo se excluye absolutamente la ejecución personal, sino que además la patrimonial se reduce al límite del valor actual de los bienes del deudor beneficiado, más los que hubiera podido perder maliciosamente.

(6) El militar se halla excluido del mandato judicial y no puede ser nombrado procurador, salvo el nombrado en causa propia o en causa común de su cuerpo.

(7) El militar no está obligado a prestar testimonio en contra de su voluntad.

(8) La condición de militar perteneciente al ejército activo es causa de exención respecto de la tutela de los *privati*, y en ocasiones es incluso causa de incapacidad en cuanto que, aun queriéndolo el militar, no es admitido al cargo de tutor.

(9) La regulación del mismo peculio castrense, tema al que haremos alguna referencia, con relación al régimen jurídico del *testamentum militis* (2).

(10) Un edicto de Augusto, luego derogado, excluía la desheredación de hijos militares (D. 28, 2, 26) (3).

III. Antecedentes históricos del *testamentum militis*

Seguramente sea la determinación de los orígenes del *testamentum militis* el problema de mayor calado que dicho instituto plantea hoy a la investigación romanística (4). Algunos autores han tratado de ver esos orígenes en el *testamentum in procinctu*, señalándose además que las dos modalidades testamentarias responderían a las mismas exigencias prácticas: favorecer muy especialmente a los militares que combaten para defender a la patria, por un lado, y por otro, tener en cuenta la ignorancia manifestada como regla general por los soldados en lo que se refiere a las normas o reglas jurídicas (5).

Con todo, la opinión doctrinal hoy dominante es, más bien, la de que este último no tiene “punto alguno de contacto” con aquél (6). Así, ARAN-

(2) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 109 y ss.

(3) D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, Euns, Pamplona, 1989, p. 314.

(4) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire dans la doctrine des jurisconsultes classiques et dans la législation impériale”, *Varia. Études de Droit Romain*, tome II, Sirey, París, 1956, p. 2.

(5) Véanse los autores que, a este respecto, cita CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 3.

(6) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 23.

GIO-RUIZ, cuya postura “resume bien la posición de la doctrina dominante en el momento actual en lo que concierne a los orígenes históricos del testamento militar” (7), estima que cualquier intento de buscar alguna relación de sucesión histórica o de conexión ideal entre el *testamentum militis* y el *testamentum in procinctu* resulta no sólo antihistórico, sino también antijurídico (8). Este juicio resultaría avalado por los siguientes datos:

(1) Por un lado, GAYO habla del *testamentum in procinctu*, “no ya como de una institución histórica, sino incluso remota con respecto a su tiempo (*testamentorum autem genera initio duo fuerunt*)”.

(2) Consta con certeza, además, que en la época de Cicerón había caído en desuso, aparte de que no se explicaría en grado suficiente la primitiva concesión de César, que quiere librar a sus soldados de los rigores de las leyes testamentarias, si el testamento *in procinctu*, máxime concebido de la manera tan amplia con que algunos lo entienden, fuese su inmediato antecedente y otro tanto sucedería con lo que dice GAYO en *Inst.*, 2, 109.

(3) El lenguaje de ULPIANO, en fin, es en extremo concluyente e imperativo: “Julio César, de consagrada memoria, fue *el primero* que concedió a los militares la libre disposición de sus testamentos, pero aquella concesión era temporal”.

(4) El propio César en la *Guerra de las Galias*, 1, 39, afirma: “*Vulgo totius castris testamenta obsignabantur*”, refiriéndose probablemente al *testamentum militis* (9).

Y si la desconexión histórica entre el *testamentum militis* y el *testamentum in procinctu* resulta clara, la relación entre ambos institutos en el plano conceptual, para HERNÁNDEZ GIL y la doctrina más generalizada, “es todavía menor”, lo que se justifica con los siguientes datos:

(1) Mientras que el *testamentum in procinctu* es propio exclusivamente de ciudadanos romanos (únicos que integraban en aquel entonces

(7) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 4.

(8) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: “L’origine del «testamentum militis» e la sua posizione nel Diritto Romano Classico”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, coord. por Vittorio SCIALOJA, Istituto di Diritto Romano, Roma, 1904, p. 159, quien señala cómo también escritores nada vulgares han buscado, en ocasiones, tales relaciones, lo que no deja de producir “una sensación de estupor”.

(9) Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: “L’origine del «testamentum militis»...”, p. 158, n. 4. El hecho de que se utilice el verbo *obsignabantur* lo interpreta este autor como que no se acuñaba por parte de los soldados a la forma oral, que era la propia tanto del *testamentum in procinctu* como del *testamentum calatis comitiis*, sino al *testamentum per aes et libram*, de lo que se deduce, como “evidente”, que la “fácil y simple” forma primitiva debía estar ya en desuso.

el ejército), el *testamentum militis* es propio de romanos y extranjeros. La romanidad que caracteriza al uno se contrapone, así, a la universalidad que caracteriza al otro.

(2) Mientras que el *testamentum militis* es necesario concebirlo, en cuanto a su naturaleza jurídica, bien como un *ius singulare* bien como un privilegio, el *testamentum in procinctu* es, a lo sumo, un Derecho especial, una desviación del Derecho común, o mejor, una acomodación del mismo a situaciones de hecho excepcionales, sin apartarse de los principios informadores del sistema, sino procurando mantenerlos (10). En contraste, casi todo el régimen jurídico del *testamentum militis* entraña una derogación del Derecho común, con el que entra en pugna, refutándose todos sus “principios esenciales” (11).

(3) El *testamentum in procinctu* reviste una sola forma: la oral; el *testamentum militis*, dos: una oral y otra escrita, con muy notable predominio en el tráfico jurídico de la escrita sobre la oral.

(4) Mientras el *testamentum militis* tiene una vitalidad y consistencia que le hacen influir decisivamente en la evolución posterior de la herencia romana, hasta el punto de que hoy perdura como un instituto específico, aparte de que su régimen jurídico se asemeja notablemente al sistema hereditario moderno, nada de ello puede predicarse del *testamentum in procinctu*.

(5) Mientras el *testamentum in procinctu* es siempre un negocio jurídico solemne, en el caso del *testamentum militis*, la forma, pese a algunos intentos de exigir, por ejemplo, un número determinado de testigos y la rogación de los mismos, no cuenta para nada, “casi pudiera decirse que no existe” (12).

Desde nuestro punto de vista, existe una cierta conexión entre el *testamentum militis* y el *testamentum in procinctu*, en cuanto que ambos res-

(10) Entre el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu* “no puede en modo alguno reconocerse” “la contraposición de un *ius singulare* a un *ius commune*”, puesto que, “en la antiquísima constitución de la ciudad romana, el pueblo se identifica con el ejército y la reunión del pueblo en los comicios con el ejército formado en orden de batalla, y por ello los dos modos de designación del sucesor constituyen conjuntamente, completándose recíprocamente, el sistema de Derecho Común”. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: “L’origine del «testamentum militis»...”, cit., p. 159. CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., CHEVALLIER subraya, por su parte, cómo el *testamentum in procinctu* “no sólo no contiene ninguna excepción a las reglas de Derecho testamentario común, sino que no se beneficia de ningún privilegio de forma”, frente al *testamentum militis* de la época imperial, que constituye, tanto en la forma como en el fondo, un verdadero privilegio de clase. CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 3.

(11) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: “L’origine del «testamentum militis»...”, cit., p. 160.

(12) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 30 y ss.

ponden, sin duda, a una cierta sensibilidad del Derecho romano hacia el fenómeno militar, hacia lo castrense y suponen, en realidad, un reconocimiento de la especificidad y singularidad del testamento realizado por los militares, por más que el entero régimen jurídico de cada uno de esos institutos sea bien diferente y por más que, tal y como parece probado, no exista, históricamente, solución de continuidad entre ellos. Precisamente por esto último no es posible en absoluto tratar de ver en el *testamentum in procinctu* el origen del *testamentum militis* romano, pues el primero había desaparecido ya en la época clásica, cuando aparece justamente el segundo, que por lo demás va a tener un régimen jurídico bien diverso, reconociendo en él la jurisprudencia un verdadero *ius singulare* y no meramente una forma especial de testar. Un fragmento de los *Digesta* que resulta imprescindible para fijar el surgimiento y desarrollo histórico del testamento militar romano es este de ULPIANO (D. 29, 1, 1):

“Ulpianus libro quadragesimo quinto ad edictum. Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: «Cum in notitiam» meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem (1) «faciendam nuda voluntas testatoris». Miles autem appellatur vel a militia, id est duritia, quam pro nobis sustinent, aut a multitudine, aut a malo, quod arcere milites solent, aut a numero mille hominum, ductum a Graeco verbo, tractum a tagmate; nam Graeci mille hominum multitudinem tagma (en griego) appellant, quasi millensimum quemque dictum: unde ipsum ducem chiliarcon (en griego) appellant. exercitus autem nomen ab exercitatione traxit” (13).

(13) “Julio César: de consagrada memoria, fue el primero que concedió a los militares la libre disposición de sus testamentos, pero aquella concesión era temporal. Más tarde la concedió el emperador Tito, de consagrada memoria y después Domiciano. Luego, el emperador Nerva, de consagrada memoria, otorgó a los militares amplísima libertad, que fue mantenida por Trajano, y a partir de entonces, comenzó a insertarse en los mandatos imperiales el siguiente capítulo: Capítulo de los mandatos: «Habiendo llegado a mi conocimiento que a veces se exhiben testamentos dejados por compañeros de armas, que pueden dar lugar a controversias sobre si debe aplicárseles el rigor y la observancia de las leyes, fiel a mis constantes sentimientos para con mis excelentes y leales compañeros de armas, juzgué que había de tenerse en cuenta su sencillez, de suerte que fueran válidas sus disposiciones cualquiera que fuera la forma de sus testamentos. Así, pues, hagan sus testamentos como quieran, y como puedan, y baste la simple voluntad del testador para la distribución de sus bienes» (1). El nombre de «militar»

El *testamentum militis* parece, así pues, haber surgido como una *concessio temporalis* de Julio César (14) y que probablemente responde más a una medida de circunstancias que a la creación de una institución propiamente dicha (15). Debía, en cualquier caso, ser renovada dicha *concessio* por los sucesores de César para mantener su vigencia. Y tal como nos dice ULPIANO, la medida de César fue efectivamente confirmada o renovada, de manera sucesiva, por Tito, Domiciano y Nerva, quien “otorgó a los militares amplísima libertad” (*plenissima indulgentia*). Trajano marca un antes y un después en la historia del régimen jurídico del testamento militar, pues será bajo su imperio cuando “los privilegios relativos a nuestra institución habrán de ser insertados en los *mandata* imperiales” (16), que tenían como finalidad básica proveer de instrucciones a los funcionarios públicos, en particular a los gobernadores de las provincias imperiales e incluso a las senatoriales (17), si bien no solían referirse a cuestiones de Derecho privado, siendo justamente el *testamentum militis* una excepción.

Pueden, así, señalarse varias fases en la evolución histórica del testamento militar romano:

(1) Un primer momento vendría constituido por la *concessio temporalis* de Julio César.

(2) En un segundo momento, Tito y Domiciano conceden a los militares “la libre disposición de sus testamentos”. La cuestión que aquí se suscita es la siguiente: “¿Debe uno asumir, entonces, que durante los años entre la muerte de César y el acceso de Tito los soldados hacían testamento sin los especiales privilegios que César les había garantizado? Tal deducción parece errada, pues es difícil imaginar un emperador privando de tales privilegios a sus soldados —los ciudadanos de los que su poder tenía mayor dependencia—. El inmediato sucesor de César, el emperador Augus-

viene de «milicia», esto es, de dureza, la que soportan por nosotros, o de «multitud», o de «mal», que es lo que suelen evitarnos los militares, o del número de «mil» hombres, como en Griego se dice tagma, pues los griegos llaman tagma (en Griego) el conjunto de mil hombres, como quien dice, uno de los mil, por lo que los griegos al general llaman chiliarcon (en Griego). En cambio el nombre de «ejército» viene de «ejercitación» (Ulp. 45 ed.).”

(14) Algún autor entiende que el *Divus Julius Caesar*, aludido por ULPIANO en el texto citado, es Augusto y no César (Fitting). Es, en cualquier caso, una postura aislada. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 23.

(15) No parece entenderlo así JOHNSON, quien sostiene que “concesión temporal” “no quiere decir que el propio César pretendiese que fuera temporal”. JOHNSON, John Robert: “A note on Caesar’s military will. Why was it a *concessio temporalis*?”, *Labeo. Rassegna di Diritto Romano*, 1980 (año XXVI), número 3, Jovene, Nápoles, p. 335.

(16) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 5.

(17) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 6.

to, no parecía inclinado a restringir o limitar los privilegios legales de los hombres militares. Fue él quien garantizó a aquellos de ellos que estaban todavía *in potestate* la capacidad “de hacer un testamento de todo lo que ellos puedan adquirir mientras están en servicio actual [...] Parece improbable que un emperador que extendió los derechos testamentarios de los soldados garantizándoles el *peculium castrense* fuese el mismo hombre que restringió sus derechos testamentarios privándoles de los privilegios otorgados por un testamento militar. Sin embargo, si ULPIANO es correcto, el testamento militar dejó de ser usado durante el primer principado. Así surge la cuestión: ¿cómo pudo el testamento militar dejar de ser usado sin reducir significativamente los privilegios de los soldados y, una vez eliminados, por qué fue reintroducido?”.

Esta cuestión, JOHNSON trata de resolverla con la siguiente tesis: el testamento militar fue una concesión temporal de César “porque un fideicomiso, que había hecho entrar en vigor Augusto, lo sustituyó en sus puntos esenciales. Cuando los Flavianos hicieron imposible para los peregrinos beneficiarse por uso de los *fideicommissa*, ellos también reintrodujeron el testamento militar, que tuvo el efecto de librar a los soldados de las nuevas restricciones” (18). Veremos ahora cómo desarrolla JOHNSON exactamente sus tesis.

Entiende JOHNSON que, según GAYO, los mayores privilegios que un soldado derivaba del uso del testamento militar eran el relajamiento de ciertos tecnicismos de forma y la capacidad para instituir como herederos universales o como legatarios tanto a latinos como a peregrinos como, también, a personas no casadas y a impúberes (por ejemplo, sus compañeros de armas) (19). Es importante que en el temprano imperio el ciudadano podía lograr sustancialmente ambos privilegios a través del uso del fideicomiso (20).

(18) JOHNSON, John Robert: “A note on Caesar’s...”, cit., p. 338.

(19) Gai. 2, 109-111. Había otros privilegios también, pero o bien tenían mucha menos importancia o un origen posterior, ya que GAYO no los menciona; véase, por ejemplo, Inst. 2, 13, 6; 2, 14, 5; D. 28, 3, 6, 6; 29, 1. Para esta discusión no es importante si el testamento militar de César permitía todos los privilegios garantizados en la época de GAYO (probablemente, no). El problema aquí se refiere a la cuestión de cómo los primeros emperadores pudieron ignorar o cancelar el testamento militar (fuera cuales fueran los privilegios garantizados) sin dañar los derechos de que los soldados ya disfrutaban.

(20) El fideicomiso era, en sus orígenes, meramente un encargo del testador a su heredero para actuar en favor de una tercera persona, siendo muy flexible y virtualmente ilimitado. Estaba libre de reglas de forma: no había palabras solemnes, el testador no necesitaba usar el latín, podía aparecer en cualquier lugar en el testamento o en los codicilos, o podía ser oral. Sólo en el imperio tardío se requirió un específico número de testigos. Incluso la previa existencia de testamento venía a ser innecesaria. Quizá más importante todavía, los fideicomisos permitían tanto a los latinos como a los peregrinos beneficiarse del testamento de un ciudadano. En realidad, esta función era tan destacada que GAYO especula que ello explica el origen

Durante la República, sin embargo, los fideicomisos no eran legalmente vinculantes para un heredero porque nadie podía ser compelido contra su voluntad a hacer lo que meramente se le había pedido. El testador no podía estar seguro de que su voluntad fuese cumplida, sino que ello dependía de la buena fe de su heredero, con lo cual los testadores no podían usar el fideicomiso con confianza. En el temprano imperio, sin embargo, la práctica cambió, el propio Augusto hizo vinculantes los fideicomisos. Su valor, por consiguiente, se incrementó mucho. Los testadores podían en adelante emplear los fideicomisos con total esperanza de que sus deseos serán respetados (21).

Cuando el imperio se hace más cosmopolita, los soldados sirven durante largos períodos en las provincias y en fronteras alejadas o eran ellos mismos de origen provincial. Naturalmente, con frecuencia cohabitan con mujeres peregrinas y procrean niños, de tal forma que esos niños eran también peregrinos, no romanos. De este modo, un interés legal básico para muchos soldados era cómo hacer posible que su mujer e hijos heredasen sus propiedades. Desde el reino de Augusto un fideicomiso hizo el testamento ordinario suficientemente flexible y seguro para responder a las necesidades de los soldados. El testamento militar de César se hizo entonces mucho menos necesario o valioso. Así pudo caer en desuso (22).

Además, es particularmente sorprendente que el testamento militar vuelva sólo en un momento en que los fideicomisos son debilitados por restricciones legales y ya no son capaces de cubrir por completo los deseos de los soldados. De acuerdo al Gnomon del dios Logos, Vespasiano prohibió a los peregrinos heredar por fideicomisos. Esta prohibición se mantuvo y reforzó por los emperadores posteriores. GAYO escribe que bajo Adriano los fideicomisos significan para los peregrinos ser llamados por el *Fiscus*. Además, durante el mandato de Vespasiano se votó el senadoconsulto pegasiano y, en virtud del mismo, los fideicomisos estaban sujetos a los principios de la *Lex Papia Poppaea* y a la *Lex Falcidia*; es decir, los impúberes (por ejemplo, muchos soldados) no podían beneficiarse de un fideicomiso, y al heredero gravado con un fideicomiso por más de tres cuartas partes del total de la herencia se le permitía reservarse una cuarta parte para él mismo. De esta forma, un soldado que usase un fideicomiso para eludir las exigencias del Derecho civil ordinario encontraría que, pese a sus deseos, y sólo en el mejor de los casos, un cuarto de su patri-

de la institución: *et fere haec fuit origo fideicommissorum*. En cualquier caso, parece claro que su objetivo principal era eludir las restricciones sobre la *institutio*. JOHNSON, John Robert: "A note on Caesar's...", cit., p. 336.

(21) JOHNSON, John Robert: "A note on Caesar's...", cit., p. 337.

(22) JOHNSON, John Robert: "A note on Caesar's...", cit., p. 337.

monio pasaría al heredero fiduciario y no a la persona que él pretendía. En suma, buena parte del valor del fideicomiso se perdió durante el mandato de Vespasiano. Así, para beneficio del grupo privilegiado, los militares, se hizo innecesario reintroducir el testamento militar, un documento inmune a las restricciones referentes a los peregrinos y a los principios de las Leyes *Papia Poppaea* y *Falcidia*. Y, en realidad, como ULPIANO nos recuerda, Tito y Domiciano lo reintrodujeron. El hecho de que Tito redujese el número de pretores asignados a ejecutar fideicomisos es quizá un signo de que el número de ciudadanos que los empleaban había disminuido. Uno puede asociar ese declinar en el uso con las nuevas restricciones introducidas por Vespasiano y con la reaparición del testamento militar, que se convierte en una alternativa popular a los fideicomisos para aquellos que pueden utilizarlos (23).

(3) Se otorgan a los soldados los privilegios de regulación jurídica de fondo, así como especialmente los relativos a la *testamenti factio* activa y pasiva. Es el emperador Nerva quien verdaderamente tiene la iniciativa de incrementar el círculo de personas susceptibles de adquirir *mortis causa* a través del testamento militar.

(4) Trajano (24) confirma de manera definitiva la legislación anterior sobre el *testamentum militis* y en un capítulo aparte del *liber mandatorum* realiza una síntesis de esa legislación, teniendo de igual modo el Edicto del Pretor una rúbrica especial, relativa a la *bonorum possessio ex testamento militis*. Estas disposiciones, contenidas en el Edicto, podrían ser anteriores a Juliano, y enlazan con otras medidas importantes adoptadas por Adriano en la materia, especialmente en una *epistula* del año 119, en la cual este emperador otorga a los hijos ilegítimos de los militares un derecho de sucesión *ab intestato*: la *bonorum possessio unde cognati*. Adriano se esfuerza en realizar de modo general una extensión del campo de aplicación del *testamentum militaris*, como veremos después.

(5) Justiniano, en fin, va a limitar la facultad de testar *iure militari* a los militares en expedición (25).

(23) JOHNSON, John Robert: "A note on Caesar's...", cit., pp. 337-338.

(24) Véase SCARANO USSANI, Vincenzo: "Il «testamentum militis» nell'età di Nerva e Traiano", *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. 3, Jovene, Nápoles, 1984, pp. 1383 y ss., *in toto*.

(25) CHEVALLIER, Laurent: "Notes sur le testament militaire...", cit., pp. 8-9.

IV. Fundamento y causas del testamento militar

La mayoría de los autores está de acuerdo en reconocer que un cierto conjunto de factores de diversa naturaleza son los que pueden explicar y justificar la aparición de una institución tan original como el testamento militar, pero no hay acuerdo a la hora de determinar cuáles son los factores más importantes.

Entre las posibles causas que habrían podido dar lugar al testamento militar romano, se han señalado fundamentalmente tres:

(1) Las causas de orden psicológico, en las que se ha insistido de manera especial, y que vienen referidas a la *simplicitas militum*, expresión con la que se aludiría a la inteligencia poco desarrollada de los militares, su espíritu simple, pero sobre todo se referirían estas causas psicológicas a la *imperitia militum*, su total falta de experiencia respecto de la vida jurídica, su ignorancia de las reglas de Derecho: serían, sobre todo, estas dificultades materiales para observar las formas testamentarias solemnes, con que se encontrarían más frecuentemente los militares por sus condiciones especiales de vida, las que explicarían el surgimiento del testamento militar romano.

(2) Las causas morales (causas prácticas, diríamos más bien nosotros), que serían, de un lado, los peligros evidentes a los que está expuesto profesionalmente el *miles*, y por otro lado, los sacrificios y los servicios que asume por el bien de todos.

(3) Las causas políticas, ligadas al hecho de que los militares comienzan a constituir una clase social que tiende a distinguirse cada vez más del resto de los ciudadanos, constituyéndose en un instrumento de dominación política.

No obstante, algunos autores han subrayado la insuficiencia de las causas psicológicas, morales y políticas –tradicionalmente alegadas para explicar la existencia del *testamentum militis*– en cuanto que no servirían en realidad para justificar la derogación de las reglas de fondo de la sucesión testamentaria ordinaria que caracterizan al testamento militar. Así, partiendo en cierto modo de apreciaciones formuladas con anterioridad por BONFANTE, ARANGIO-RUIZ ha defendido con énfasis la influencia decisiva de otros factores. Entiende, concretamente, el romanista italiano que el testamento militar romano responde, antes que nada, a la necesidad por parte de los emperadores romanos de tomar en cuenta la pluralidad étnica del ejército imperial –que se nutrirá, especialmente a partir de Vespasiano, de un reclutamiento predominantemente pro-

vincial (26)– a los efectos de la regulación del testamento de los militares, de forma tal que se atendiera a los Derechos nacionales de los principales interesados, siendo justamente ello lo que dio lugar a una modalidad testamentaria particular, con reglas especiales no sólo de forma, sino también de fondo, y que es el *testamentum militis*. Sostiene ARANGIO-RUIZ, además, que dicho instituto romano fue influido esencialmente por el sistema testamentario griego y, en particular, por la *diazeje* (27).

No obstante, la doctrina posterior ha señalado que ni puede hablarse, en sentido estricto, de un sistema testamentario en Grecia ni la *diazeje* es un testamento en el sentido romano del término, ni parece completamente cierto que una de las construcciones más originales del Derecho romano, como es su Derecho testamentario, haya podido ser influenciado en este punto por el Derecho griego, incluso respecto de una forma especial como el testamento militar. Por todo ello, la teoría de ARANGIO-RUIZ, por seductora que sea, no debe ser admitida más que “parcialmente y con prudencia” (28). Es, por ejemplo, difícilmente discutible que fue la pluralidad étnica del ejército imperial, compuesto por soldados de los países más diversos, si no la causa principal, al menos sí la ocasión que lleva a los emperadores a favorecer a los militares. Como es también igualmente cierto que el *testamentum militis* conoce una aplicación especialmente importante en el Oriente Helenístico (29), pero pasar de ahí a sostener que el régimen jurídico de dicho testamento es poco menos que un calco de un instituto jurídico griego más o menos cercano parece poco fundado.

Parece, en suma, que las razones que explican la introducción del *testamentum militis* son de orden psicológico, práctico y político, debiendo incluirse dentro de las segundas no sólo las peculiares circunstancias en que se desarrolla la vida militar, y los riesgos y sacrificios que conlleva, sino también la necesidad imperiosa de atender a la variedad de procedencias geográficas de los soldados que integran el ejército romano.

V. Naturaleza jurídica: el *testamentum militis* como *ius singulare*

Acerca de la naturaleza jurídica del *testamentum militis*, no existe tampoco acuerdo en la doctrina. Las fuentes no ofrecen, en este sentido, ninguna ayuda, pues la terminología empleada en ellas para referirse a este

(26) En particular, no son extraños en modo alguno los soldados provinciales originarios de Oriente, hasta el punto de que se convierten en la *militia provincialis fidelissima*.

(27) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: “L’origine del «testamentum militis»...”, cit., pp. 179 y ss.

(28) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 12.

(29) En este sentido, CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 12-13.

instituto no es, en modo alguno, homogénea y así aparecen los siguientes términos: *privilegium*, *beneficium*, *ius singulare* e *ius militare*, siendo esta última denominación la predominante.

La doctrina, tradicionalmente, al estudiar en la teoría de las sucesiones el testamento militar como institución específica, suele considerar al *testamentum militis* como un “testamento privilegiado” o, incluso, se afirma abiertamente que es un privilegio (30) a secas, al propio tiempo que la misma doctrina, en el estudio ya más general de la antítesis *ius commune-ius singulare*, con frecuencia invoca el testamento militar como ejemplo de *ius singulare*. HERNÁNDEZ GIL ha señalado que esta “confusión y contradicción advertida en la doctrina al hablar con preferencia de privilegios o indistintamente de éste y de Derecho singular, con relación al *testamentum militis*, procede de la [...] penetración del primero en la esfera del segundo” que se produce a lo largo del tiempo. De este modo, sostiene el mismo autor, “cuando, como frecuentemente acontece, se dice de él que es un privilegio, no se quiere decir que lo sea, naturalmente, con arreglo al concepto estricto que se ha establecido, sino en el sentido amplio o lato (privilegio de clase), aunque ello no se especifique, como debiera hacerse, pues desde el momento [en] que al fijar el concepto se distinguieron dos especies, debió esto tenerse en cuenta al calificar la institución” (31).

Pero lo cierto es que, en sentido estricto, nos hallamos más bien ante un *ius singulare*, tal y como la doctrina más autorizada coincide hoy en señalar (32). El *ius singulare* se concibe, por contraposición al *ius commune*, como el Derecho que, por motivos morales, útiles o de bien público,

(30) Tesis que HERNÁNDEZ GIL considera muy difundida. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 232.

(31) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 199.

(32) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 13 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 222 y ss.; D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., pp. 60 y 329; GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 1985, p. 544; IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 107. No obstante, no faltan críticos: así, por ejemplo, GUARINO sostiene que “el concepto, la terminología y la teoría del *ius singulare*” aparecen en el Derecho posclásico, concepto que sería aplicado torpemente por las escuelas posclásicas a algunas instituciones que presentan un cierto grado de originalidad, un cierto número de derogaciones a la *ratio iuris*. El *testamentum militis* sería, entiende dicho autor, más bien un conjunto de privilegios, en el sentido técnico del término, concedidos por los emperadores a los soldados. Laurent CHEVALLIER (“Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 14, n. 61), por su parte, juzga el análisis, “por lo demás lúcido”, de GUARINO como excesivamente “dogmático” (en cuanto que parte rígidamente de la definición de Paulo del *ius singulare* para ver si concurren los elementos de la misma en el caso del testamento militar), además de que no tiene suficientemente en cuenta los textos, siendo especialmente cierto esto último, pues no son pocos, ni escasamente claros, los textos de las fuentes que nos hablan del *testamentum militis* como *ius singulare* (literalmente), que se contraponen al *ius commune*.

excluye para determinadas situaciones las reglas comunes (33), y se justifica por una *ratio singularis* o *utilitas*, de manera que dentro de la órbita del Derecho singular no tiene aplicación la *ratio iuris* general (34), siendo además siempre de creación jurisprudencial (35). PAULO lo define (D. 1, 3, 16) en los siguientes términos: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (36).

Establecido el concepto de *ius singulare*, y en lo que se refiere ya a la diferencia entre el *ius singulare* y el privilegio, hemos de decir que la misma se presenta como problemática, como lo fue de hecho ya en aquellos momentos, “hasta el punto de que los términos y los significados se confunden con frecuencia” (37), como ocurre en particular con relación al *testamentum militis*. En los tiempos antiguos, el privilegio era algo perjudicial, es decir, introducido *in odium* de una determinada persona. CICERÓN lo define todavía como “ley contra un individuo”. Sin embargo, en época más avanzada, parece que es posible establecer una diferencia más o menos clara entre el privilegio y el *ius singulare* en el sentido indicado por HERNÁNDEZ GIL: “frente al Derecho singular –proposición jurídica de naturaleza abstracta (general o especial) que, en razón a una determinada

(33) Se citan como ejemplos de *ius singulare* el *postliminium*, los codicilos, algunas peculiaridades de la *adstipulatio*, de la manumisión fideicomisaria, de la adquisición de la posesión por medio de esclavo, de la usucapión cumplida *ante aditam hereditatem* y quizá del *iussum credendi*. Pero no siempre reina el acuerdo y, así, mientras IGLESIAS cita el Senadoconsulto Velejano (que, frente al criterio general de admisibilidad de la intercesión por la que una persona sale fiadora de otra, prohíbe la garantía de las mujeres en favor de extraños) como ejemplo de *ius singulare*, D'ORS señala que [la *tutela mulieris*] “y el sc. Velejano, en cambio, no se consideran de [sic] *ius singulare*”. IGLESIAS, Juan: *Derecho romano*, cit., p. 108; D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 60.

(34) A juicio de D'ORS, este *ius singulare* se admite porque existe una “utilidad justa” que “exige” resolver “en contra de la lógica”, lo que es posible en cuanto que “la dialéctica jurídica es de carácter pragmático y no puramente especulativo”. D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 59. En el ámbito del *ius singulare* no es de aplicación la *ratio iuris* general precisamente porque el mismo se da para atender a una *utilitas* concreta, y su esfera de acción no debe sobrepasar los linderos de la misma, si bien ello no impide, a diferencia del privilegio de gracia, su extensión por analogía, como ocurre con la extensión a favor del Erario del Derecho singular del Fisco, “y mucho menos cuando la jurisprudencia lo hace objeto de una *interpretatio* que acabará por convertirlo en Derecho común; lo que quiere decirse es que el Derecho singular no debe ser llevado a consecuencias que acarreen una alteración del sistema jurídico ordinario: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* (lo que ha sido admitido contra la razón del derecho no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias)”. IGLESIAS, Juan: *Derecho romano*, cit., p. 108.

(35) “[...] es siempre *ius*, es decir, jurisprudencia (D. 1, 3, 16: *auctoritas constituentium*)”. D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 60.

(36) “Derecho singular es aquel que, contra el tenor de la razón [jurídica] ha sido introducido por la autoridad de quienes lo constituyen a causa de alguna utilidad.”

(37) IGLESIAS, Juan: *Derecho romano*, cit., pp. 108-109.

necesidad y fundada en una particular «utilitas, ratio o aequitas», contradice un principio jurídico general—, el privilegio en sentido lato es una disposición jurídica también de naturaleza abstracta (especial) que, sin una justificación adecuada, por lo que representa un trato jurídico de favor, quebranta un principio general” (38).

La quiebra por el *testamentum militis* de un principio general, representado concretamente por el sistema sucesorio del Derecho común, “es indudable”, resultando más problemático sólo determinar si ese quebrantamiento no tiene una justificación adecuada (como es característico del privilegio, que responde sin más a un trato de favor), o si, por el contrario, responde a una particular *utilitas* o *ratio singularis*. Aunque resulta indudablemente más cómodo y fácil entender que ese *testamentum militis* se debe, simplemente, a un trato de favor, que no analizar cuál puede ser la razón o utilidad de su regulación específica, lo cierto es que un análisis detallado de la cuestión permite aventurar que “la necesidad de la institución o de las diversas instituciones que se agrupan en el *ius militare*, se experimentó”, lo cual es “algo histórica y lógicamente seguro y demostrado” (39), siendo buena prueba de ello el hecho de que todavía hoy, y desde entonces, sigue vigente, junto a un Derecho común tan aligerado de formalismo, el testamento militar. Lo discutible, como bien indica HERNÁNDEZ GIL, “será, no la razón de ser de la institución, sino bastante menos; hasta qué grado ésta satisface necesidades y cuándo, por el contrario, cabría estimar que excede a aquéllas; cuándo las consecuencias jurídicas aparejadas a la norma sobrepasan, sin posible justificación, el tratamiento singular que por sí reclama una determinada situación de hecho” (40).

En este sentido no puede negarse la importancia que, en el desarrollo y la génesis misma del *testamentum militis*, tuvieron motivaciones políticas, morales y sociales y, en particular, un cierto trato de favor a la clase militar, pero también es posible detectar una cierta justificación objetiva que explica la regulación peculiar del testamento militar por contraste con el régimen común. Ahora bien, si el fundamento de equidad “es perfecto con relación a las formalidades externas, debido a circunstancias de lugar, alejamiento, impericia, procedencia del miles, etc.”, no existe esta misma adecuación tratándose de las derogaciones sustantivas (41), pero, como bien ha precisado HERNÁNDEZ GIL, ello no implica en modo alguno el que, ante estas derogaciones sustantivas, no quepa sino dar cabida al favor y al privilegio, pues, aunque la incidencia de ambos y de la conveniencia po-

(38) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 222.

(39) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 223.

(40) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 224.

(41) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 227.

lítica no puede negarse, existe una *ratio singularis*, una *utilitas* que justifica el Derecho singular por más que sea preciso reconocer que, a lo largo del tiempo, la misma a veces “no se atisba con todo rigor, se desdibuja” (42), en cuanto que el *ius singulare* constituido por el régimen testamentario militar, tal y como concluye su magnífico estudio sobre el *testamentum militis* HERNÁNDEZ GIL, “no constituye un sistema perfectamente definido, un todo orgánico y uniforme; que en el Derecho clásico, el *ius singulare* que representa se inclina en algunos puntos hacia el privilegio (43), mientras, a la inversa, en el Derecho justiniano esa inclinación se produce en sentido opuesto, o sea, hacia el mero Derecho especial. Por lo que, en lo fundamental, en conjunto, la proyección sobre el campo del Derecho singular es mayor. Esto es, que si el jurista no debe limitarse a manifestar un estado de duda, si ha de decidirse, debe hacerlo por aquello que aparece como categoría más constante: el *ius singulare*. Y lo que se gana en exactitud se verá aumentado si a ello se agrega que por imperativos de claridad y de técnica, conviene relegar el uso del término *privilegium* sólo para aquellas clases de normas concreta e individualmente concebidas” (44).

Refiriéndonos ya a las derogaciones sustantivas de los principios del *ius commune* por el testamento militar, parece que, por un lado, la especialidad en cuanto a la capacidad del instituido se explica por el hecho de que la familia del militar no solía tener el título de ciudadanía y no estaría por ello mismo en condiciones de sucederle si se mantuviesen las incapacidades del Derecho común. Y por otro lado, en lo atinente ya a las numerosas exenciones de normas cardinales relativas al contenido, “aménora en grado considerable su anormalidad la doble consideración de que, por una parte, no son del todo privativas del *miles*, sino que a través del fideicomiso y del codicilo se hacen algunas asequibles a la totalidad, y que, por otra, prescindiendo de su relación con estas instituciones, en un determinado momento de la evolución histórica aquellas reglas respecto de las cuales las vigentes para el *miles* constituían una excepción, se desvirtúan y casi desaparecen; luego la consagración a propósito de la sucesión del militar de un sistema que prescinde de determinados principios,

(42) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 230.

(43) ORESTANO, ya un lustro antes, había señalado que el *testamentum militis* fue, originariamente, un privilegio en sentido técnico, es decir, un favor otorgado por los emperadores a personas determinadas, consideradas individualmente, favor que se renovará frecuentemente. Después, este *testamentum militis* comienza a perder progresivamente su carácter de privilegio personal a partir de la época en que Trajano ordena su inclusión permanente en los *mandata*, para transformarse después progresivamente en *ius singulare*. ORESTANO, “*Ius singulare e privilegium in Diritto romano*”, *Annuario Un. Macerata*, XII-XIII (1938-1939), p. 190, cit. por CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 15, n. 62.

(44) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 232-233.

es sólo una consagración anticipada; la anomalía que esto representa es más histórica que orgánica; si en una época aparece con carácter de Derecho normal lo que en otra anterior surge con carácter de Derecho anormal, cabe pensar que este Derecho anormal lleva en sí un germen de vitalidad, una razón de ser, que no es una improvisación, algo eventual y esporádico. La norma, que tiene fuerza bastante para iniciar una evolución histórica, está, sí, en contradicción actual e inicial con otra norma. ¿Pero si terminan triunfando aquéllas sobre ésta no indica que el principio general informador empezaba a debilitarse, de lo cual puede ser un primer síntoma la propia aparición de la norma contradictoria? Cuando el sistema hereditario militar irrumpe en el ordenamiento jurídico, su excepcionalidad es fuerte, sólo en el codicilo y en el fideicomiso se advierten notas afines e incluso presupuestos; mas termina por convertirse en una pieza articulada dentro del sistema general. El *ius singulare*, se ha repetido con insistencia, es el germen que ha fecundado toda una evolución jurídica; pues bien, pocas instituciones hacen verdad esta afirmación mejor que las que aquí examinamos. Muy distinto se presentaría el problema si el sistema sucesorio militar sucumbiera totalmente superadas determinadas circunstancias y hubiera de estudiarse como algo aislado, autónomo, sin posible enlace ni integración" (45).

Otra dificultad que existe, a nuestro juicio, para la consideración del *testamentum militis* como *ius singulare* es que este último es siempre *ius*, es decir, jurisprudencial y en el caso del testamento militar es bastante dudoso, dados los términos concluyentemente claros de las fuentes ("[...] Iulius Caesar concessit [...]": D. 29, 1, 1, pr.), que se trate de un Derecho de creación jurisprudencial (46), siendo a lo sumo admisible que haya sido la jurisprudencia la que haya desarrollado concretamente su régimen jurídico, pero no la que lo haya creado, pues su creación parece deberse a César, siendo mantenido después por otros emperadores, hasta que Trajano los incorpora a los *mandata*. Resulta de ello que, al menos su creación originaria, pero también su mantenimiento a lo largo del tiempo, se debe a un Derecho de origen no jurisprudencial, por más que haya podido ser la jurisprudencia quien haya desarrollado su régimen jurídico. Ello, a nuestro juicio, y aparte de lo ya dicho sobre su proximidad relativa al privilegio, debería llevar a una importante matización acerca de la naturaleza del *testamentum militis* como *ius singulare*, cuyo alcance exacto no puede aquí, en cualquier caso, abordarse.

(45) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 228-229.

(46) No obstante, algunos autores parecen sostener algo de esto, siquiera de manera implícita. Así, D'ORS, al referirse al "régimen del *testamentum militis* admitido por César y sucesores", aunque inmediatamente a continuación se señala que dicho régimen fue, luego, "fijado definitivamente" por Trajano. D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 329.

VI. Régimen jurídico del *testamentum militis*

1) Testamento militar y testamento ordinario: aspectos comunes de su regulación.

HERNÁNDEZ GIL (47) ha enumerado una serie de reglas del Derecho común que no aparecen afectadas por el *ius singulare* del *testamentum militis* y que son las siguientes:

(1) Las instituciones captatorias son nulas también en el testamento militar (48).

(2) Son nulas las siguientes disposiciones de un *testamentum militis*, al igual que ocurre con relación al testamento celebrado conforme al Derecho común:

- a) Los legados a título de pena (49).
- b) Los legados de un fundo dotal (50).
- c) Las disposiciones hechas en favor de persona incierta son nulas (51); y
- d) Las condiciones imposibles o ilícitas contenidas en el testamento militar (52).

(3) El *miles* se halla sometido a las reglas generales relativas al nombramiento de tutores testamentarios (53).

(4) El que se halla en poder de los enemigos no puede otorgar testamento ni aun por Derecho militar (54), si bien, en caso de que regresase o de muerte en el cautiverio, serían aplicables al soldado el *ius postliminii* y la *fictio legis Corneliae* (55).

(5) La mujer conocida en estupro en la tienda de un soldado no es admitida al testamento hecho con arreglo al Derecho militar: lo que se le dejara pertenece al Fisco (56).

(6) La mujer tachada con nota de infamia, en virtud de una disposi-

(47) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 114-116.

(48) C. 6, 21, 11.

(49) Inst. 2, 20, 36.

(50) D. 29, 1, 16; Ins. 2, 20, 36.

(51) Ins. 2, 20, 25.

(52) D. 29, 1, 29, 2.

(53) D. 26, 7, 40.

(54) D. 29, 1, 10.

(55) Ins., 2, 12, 5; D. 49, 15, 4, 5.

(56) D. 34, 9, 14.

ción de Adriano, no puede recibir los bienes que se le dejen en un testamento militar (57).

(7) El militar, manumitiendo en su testamento, nada hace respecto de aquél cuya libertad está impedida por la Ley *Aelia* o por otra (58).

(8) Justiniano extendió la herejía, como causa de indignidad, al Derecho militar (59).

(9) Es aplicable a los militares la regla *ab exheredati substituto inutiliter legatum datur* (60).

(10) En fraude de los acreedores, tampoco puede el *miles* nombrar más que un solo heredero necesario (61).

(11) Los militares, lo mismo que los paganos, son tenidos como reos del delito de falsedad si, contra una última voluntad otorgada solemnemente conforme a Derecho, pretendieran probar la existencia de una voluntad posterior no escrita (62).

2) Especialidades en su régimen jurídico.

A) En cuanto a la forma.

Como hemos dicho ya, parece que el *testamentum militis* comenzó históricamente por beneficiarse únicamente de una minoración de las exigencias formales, siendo sólo con posterioridad cuando su regulación “singular” se extiende también a la regulación de fondo. Estudiaremos ahora lo que se refiere a la forma, dejando para más adelante el estudio de su regulación sustancial o material.

El testamento militar puede revestir forma no sólo escrita, sino también oral (63), por más que haya sido la primera la más utilizada. Res-

(57) D. 29, 1, 41, 1.

(58) D. 29, 1, 29, 1.

(59) C. 1, 5, 22 y C. 1, 5, 18, pr.

(60) D. 29, 1, 41.

(61) D. 29, 1, 15.

(62) C. 6, 23, 20.

(63) En el Derecho común, la forma ordinaria de hacer testamento es por la solemnidad del metal y la balanza (*per aes et libram*), de la que se hacía una *testatio* en tablillas enceradas, selladas de la manera acostumbrada, que debían ser abiertas tan sólo al morir el testador. Ahora bien, aunque para el Derecho civil no valía el testamento si no se había celebrado el acto *per aes et libram*, de hecho lo que conservaba la voluntad del testador, su *nuncupatio* con todas las disposiciones en ella contenidas, eran las tablillas (*tabulae testamenti*), y por eso el Pretor, prescindiendo de la solemnidad libral, consideró que el testamento eran las mismas *tabulae*, y ofrecía la *bonorum possessio secundum tabulas* (sucesión testamentaria de orden pretorio) a quien apareciera instituido heredero en unas tablillas selladas con los sellos íntegros de siete testigos (los cinco de la *mancipatio*, más el *libripens* y el *emptor familiae*, que venían a ser dos testigos más), bastando por lo demás con probar la existencia de ese testamento, aun-

pecto precisamente de esta forma escrita, y frente a la exigencia de su constancia en unas tablillas enceradas que regía para el testamento ordinario, cabe señalar que vale como testamento la voluntad del *miles* anotada en la vaina o en el escudo con su propia sangre o en la tierra con la espada. Respecto de la posibilidad de que sea válido un testamento que un militar dictó a su escribiente empleando formas abreviadas, responde PAULO que sí es efectivamente válido, “siempre que se demuestre con pruebas legítimas que ésa era su voluntad”, puesto que “está permitido a los militares testar como quieran y como puedan” (64). Prima, así pues, la *voluntas militis* por encima de cualquier otra consideración formal.

En lo que se refiere a la forma oral, no se exige que los testigos reúnan las condiciones exigidas por el Derecho común; pueden serlo las mujeres. No es tampoco necesario que concorra el número legal ni se requiera la unidad de acto.

Todos los textos insisten unánimemente sobre un punto y es el de que, en todo caso y sea cual sea la forma utilizada por el militar, es indispensable que se pruebe, especialmente por vía de testimonio, la existencia misma de su *voluntas*, de sus disposiciones de última voluntad y de su contenido (65).

Un texto que plantea problemas respecto de la forma del *testamentum militis* es el de un rescripto del emperador Trajano, que dice lo que sigue:

“Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: «ego te heredem facio», aut «tibi bona mea relinquo», non oportet hoc pro testamento observari. nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin non diffíciliter post mortem alicuius militis testes existerent,

que luego se hubiera perdido. En este sentido, se puede hablar de un testamento pretorio, escrito, con siete testigos, frente al testamento civil, oral de cinco testigos. El primero es el primer documento romano que aparece con valor constitutivo, bien es cierto que sólo a efectos pretorios. D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., pp. 329-331.

(64) D. 29, 1,40. Y como Xavier y Álvaro D'ORS nos recuerdan, la jurisprudencia romana se desinteresa de los problemas de prueba judicial, que son los decisivos para el arte del abogado. “El jurista romano supone siempre que los hechos alegados en la consulta pueden ser probados, y no piensa en las eventuales dificultades de prueba, aunque se reconoce que los efectos de un acto pueden fallar, no por defecto de Derecho, sino de prueba”. D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 60.

(65) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 21.

qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc iudicia vera subvertuntur»” (66).

La duda que este fragmento plantea es la de si el caso de que habla tiene carácter dispositivo o meramente narrativo o ejemplificativo. Ello no dejaría de tener consecuencias porque, mientras en el primer caso supondría una exigencia de que el testamento oral se celebre ante varios testigos y de que el testador declare quién quiere que sea su heredero (67), en la segunda hipótesis el caso sería puramente ejemplificativo y narraría un supuesto concreto en que “un militar, haciendo uso de la *plenissima indulgentia* que disfruta, reunió a varios y les manifestó su última voluntad; como el *caput ex mandatis* no alude a la forma escrita, Statilio SEVERO duda y se somete a la decisión del Emperador, que sanciona la eficacia del testamento otorgado en tales condiciones” (68). Pero, como bien dice HERNÁNDEZ GIL, quizá lo decisivo no sea tanto determinar si el fragmento 24 citado debe concebirse como *verba dispositiva* o como

(66) “El privilegio concedido a los militares de que valgan sus testamentos, los hagan como los hagan, ha de entenderse en el sentido de que debe constar, ante todo, que se ha hecho un testamento, que puede hacerse sin escritura incluso por los que no son militares. Así, pues, si el militar acerca de cuyos bienes hay planteada cuestión ante ti, habiendo reunido a varias personas como testigos, manifiestase quién quería que fuese su heredero y a quién quería manumitir, puede estimarse que de este modo hizo testamento, sin haberlo escrito, y ha de tenerse por válida su voluntad. Pero si, como algunos suelen decir en estas declaraciones, dijo a uno: «te hago mi heredero», o «te dejo mis bienes», no hay que respetar esto como testamento. A nadie interesa más que no se admita tal precedente que a quienes se concede el privilegio del testamento militar; porque en otro caso, no sería difícil, después de la muerte de un militar, que hubiera testigos que afirmasen haberle oído decir que dejaba sus bienes a quienes quisieran, y de este modo se alterarían las verdaderas voluntades” (D. 29, 1, 24). Un análisis de este texto en perspectiva histórica puede verse en SCARANO USSANI, Vincenzo: “Il «testamentum militis»...”, pp. 1393 y ss.

(67) Una interpretación así es la sostenida por BURCHARD en atención a que el citado rescripto de Trajano es, en realidad, una interpretación auténtica del ya aludido *caput ex mandatis* del mismo Emperador (cfr. D. 29, 1, 1, 1, texto que ya hemos también aludido); el tiempo verbal empleado también induce a pensar que se trata de una disposición y no tiene una significación puramente narrativa; y, por último, señala que existe una necesidad de un medio seguro de prueba que, de otro modo, no existiría. Estima, sin embargo, que la *convocatio* de que habla el texto no ha de equipararse técnicamente a la *rogatio*, sino que es mucho más flexible, bastando con no incurrir en una declaración incidental que permita testar por medio de una conversación. Y en aplicación de las reglas generales sobre prueba, exige que sean dos, por lo menos, el número de testigos (cfr. D. 27, 5, 12).

(68) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 40. Esta es la interpretación seguida por GLÜCK, FITTING y SOHM y, conforme a ello, lo verdaderamente sustancial es que exista por parte del testador una voluntad seria y manifiesta de disponer *mortis causa* y se exige también la presencia de testigos, aunque no han de ser rogados y ni siquiera es precisa una convocatoria de los mismos a este fin, sino que basta con su mera presencia. Es suficiente “la concurrencia de un solo testigo, pudiendo completarse su testimonio con otros medios de prueba, salvo que se tratase de un testigo extraordinario (tal lo sería un oficial del ejército), en cuyo caso, su sola manifestación tiene el valor de prueba plena”.

verba narrativa, sino más bien subrayar el hecho de que carece de todo sentido general: se limita a la exposición de “un hecho, un caso concreto, que se cuestiona ante un procónsul sin más valor que el del ejemplo. La solución legal va estrictamente referida al supuesto que se tiene en cuenta” (69). La cuestión planteada al emperador, y que éste resuelve a través del rescripto, es la de si es posible testar oralmente *iure militari* y la solución imperial es la de que sí es, efectivamente, posible, pero sin que ello autorice a concluir que las particulares formalidades que se siguieron en el concreto caso narrado pueden elevarse a la categoría de requisitos formales para todo *testamentum militis* oral. De otro modo, la exigencia de cubrir ciertas formalidades para otorgar oralmente testamento militar entraría en contradicción con la plena libertad de forma que rige para dicho testamento en su forma escrita; además de que el rescripto de Trajano sería, más que una interpretación auténtica de su *caput ex mandatis* recogido en D. 29, 1, 1, su negación pura y simple para el *testamentum militis* celebrado oralmente, cuando el sentido que tiene el fragmento D. 29, 1, 24 es justamente el de aclarar que el *caput ex mandatis* aludido es también de aplicación al testamento militar en forma oral, y se impone, en consecuencia, un tratamiento homogéneo o análogo a ambas modalidades testamentarias (70). Lo que, naturalmente, sí que es exigible, a nuestro modo de ver, es que la declaración de voluntad del otorgante no sea incidental (71), aparte, claro es, de las dificultades de prueba que pueden derivarse siempre de la ausencia de formalidades.

La voluntad del testador juega un papel tan determinante que una manifestación de esta voluntad (o, al menos, la ausencia de manifestación de una voluntad en sentido contrario) sirve para transformar el testamento que se hubiera celebrado *iure communi* en *testamentum militis*, si el testador deviene militar en el intervalo (72). Es además la *voluntad militis* la que realizará, y sólo ella, la revocación del *testamentum militis*, sin que haya necesidad de una declaración de voluntad sometida a ciertas formalidades. Toda intención no equívoca de revocar el *testamentum militis* que emane del militar testador será tomada en consideración (73).

(69) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 52.

(70) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 53.

(71) *Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: “ego te heredem facio”, aut “tibi bona mea relinquo”, non oportet hoc pro testamento observari* (“Pero si, como algunos suelen decir en estas declaraciones, dijo a uno: «te hago mi heredero», o «te dejo mis bienes», no hay que respetar esto como testamento”). D. 29, 1, 24.

(72) Inst. 2, 11, 4; D. 29, 1, 15, 2 Ulp.

(73) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 21-22; para el testamento *iure communi*, D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., pp. 338-339.

B) En cuanto al contenido.

1. *No rige la regla nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

En virtud de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, “que constituye uno de los pilares del sistema testamentario del *ius civile*” (74), no existe la posibilidad de coexistencia de la sucesión testada y la legítima o intestada, principio éste que, sin embargo, conoce alguna excepción, siendo sin duda “la derogación más característica y la más incontestable” (75) la del testamento militar (76): *Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium ius testatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus* (D. 29, 1, 6) (77).

Como ha subrayado CHEVALLIER, si bien es cierto que esta regla *nemo...* sufre otras varias derogaciones en el Derecho romano, se trata de derogaciones que derivan de hechos que no dependen de la voluntad del testador y que, incluso, tienen como fin hacer prevalecer sobre dicha voluntad imperativos sociales que se juzgan más importantes, mientras que la derogación de esa regla respecto del testamento militar tiene como finalidad precisamente “el respeto escrupuloso de la *voluntas testatoris*” (78).

Y, como consecuencias derivadas de esta derogación de la regla *nemo...* para el testamento militar, aparecen las siguientes: a) la posibilidad de disponer por testamento sólo de una parte del patrimonio; b) la inexistencia del derecho de acrecer; c) la validez de la institución sometida a condición; d) la admisibilidad de la institución *ex die y ad diem*.

(74) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 28.

(75) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 32, quien señala que es esta opinión compartida por la mayoría de los autores. Xavier y Álvaro D’ORS, por su parte, señalan ciertos casos en que se da “una cierta compatibilidad de la sucesión legal con la testamentaria”, pero el único caso en que afirman de manera abierta que la regla *nemo...* “no vale”, pura y simplemente, es el del testamento militar. D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 306.

(76) “Neque enim idem ex parte intestatus decedere potest nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur” (Ins., 2, 14, 15, cursiva nuestra).

(77) “Si un militar hubiere nombrado a alguien heredero en un fundo, se considera que murió intestado en cuanto al resto del patrimonio, pues el militar puede morir en parte con testamento y en parte intestado.”

(78) Laurent CHEVALLIER [“Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 30 y 32 (“Esta derogación tiene esencialmente como finalidad el respeto minucioso a la voluntad del testador”)], citando en su apoyo Inst. 2, 14, 5. Y como, por otro lado, destacan otros autores, “*voluntas*, por excelencia, es la testamentaria, y el testamento del militar, como más libre, es su pura voluntad”. D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 339. D. 29, 1, 34, 2: “la simple voluntad del militar es testamento”.

2. Es admisible la institución de heredero ex re certa.

Frente a la prohibición del régimen sucesorio común romano de instituir herederos en cosas determinadas, con respecto del testamento militar, rige una regla especial que admite esa institución *ex re certa*, considerándose a la misma como un prelegado: *Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnem suam per praeceptionem cuique legando distribuisset* (D. 29, 1, 17, pr.) (79). Así se deduce también del fragmento de D. 29, 1, 6, que acabamos de citar: *Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium iustestatus decessisset* (80).

Con todo, debe señalarse que, ya en el testamento celebrado *iure communi*, en lo que constituye un supuesto en que la interpretación del testamento debe rectificar una declaración del testador incompatible con las exigencias del *ius (favor testamenti)*, se entendía, cuando el testador instituía a un heredero en cosa determinada en contra de la regla *nemo...*, que tal limitación no había sido puesta, heredando el instituido todo y, en caso de que concurriera un heredero *ex re certa* con otro u otros herederos, todos eran herederos por partes iguales, y participaban por igual en deudas y créditos. Es más, “la interpretación jurisprudencial de la última época clásica parece aconsejar al juez de la *actio familiae erciscundae* que no adjudique más bienes, a los herederos *ex re certa*, que los que les fueron destinados por el testador” (81).

3. Es válida la institución de heredero sometida a plazo o condición resolutoria.

“*Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem*” (82): el militar puede hacer instituciones

(79) “Si un militar instituyese heredero en cosas determinadas, por ejemplo, si instituyese a uno en los predios urbanos, a otro en los rústicos y a otro en las demás cosas, la institución será válida y se considerará como si los hubiese instituido sin atribución de cosas concretas y éstas las hubiese distribuido por prelegado a los distintos herederos.”

(80) “Si un militar hubiere nombrado a alguien heredero en un fundo, se considera que murió intestado en cuanto al resto del patrimonio...”.

(81) Justiniano perfecciona este régimen, pues todos los herederos van a serlo por partes iguales, pero los señalamientos de cosas determinadas a favor de los herederos valen como liberalidades aparte, sometidas a las reglas de los legados a favor de un heredero (prelegados). D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 341.

(82) “El militar puede nombrar un heredero hasta un determinado momento, y otro para que lo sea a partir de entonces; puede nombrar heredero con condición suspensiva y con condición resolutoria” (D. 29, 1, 15, 4).

de herederos condicionales y a término, en el doble aspecto suspensivo y resolutorio.

Cuando el término o la condición sean resolutorios (83), y si no hay sustitutos, se abrirá la sucesión intestada, siempre que no se hubiesen nombrado sustitutos, y la herencia se defiende como se hubiera deferido al principio a falta de institución de herederos: *Miles ita heredem scribere potest: "quoad vivit, Titius heres esto, post mortem eius Septicius". sed si ita scripserit: "Titius usque ad annos decem heres esto" nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat* (84). Ello supone la derogación, una vez más, de un postulado fundamental del régimen común romano de sucesiones (85): la regla *semel heres semper heres* (86) y, como hemos dicho, ello es una con-

(83) La condición resolutoria era desconocida por el Derecho romano y responde a una terminología de la doctrina moderna. D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 517.

(84) D. 29, 1, 41, pr.: "Un militar puede instituir heredero en esta forma: «sea Ticio mi heredero mientras viva, y después de su muerte séalo Septicio». Pero si hubiese escrito: «sea Ticio heredero durante diez años», y no nombrase sustituto, transcurridos los diez años, tendrá lugar la sucesión intestada. Como hemos dicho que el militar puede instituir heredero desde tiempo determinado y hasta tiempo determinado, resulta que antes de que llegue el plazo en que se admite al instituido, se defiende la herencia al heredero *abintestato*, y lo que le es lícito en cuanto a los bienes, «que haya a la vez un heredero testamentario y otro *abintestato*», le debe competir también en cuanto al tiempo, aunque no sea corto, en virtud del mismo privilegio".

(85) No obstante, esta derogación de la regla *semel heres, semper heres* se lograba también en el régimen de Derecho común a través del fideicomiso, como ya hemos visto. Véase, sobre esto, HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 83-84.

(86) Esta regla supone, según CHEVALLIER, que la institución de heredero no puede teóricamente ser afectada por un término *a quo* ni *ad quem*, como tampoco por una condición resolutoria (sí suspensiva), aunque los jurisconsultos clásicos, influenciados por el *favor testamenti* (al igual que en materia de *certa res* y de condición imposible) y más preocupados de salvaguardar la institución de heredero que de respetar la voluntad del testador, consideran que la condición resolutoria no está escrita. CHEVALLIER, Laurent: "Notes sur le testament militaire...", cit., pp. 26-27. Como nos dicen X. y A. D'ORS respecto del testamento *iure communi*, "si el testador señala una condición o un plazo para que el heredero deje de serlo, en contra de la regla «semel heres...», incluso si señala un plazo para que el heredero empiece a serlo, aquella limitación temporal se tiene por no puesta". D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 341. Ahora bien, como GONZÁLEZ BUSTELO ha demostrado, en realidad la institución de heredero sujeta a un término *a quo* no contradice la regla *semel heres...*, sino que, más bien, "la razón de la imposibilidad [en el régimen común] de una institución de heredero *ex die* sería el absurdo de que el testador señalase un plazo a partir del cual el *heres* comience a serlo, cuando, en realidad, se tiene la seguridad de que va a ser heredero", pues el término no suspende la delación hereditaria: "esta certeza del *dies* hace que no tenga interés para nadie que la herencia esté yacente, a diferencia precisamente de lo que ocurre con la condi-

secuencia de la inaplicación respecto del militar de la interdicción de coexistencia de la sucesión testada y la intestada, así como también lo es del hecho de que el testamento militar “está enteramente dominado por esta idea de que la *voluntas testatoris* debe ser respetada lo más íntegramente posible”.

4. También se admite la institución como heredero del esclavo sin expresa voluntad de manumitir.

Frente a la regla del régimen sucesorio común de que la institución de heredero del sirvo propio ha de ser realizada conjuntamente con la manumisión expresa (*cum libertate*) (87), en el testamento militar el régimen es bien distinto, tal y como se deduce del caso recogido en D. 29, 1, 40: *Idem respondit: Lucius Titius miles testamentum ita fecit: “Pamphila serva mea ex asse mihi heres esto”: alio deinde capite Sempronio commilitioni suo eandem Pamphilam* (88).

Se deduce de este fragmento que al militar le resulta posible no sólo la institución como heredero del esclavo sin manumitirlo de manera expresa, sino que la institución como heredero por un militar de un esclavo propio produce como efecto automático, *ipso iure*, la manumisión del esclavo, hasta el punto de que si el militar causante, después de hacer heredero a un esclavo, y en el propio testamento, lega ese mismo esclavo a otra persona con el encargo de manumitir al esclavo legado, se entiende que el legado y encargo de manumisión al legatario se realizó “sin causa para ello”, pues con la declaración de heredero el esclavo se hace ya libre y heredero, con lo cual el legado de ese esclavo es nulo, incluso aun-

ción, que implica siempre una expectativa de frustración a favor de un tercero, por ejemplo, el heredero *ab intestato*”. GONZÁLEZ BUSTELO, Ana: *Dies certus (I)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, p. 85, n. 132. Y en cuanto a si la institución condicional contradice la regla *semel heres...* o la regla *nemo pro parte...*, en realidad puede considerarse algo “hasta cierto punto indiferente”, pues “en todo caso, se trata de buscar al mismo efecto un antecedente más próximo o más remoto”. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 86.

(87) “La interpretación que implica la manumisión en un nombramiento de heredero o de tutor parece haberse insinuado sin éxito en la época de Nerón, por el jurista Atilicino; sólo prevaleció con Justiniano”. D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 335, n. 2.

(88) “Igualmente respondió [Paulo] esto: Un militar, Lucio Ticio, hizo un testamento en estos términos: «Sea mi única heredera mi esclava Pánfila», y luego en otro capítulo dejó a su camarada Sempronio la misma esclava Pánfila, encomendándola que la manumitiese. Preguntó si será heredera Pánfila lo mismo que si hubiese recibido la libertad directamente. Respondí que debe entenderse que el militar que había nombrado heredera a la esclava ignoraba quizá que podía darse la libertad en virtud de la misma institución, y por esto, sin causa para ello, pidió a su camarada que la manumitiese; como con la primera declaración la esclava se había hecho libre y heredera, será nulo luego el legado de la misma, sin perjudicar por ello la voluntad del testador «que quería la libertad de la esclava».”

que el causante ignorase el efecto manumitidor de la institución de heredero *per se*.

Y ello es así por cuanto se entiende que la institución de heredero encierra en sí misma una voluntad implícita o tácita de manumitir por parte del causante, pues el fragmento D. 29, 1, 13, 3, que recoge la opinión de PAULO, nos dice que *Si servum proprium, quem liberum esse credidisset, miles heredem sine libertate instituit, in ea condicione est, ut institutio non valeat* (89), con lo cual se refleja que, para que opere la manumisión como efecto implícito derivado de la institución de heredero, es preciso, o al menos así lo entendemos nosotros, que exista, cuando menos, la posibilidad de presumir una voluntad de manumitir en el causante, y no se produce, en cambio, dicha manumisión cuando, de algún modo, consta que el causante no tenía tal voluntad, como en el caso aludido, en cuyo caso, al no haber manumisión y continuar el instituido heredero en su condición de esclavo, la propia institución de heredero no es válida.

Entendemos, por ello, que en la hipótesis de que el militar causante, después de hacer heredero a un esclavo, legase, en el propio testamento, ese mismo esclavo a otra persona *pero sin* el encargo de manumitirlo, de ello no podría derivarse la validez de la institución de heredero y la invalidez del legado, sino más bien todo lo contrario: el principio *voluntas causante suprema lex esto* debe conducir a la validez y eficacia del legado y a la ineficacia de la institución de heredero, pues en esa hipótesis no habría forma de presumir una voluntad de manumitir en el causante, voluntad que resulta más bien excluida por el legado del esclavo sin que exista encargo de manumisión a cargo del legatario, sino que más bien el *error iuris* del causante consistiría en este caso en entender que era posible instituir heredero al que es esclavo y no en ignorar que la institución produce el efecto de la manumisión, por más que todo ello repugne a la mentalidad actual, renuente siempre a una interpretación expansiva de la esclavitud y favorable a la manumisión, pero que en ningún caso puede ni debe condicionar la interpretación acerca de cuál era el concreto régimen jurídico entonces vigente.

En resumen, podría decirse que cuando, por *error iuris*, el *miles* causante ni menciona la manumisión del esclavo instituido heredero, ni sabe que dicha manumisión se deriva de la misma institución, pese a todo la institución es válida y produce sus efectos, y entre ellos, como efecto primero e implícito en la propia institución, el de manumitir al esclavo heredero (D. 29, 1, 40, 2); cuando, en cambio, existe en el *miles* causante un *error facti* e instituye heredero al que cree esclavo suyo, pero no lo es,

(89) "Si un militar hubiese instituido heredero a su propio esclavo al que creía libre, sin concederle la libertad, la institución es inválida."

sino que es libre, en tal caso es la institución de heredero la que no produce efectos (D. 29, 1, 13, 3) y puede entenderse que lo mismo debe ocurrir siempre que no pueda presumirse, por cualesquiera razones, una voluntad de manumitir en el militar causante, sino que dicha voluntad pueda, de un modo u otro, ser excluida.

5. *El militar puede llevar a cabo en el testamentum militis una desheredación tácita.*

Mientras que en el régimen común, se exige para que la desheredación produzca sus efectos que sea expresa (90), en el testamento militar basta con la desheredación tácita. Se produce ésta cuando, sabiendo el causante que tiene un hijo, instituye herederos a otros con la omisión de aquél. No rige la preterición y el testamento es válido, quedando asimismo válidamente desheredado el hijo preterido y sin que haya, pues, derecho alguno en favor de los herederos legítimos (91).

Ahora bien, se exige siempre que el testador conozca realmente la existencia del *sui*, pues si ignora el testador la paternidad e instituye herederos a otros, no se origina la desheredación tácita, el testamento carece de validez y pasa la herencia al preterido (C., 6, 21, 9).

Y cuando en el testamento aparece un legado a favor de un heredero necesario, por exigencias de igual principio –voluntad tácita fundada en la no ignorancia, cuya prueba es en este caso más clara y origina una presunción de menor entidad– se produce también la desheredación, al figurar nombrado y no instituido (C., 6, 21, 10) (92). Parece, en cualquier caso, que se trata siempre de una presunción que operará sólo cuando no existan elementos hermenéuticos firmes que hayan de llevar a sostener que era otra la voluntad del testador.

6. *El supuesto de no ruptura del testamento por advenimiento de un póstumo.*

En caso de advenimiento de un póstumo a la muerte del causante que otorgó testamento militar, se atiende a la voluntad del testador y no se produce, necesariamente, la ruptura del testamento (93), sino que puede

(90) En el régimen común, la desheredación debe hacerse en forma solemne (*Titius filius meus exheres esto*); la de un hijo debe ser con designación individual (*nominatim*), en tanto las hijas y los nietos de ambos sexos pueden ser desheredados en grupo (*inter ceteros*). D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 314.

(91) CHEVALLIER, Laurent: "Notes sur le testament militaire...", cit., pp. 40-41.

(92) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 88-89.

(93) En el *ius commune* no se puede en principio instituir o desheredar más que a una *persona certa*, con lo cual el testador sólo puede desheredar a los nacidos ya en el momento

permanecer válido si así lo quiso el testador, siendo indiferente que éste conozca o no el embarazo de la mujer e incluso con independencia de que la mujer estuviere o no embarazada a su muerte pues, incluso entonces, nos dice ULPIANO que *Qui iure militari testatur [...] hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nascetur exheredem esse, testamentum non rumpitur* [D. 29, 1, 7 (94)] y MARCELO nos dice que *idem est etsi adrogaverit filium neposve successerit in locum filii* [D. 29, 1, 8 (95)]. Puede decirse, en suma, que el testador *iure militari* puede desheredar a *quisquis sibi nascetur*.

Esta es la norma general, aunque surgen otros problemas cuando el testamento es otorgado por un hijo de familia que sea militar, debiendo distinguirse según que el póstumo haya nacido antes o después de la muerte del padre del testador:

(1) El hijo de familia militar otorga testamento y le nace un póstumo después de la muerte de su padre. El testamento deviene en principio *ruptum*, si bien el *filius familias* tiene, en todo caso, la posibilidad de convalidar el testamento a condición de que sobreviva al nacimiento del póstumo y, naturalmente, que sea militar: *Verum si perseverasset in ea voluntate, ut vellet adhuc illud testamentum valere, valiturum illud, quasi rursum aliud factum* (ídem).

En este caso, al igual que en la solución general, se atiende a la intención, pero “mientras allí se infiere del testamento y se considera expresada en un solo momento y de una vez para siempre, sin necesidad de ratificación posterior, tratándose de un *filius familias miles*, al ser preciso que perseverare en la intención (*si perseverasset*), que ya existe, se necesita una ratificación subsiguiente de la misma, y lo que realmente viene a producirse es la convalidación del testamento. La eficacia de aquel testamento —el otorgado por el militar no hijo— no se interrumpe, mientras que la de éste, roto por el advenimiento de un póstumo, sí, aunque pueda luego re-

de otorgar el testamento. Si los niños son concebidos por la mujer del testador antes de la muerte de este último, pero nacen sólo después de su muerte, el testamento deviene *ruptum*, y cesan sus efectos sin remedio posible. Se llegaba así a una situación “rígurosa y chocante”, por lo que al final de la República “la doctrina se esfuerza en atenuar estos inconvenientes”, lo que hará que se distingan diversas clases de póstumos (*postumi legitimi, aquiliani, velleiani, quasi-velleiani* y *Juliani*). El Derecho clásico admite como regla general que las diversas clases de póstumos puedan ser desheredados anticipadamente por el testador de manera válida siempre que exista disposición testamentaria expresa a ellos referente. CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 42-43. Véase, sobre esto, D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 315.

(94) “Si la intención del que testa con arreglo al Derecho militar [...] era de que cualquier descendiente que le naciese quedara desheredado, no se invalida el testamento «si aquél llega a nacer».”

(95) “Lo mismo se observa si hubiese arrogado un hijo y le hubiese sucedido un nieto en lugar del hijo.”

cobrarla de nuevo en virtud de una voluntad manifestada en otro momento" (96).

(2) El hijo de familia, militar, otorga testamento y le nace un póstumo antes de la muerte de su padre. No se rompe el testamento del hijo, porque como el póstumo no llegaría a estar bajo su potestad, se considera que no nace *suus heres*. Tampoco se rompe el testamento del abuelo, ya que el póstumo no es su heredero inmediato a causa de haber nacido en vida del hijo de éste, y aunque comenzara a estar al instante el póstumo bajo la potestad del abuelo, sin embargo, le habría precedido el hijo. *Sed si filiusfamilias miles fecisset testamentum, deinde postea, vivo eo et adhuc avo quoque superstite nasceretur ei postumus, non rompitur ejus testamentum, quia, quum id, quod nasceretur, in potestatem ejus non perveniret, non videtur suus heres agnasci, ac ne avo quidem suo hunc nepotem postumum, quum vivo filio nasceretur, suum heredem protinus agnasci; et ideo nec avi testamentum rumpi, quoniam, licet in potestate avi protinus esse inciperet, tamen antecederet eum filius* (D. 29, 1, 33, 1) (97).

7. No rige la querella inofficiosi testamenti.

Frente al testamento militar no procede, en ningún caso, la *querella inofficiosi testamenti* (98), a diferencia de lo que ocurre en el Derecho suce-

(96) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 90-91.

(97) La doctrina discute sobre el alcance de esta reglamentación, y mientras POTHIER, HEINECIO y la doctrina predominante entienden que se trata de una exención de la regla de no preterir a los descendientes, otros autores (ASCOLI, FITTING) entienden que lo que ocurre aquí es simplemente que las fuentes exoneran al militar de la obligación de una desheredación expresa y consideran también desheredación suficiente la preterición del hijo hecha voluntariamente por quien no ignoró su existencia actual o próxima. Sin embargo, como antes vimos, las fuentes estiman indiferente que el testador conozca o ignore el embarazo de su mujer e incluso que lo esté o no, con lo cual "se rompe toda correlación con la desheredación tácita, que presupone un conocimiento de la paternidad, y lo que propiamente se concede es una facultad de preterir cifrada en la sola intención, sin necesidad de otros supuestos de hecho". HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 93-94.

(98) Es un procedimiento establecido por la práctica jurisprudencial como una suerte de contrapeso al poder absoluto y unilateral de la potestad paternal y servía para hacer valer la nulidad absoluta de un testamento como inoficioso, "so pretexto, corrientemente, de que el testador no estaba en su cabal juicio al disponer de sus bienes (*color insaniae*). El legitimario la podía ejercitar durante cinco años después de la muerte del padre, y siempre que no hubiera reconocido el testamento. Sin principios fijos, se fue sentando la práctica de que los hijos (incluso póstumos) y quizá a veces otros parientes muy allegados, llamados a heredar *ab intestato*, debían recibir, si no habían dado causa que pareciera suficiente para desheredarlos, una porción de bienes que se fijó (por influjo de la Ley Falcidia) en la cuarta parte de lo que les correspondería *ab intestato*, deducidas las deudas y los gastos funerarios". Aunque el testamento quedaba rescindido y se abría la sucesión intestada, si bien se acostumbró salvar del testamento aquello "que era compatible con el derecho del legitimario, en especial, las manumisiones y, en parte, los legados". D'ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., pp. 326-327.

sorio común y, como nos dice ULPiano, no es posible ni siquiera a otro militar sostener la inoficiosidad de un *testamentum militis* (D. 5, 2, 27, 2; D. 5, 2, 8, 4) (99).

8. No rige tampoco la Ley Falcidia.

Como nos dice CHEVALLIER, nos encontramos aquí, más bien que ante una derogación pura y simple de la Ley Falcidia, ante una incompatibilidad que existe entre el fin perseguido por dicha Ley y los rasgos caracterizadores del *testamentum militis* (100).

En C. 6, 21, 12 se nos dice, con toda claridad: *In testamentum militis legem Falcidiam et in legatis et fideicommissis cessare, explorati iuris est*, si bien con la salvedad de que en cuanto al *ultra vires patrimonii* tiene lugar la *competens defensio*. Y D. 29, 1, 29, pr. recoge la opinión de MARCELO de que *Si a milite scriptus heres sua sponte adierit hereditatem at rogatus totam hereditatem restituerit, ex Trebelliano transeunt actiones* (101).

GAYO, por su parte, opina que *Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam et intra annum missionis moriatur, plerisque placet in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt. ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse* [D. 29, 1, 17, 4 (102)]. También se recoge la opinión, ya más específica, de TRIFONINO sobre el mismo caso: “Pero si al hacer el cálculo de unos y otros legados, tanto de los que se dejaron por testamento como por codicilo, resultase que excedían de nueve doceavas partes, se plantea la cuestión de en cuánto se disminuirán aquellos legados a los que se aplica la Ley Falcidia. Muy adecuadamente se esta-

(99) También varias constituciones en el Código de Justiniano establecen como un principio general la imposibilidad de intentar la *querella inofficiosi testamenti* contra un testamento militar. Véase, sobre esto, CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 46.

(100) Entiende este autor que el fin de esta Ley (que reservaba en favor del heredero la *quarta falcidia*, esto es, una cuarta parte del activo neto de la sucesión o de la parte de la misma por la que haya sido instituido) era el *favor testamenti*, comprendiendo en principio este concepto solamente a la institución de heredero, si bien más tarde este principio del *favor testamenti* irá evolucionando hasta comprender también al resto de las disposiciones testamentarias. Pero en cualquier caso, la Ley Falcidia es inaplicable por esencia al testamento militar en cuanto que las disposiciones incluidas en este último son válidas incluso sin *heredis institutio*. CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 46-47.

(101) “Si el heredero que había sido instituido por un testador militar hubiese adido la herencia espontáneamente y la hubiera entregado entera «en cumplimiento de un fideicomiso universal» quedan transferidas las acciones en virtud del senadoconsulto Trebeliano.”

(102) “Si el militar hubiese hecho un testamento cuando estaba en el ejército, y un codicilo después del licenciamiento, y muere antes de transcurrir un año desde su licenciamiento, suele admitirse que habrá de estarse a lo que dispone el Derecho civil para el codicilo, porque

blecerá que, después de pagar con todos los bienes los legados, que el militar dejó en el testamento, se divida el sobrante, en la proporción de tres doceavas partes para los herederos y nueve para los legatarios por el codicilo”.

De estos dos últimos textos, y de alguno más que podría citarse, se deduce que la Ley Falcidia es aplicable en la hipótesis específica del codicilo hecho por un militar en el año siguiente a haberse licenciado. Se establece, en efecto, una diferenciación significativa entre los legados contenidos en el testamento realizado *iure militari* por el militar mientras está *in militia*, y los legados contenidos en un codicilo realizado *post militiam*, en la hipótesis de que el militar muera *intra annum missionis*, puesto que estos últimos legados sí están sometidos a la reducción de la Ley Falcidia (103).

9. Especialidades en cuanto a la sustitución de heredero.

La sustitución pupilar, que algún autor ha considerado como una “institución particularmente misteriosa del Derecho testamentario romano” (PERRIN), supone que un *pater familias* instituye heredero o bien deshereda a su *filius familias*, incluso póstumo, y le designa un sustituto en el caso de que el hijo muera antes de haber alcanzado la edad de la pubertad. Esta institución tiene como finalidad evidente evitar que los hijos fueran impúberes y, por consiguiente, incapaces de testar y se abra la sucesión intestada (104). Esta sustitución pupilar existe también para los que testan *iure militari*, si bien con algunas especialidades, que pasamos a estudiar:

(1) El militar puede hacer testamento para su hijo sin haberlo hecho para sí, frente a la regla según la cual *liberis... suis testamentum facere nemo potest nisi et sibi faciat* (105): *Item tam sibi quam filio iure militari testamentum facere potest: et soli filio, tametsi sibi non fecerit: quod testamentum valebit, si forte pater vel in militia vel intra annum militiae decesit* (D. 29, 1, 15, 5) (106).

(2) Como consecuencia de lo anterior, se admite la sustitución del pupilo: *Si militis adita non fuerit hereditas, an substitutio quam pupillo fecit valeat, quaeritur. et consequens erit hoc dicere, quia permittitur mili-*

no lo hizo un militar, y nada influye que se haya confirmado por el testamento de un militar. Por tanto, no se aplicará la Ley Falcidia en los legados que se dejaron por testamento y sí en los que se dispusieron por codicilo (Gai 15 ed. prov.).”

(103) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 48.

(104) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 38.

(105) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 39.

(106) “También puede hacer testamento con arreglo al derecho militar para sí y para su hijo, o sólo para su hijo y no para él; este testamento valdrá si el padre muere en el ejército o antes de transcurrir un año desde el licenciamiento.”

tem filio facere testamentum, quamvis sibi non fecerit [D. 29, 1, 41, 5 (107)].

(3) Puede el militar nombrar sustituto incluso para su hijo emancipado (108) (*miles et emancipato filio substituere potest*), si bien usará de este derecho *quae ab ipso ad eum cui substituit pervenerint, non etiam in his, si quae habuerit vel postea adquisierit. nam et si filio suo vivo adhuc avo substituit, post adquisitam ei avi hereditatem nemo diceret ad substitutum pertinere* [D. 29, 1, 41, 4 (109)]. Y también puede el *miles* nombrar sustituto con respecto de los *extranei* (C. 6, 21, 6) (110).

10. Llamamiento del regimiento.

En caso de sucesión legítima, el regimiento precede al Fisco en los llamamientos legales (111): *si [miles] intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda* [D. 28, 3, 6, 7 (112)].

11. Se admite la posibilidad de pluralidad de testamentos.

A diferencia de lo que ocurre en el régimen sucesorio común, en que todo testamento posterior revoca al anterior (113), con respecto del tes-

(107) “Si no se aceptase la herencia del militar, se pregunta si vale la sustitución que hizo para el pupilo, y es consecuente afirmarlo, porque al militar se permite hacer testamento para el hijo, aunque no lo haga para sí (Tryph. 18 disput.).”

(108) Ello va en contra de “una de las reglas esenciales de la institución [en el *ius commune*] que prevé que su ejercicio es uno de los atributos de la *patria potestas*”, patria potestad que en este caso está ya extinguida. CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 39.

(109) “[...] tan sólo respecto a aquellas cosas que aquel para quien nombró sustituto hubiera adquirido de él, no las que ya tuviese de antes o hubiese adquirido después; pues si hubiese nombrado sustituto para un hijo suyo en vida del abuelo nadie dirá tampoco que pertenece al sustituto la herencia del abuelo que aquel hijo adquirió después.”

(110) En el testamento conforme al Derecho común sólo es posible la sustitución de un impúber. JUSTINIANO, “generalizando algún precedente clásico (como *beneficium Principis*: D. 28, 6, 43 pr.) relativo al caso de un hijo mudo, admitió la posibilidad de nombrar un heredero para un hijo incapaz patológico: la llamada sustitución «*quasipupilar*»”. D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 345, n. 1.

(111) En el caso de la sucesión con arreglo al Derecho común, los llamamientos legales son: *unde liberi* (*sui* y los hijos emancipados), *unde legitimi* (*sui* y, en su defecto, los agnados próximos), *unde cognati* (parientes más próximos por cognación), *unde vir et uxor* (cónyuge viudo), *cui heres non extabit* (acreedores y, a partir de la legislación matrimonial de Augusto, tales herencias abandonadas o *bona vacantia* se atribuyen al Erario en concepto de *caduca*, salvo cuando están sobrecargadas de deudas, en cuyo caso se dejan a los acreedores, conforme al Edicto). D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., pp. 318-323.

(112) “[...] y en el caso de morir [el militar] sin testamento han de ser reclamados sus bienes por los cognados y, en su defecto, por su legión.”

(113) D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., pp. 338-339. No obstante, no hay revocación cuando el testador “cancela” alguna disposición que no afecte a la validez del testamento. “Cancellare” (de *cancelli* = valla) es, literalmente, cruzar con barras.

tamento militar no existe esa incompatibilidad entre dos o más testamentos sucesivos en el tiempo, sino que coexisten y los herederos instituidos en ellos tienen la consideración de coherederos instituidos en un mismo testamento.

El fragmento D. 29, 1, 19, pr. (114) recoge la opinión de ULPIANO: *Quarebatur, si miles, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset se fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, quid iuris esset. dicebam: militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rompetur, cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato ex parte intestato decedere. quin immo et si codicillos ante fecerat, poterit eos per testamentum sequens cavendo in potestatem institutionis redigere et efficere directam institutionem, quae erat precaria. secundum haec in proposito referebam, si hoc animo fuerit miles, ut valeret prius factum testamentum, id quod cavit valere oportere ac per hoc effici, ut duo testamenta sint sed in proposito cum fidei heredis cum committatur, ut valeat prius testamentum, apparet eum non ipso iure valere voluisse, sed magis per fideicommissum, id est in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse.*

Parece que la cláusula *si hoc specialiter expresserit* (“siempre que hubiese expresado tal deseo”) es una interpolación de los compiladores, no obstante lo cual, la declaración expresa por parte del testador de que realiza dos o más testamentos resulta imprescindible cuando, como en el caso que ULPIANO analiza en el texto, en los dos testamentos se ha dispuesto sobre todo el patrimonio, pero no sería, en cambio, necesaria la confirmación si el causante dispusiese sólo de determinados elementos patrimoniales.

Por otra parte, tal y como nos dice HERNÁNDEZ GIL, “Fabro advertía la dificultad de concebir varios testamentos hechos a un mismo tiempo –*sive simul fecerit*–, como dice ULPIANO. GLÜCK, llevando hasta sus últi-

(114) “Se preguntaba cuál sería la solución en el caso de que un militar, que ya había hecho testamento, hiciese otro y en él encomendase al heredero por fideicomiso que valiese el primer testamento. Respondí que el militar puede hacer varios testamentos «y» valdrán «todos», tanto si los hizo a un tiempo como si los hizo separadamente, siempre que hubiese expresado tal deseo, y no se anula el primero por el segundo, puesto que también puede instituir heredero en parte, es decir, que puede morir en parte con testamento y en parte intestado. Más aún: si hizo primero un codicilo, podrá mediante un segundo testamento, asegurar la institución de heredero convirtiendo en institución directa la que consistía en el ruego del fideicomiso. Según esto, en el caso propuesto, decía que si el soldado quería que valiese el primer testamento, debe valer lo que así aseguró y por ello resulta haber dos testamentos. Ahora bien, en este caso, como se encomienda por fideicomiso al heredero que valga el primer testamento, parece que no quiso que valiese de pleno derecho, sino que más bien convirtió el primer testamento en un fideicomiso codicilar.”

mos extremos la plena libertad u omisión de formas, considera que el militar en el campamento podía, bajo la presión de las circunstancias, dictar a unos y a otros, simultánea e independientemente, su última voluntad, esto es, distintas disposiciones sobre las diversas partes de su patrimonio”.

Como en el texto transcrito puede leerse, se admite también que, por medio de un segundo o ulterior testamento, pueda establecerse que subsista otro anterior, no como testamento, sino como fideicomiso.

En el fragmento D. 29, 1, 36, 1 se recoge la opinión de PAPINIANO respecto del caso en que se hubiese instituido varios herederos de los bienes castrenses y de los no castrenses y, luego, se instituyen herederos de los bienes castrenses: *prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit: nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset* (115).

12. Se excluye el *ius accrescendi* necesario.

El *ius accrescendi* romano puede o bien fundarse en la voluntad, o bien producirse con independencia de la voluntad del causante, lo que ha llevado a BONFANTE a distinguir entre el derecho de acrecer voluntario (116) y el necesario (117), distinción que la doctrina mayoritaria parece aceptar, aunque sea “sin disimular en todo caso el carácter artificial y arbitrario de esta distinción” (118).

Pues bien, mientras el derecho de acrecer *voluntario* subsiste también para el *miles*, el *necesario* aparece derogado respecto del testamento militar (119). Deben, en cualquier caso, distinguirse dos supuestos:

— Si el militar instituye varios herederos y uno de ellos no acepta la parte que le corresponde, ésta no acrece a los coherederos, sino que se abre respecto de esa cuota hereditaria la sucesión intestada y se atribuye

(115) “Se entiende que lo que puso en el segundo testamento es lo que quitó del primero, y no parece haber diferencia si en el primer testamento hubiese sido instituido un solo heredero.”

(116) Es el que depende de la voluntad del causante, que llama a heredar una misma parte a varias personas, instituyéndolas *conjunctim*, de tal forma que es solamente la concurrencia de los herederos *conjuncti* la que limita la parte de cada uno a una porción “virile”. Pero si la concurrencia cesa, la parte del heredero que subsiste se extenderá efectivamente a toda la porción atribuida a los *heredes conjuncti*. Suele decirse por ello que se trata siempre de una *quaestio voluntatis*.

(117) El derecho de acrecer necesario es, por definición, forzoso y opera en favor de cualquier coheredero proporcionalmente a su parte en la herencia, regla que se basa en cierto modo en el respeto a la voluntad (presumida) del causante.

(118) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 35.

(119) SOLAZZI, Siro: “Diritto di accrescimento e testamento dei militari”, *Scritti di Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1972, pp. 541 y ss.

a los herederos *ab intestato*, salvo que conste o se pruebe la voluntad del testador de que los restantes herederos acreciesen sus cuotas en la herencia si uno de ellos renunciaba a su parte: *Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem* [D. 29. 1, 37 (120)]. Algunos autores sostienen que la última parte (desde *nisi si haec...*) ha sido objeto de interpolaciones, pero no parece ser así, entre otras razones porque esa excepción última está destinada a salvar la voluntad del testador, cuyo respeto a ultranza caracteriza precisamente al testamento militar (121).

— El hermano de un militar, instituido heredero de determinados bienes, no puede obtener, por su carácter de coheredero, los bienes castrenses de aquél, de los cuales fue instituido otro que no los dio. Tiene lugar la sucesión intestada, salvo que el hermano instituido por el *miles* fuese además sustituto del otro heredero testamentario, como se afirma en C. 6, 21, 1.

Hasta aquí la doctrina sentada es uniforme, pues el fragmento D. 29, 1, 37, ya visto, no aniquila en absoluto el derecho de acrecer, sino que cabe la prueba positiva de una voluntad en su favor. El problema estriba en que C. 6, 21, 1, en un inciso final incoherente, invoca asimismo la voluntad, decisiva siempre en el testamento militar, pero de una manera muy diversa a como lo hacía D. 29, 1, 37: *Et liquido probetur, fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse*.

Ello significa que, en el caso propuesto del hermano del militar instituido heredero por éste en parte de sus bienes, el derecho de acrecer que le ha sido negado en principio, viene a negársele ahora solamente en el caso de que se pruebe claramente que el causante no quiso que le pertenecieran aquellos bienes, de los cuales no fue instituido heredero. Con arreglo a este criterio, sería necesaria la prueba de una voluntad en contra para que no tuviera lugar el derecho de acrecer. Habría, por tanto, una

(120) “Si un militar que era liberto instituyó herederos a dos, y uno de ellos hubiese renunciado a la herencia, se estima que en esta parte murió intestado, porque el militar puede morir en parte testado y en parte intestado y al patrono le corresponde la posesión *abintestato* de tales bienes, a no ser que se pruebe que el testador quiso que uno adquiriese toda la herencia si el otro renunciaba a su parte (*Paul. 7 quaest.*).”

(121) CHEVALLIER considera que “es inconcebible pensar que una forma de acrecimiento no podría tener lugar jamás entre coherederos, y en particular el acrecimiento expresamente querido por el testador, en virtud de una *conjunctio*”. Sobre esta cuestión, véase SOLAZZI, Siro: “*Diritto di accrescimento...*”, pp. 545 y ss.

presunción a favor del mismo, y no a favor de la sucesión intestada. Con lo cual, el sistema se invierte por completo: el *ius acrescendi* deja de ser excepción para convertirse en regla, siendo ahora la sucesión intestada la que se convierte de regla general en excepción.

HERNÁNDEZ GIL es de la opinión de que “la dificultad sólo parece superable reconociendo la interpolación del inciso *et liquido... noluisse*, y, en su consecuencia, sentar como principio la preferencia de los herederos *ab intestato*, o sea, mientras no se pruebe que el testador quiso que tuviera lugar el derecho de acrecer” (122). Esta idea de que estamos ante una interpolación fue ya defendida por autores del siglo XVI y, en todo caso, la crítica moderna ha subrayado, con razón, “la inutilidad de la precisión aportada por el inciso: *et liquido... pertinere noluisse*; desde el momento en que el hermano ha sido instituido por su hermano militar *in paganico*, y excluye los bienes *castrensia*, es absolutamente superfluo precisar que ésta (?) no se producirá más que en la hipótesis de que el militar no haya expresado una voluntad contraria” (123).

Un caso particular viene constituido por el supuesto narrado en D. 29, 1, 17, 1 (124): “*Iulianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus in teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno in solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. cui sciliceo conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua causa debeatur. quod si alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa penderet, non sufficiat et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere*”.

Aunque el texto ha recibido otras interpretaciones, parece suscribible la de SOLAZZI: en el testamento militar no tenía lugar *ipso iure* el acrecimiento; el pretor, a partir de la reclamación de los acreedores, ofrecía a quien hubiese adido una de las herencias (de las *res castrenses* o de las *ceterae res*) la alternativa entre la asunción de la otra herencia que que-

(122) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., p. 104.

(123) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 37.

(124) “También dice Juliano que si uno instituyese un heredero en los bienes castrenses y otro en los demás, se han de considerar como dos herencias de dos personas distintas, de modo que sólo el heredero de los bienes castrenses esté obligado a pagar las deudas contraídas en la milicia, y las otras, sólo el heredero de los bienes que no son castrenses. Con lo cual es coherente que lo que se debe al militar por una u otra causa, se deba a uno u otro heredero con arreglo al mismo criterio. Pero si alguna de las partes de la herencia no alcanzase para pagar las deudas relativas a ella y por esto no quisiese adir el heredero, el otro heredero, que hizo la adición, habrá de ser obligado a defender toda la herencia o a pagar el «todo» a los acreedores.”

da vacante y la renuncia de la herencia ya aceptada. Esta regulación era práctica y justa. Tenía firme el principio de que, en interés de todos los acreedores, la ejecución era universal; y, por una deferencia al difunto, consentía el modo de conjurarla, si quien había aceptado una herencia estuviese dispuesto a asumir también el peso de la otra. Completamente diverso debió de ser el sistema del Derecho justinianeo, cuando las *duae hereditates* han devenido parte de una sola herencia; la opción, que D. 29, 1, 17, 1 otorga siempre al heredero aceptante, ha perdido su base lógica en la doctrina de las *duae hereditates* (125).

13. *El beneficium inventarii.*

Aunque originariamente fue un privilegio en sentido estricto concedido con carácter particular a una persona determinada (126), el beneficio de inventario en la época clásica corresponde a personas determinadas no de manera individual, sino sólo por notas genéricas, en cuanto que reúnen ciertas condiciones: los militares y es así como “se convierte en una institución de Derecho singular”, para más adelante “extenderse con carácter de generalidad, sin tener en cuenta la persona ni la condición de la persona” y es así como “se transforma en un instituto del *ius commune*” (127).

14. *Cabe también la designación de heredero directo en codicilo.*

PAPINIANO nos dice que *milites codicillis ad testamentum factis etiam hereditas iure videtur dari* [D. 29, 1, 36 (128); también D. 29, 1, 19] (129).

(125) SOLAZZI, Siro: “Diritto di accrescimento...”, pp. 548-550.

(126) Adriano fue el primero en conceder el privilegio del beneficio de inventario.

(127) Fue Gordiano quien extendió el privilegio originario del beneficio de inventario a los *milites*, convirtiéndolo así en una institución de Derecho singular. Y es Justiniano el que incorpora el beneficio de inventario al Derecho común, en lo que constituye un ejemplo más de cómo el *ius singulare*, aunque “en ocasiones representa como el último vestigio de un ordenamiento caduco (*anomalías históricas, singularidades*), en ocasiones también, y muy al contrario, constituye [...] el germen, el preludio o el avance de un ordenamiento jurídico futuro”. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 105-106.

(128) “Se considera que también se da una herencia por medio del codicilo de un militar hecho a modo de testamento.”

(129) En el régimen sucesorio común, el codicilo es reconocido como parte integrante del testamento cuando aparece confirmado (preventivamente o *a posteriori*) en aquél; incluso sin esa confirmación valía para disponer encargos de confianza o fideicomisos. D’ORS, Xavier y Álvaro: *Derecho privado romano*, cit., p. 332.

C) En cuanto a la capacidad.

1. Capacidad del causante [*testamentifactio activa* (130)].

Respecto de la capacidad o idoneidad activa del militar para testar, puede hacerse una advertencia preliminar de carácter general: el individuo que, con arreglo al Derecho común, no puede hacer testamento, sea por incapacidad natural, sea por incapacidad jurídica, no podrá tampoco en principio hacer testamento militar (131). Lo que sí se exige para hacer testamento militar, en el Derecho clásico (132), es que el causante sea efectivamente militar, debiendo por ello estar inscrito en las listas y adscrito a un cuerpo, que son *in numeros relati*. Esta facultad dura hasta un año después de la licencia honorable del militar (*missio honesta*); si, por el contrario, es licenciado *ignominiae causa*, pertenecerá dicho militar a la clase de los infames y no podrá disponer más que de su peculio castrense (133).

Son, así, privados del beneficio del testamento militar: los reclutas, *tirones*, todavía no enrolados; los bedeles de los jefes militares, *scrinarii vel apparitores magistrorum militum*, que no tienen verdaderamente la condición de militares. Por el contrario, los marinos y los remeros de la flota, al igual que los vigías, tienen derecho a utilizar el *testamentum militis* (134).

Ahora bien, respecto de esta *testamentifactio activa*, rigen algunas especialidades, que son las que siguen:

(1) Se admite que los *milites* sordos y mudos puedan otorgar testamento militar mientras están en filas (antes de ser licenciados), como inútiles, “siempre que sean capaces de expresar de modo inteligible” su voluntad (135): *Ulpianus libro primo ad Sabinum Iure militari surdum, et*

(130) A la idoneidad para hacer testamento se le conoce, en terminología escolástica, como *testamenti factio*. Hoy suele distinguirse entre la testamentifacción activa (del testador) y la pasiva (de los herederos, legatarios, etc.).

(131) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 15.

(132) Justiniano va a exigir para testar *iure militari* que los soldados estén *in expeditione occupati*, es decir, que estén en campaña, según la interpretación más corriente, aunque como contrapartida no será necesario que se trate en todo caso de militares, pues también podrán hacerlo los no militares cuando se hallen expuestos a ciertos peligros y a condición de que lo hagan *in hostico loco*, en territorio enemigo. CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 17-18.

(133) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., pp. 16-17.

(134) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 17.

(135) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 16. En el Derecho del Bajo Imperio, los sordomudos podrán testar bajo ciertas condiciones; Justiniano otorga esta facultad a los sordomudos que no lo sean de nacimiento, a condición de que testen por escrito.

mutum testamentum facere posse ante causariam missionem in numeris manentem placet [D. 29, 1, 4 (136)].

(2) *Ulpianus libro quadragensimo quinto ad edictum Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castrensibus: sed utrum iure militari an iure communi, quaeritur. magis autem est, ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere iure militari ei testandum* [D. 29, 1, 11 pr. (137)]. Es decir, frente al régimen sucesorio común, en que el condenado a muerte (*servus poenae*) no podía testar e incluso su testamento anterior devenía irrito desde el momento en que asentía a la pena (D. 28, 3, 6, 6), en el régimen sucesorio militar sí es posible al militar otorgar testamento siempre que la condena fuera por delito militar y el militar no hubiese traicionado su juramento. Y, en cualquier caso, el testamento sólo podrá extenderse “a los bienes obtenidos como tales militares” (*bona castrensia*).

(3) El militar que no sea *sui iuris* puede, de manera válida, sustituir pupilarmente (138) a sus hijos impúberes (139), pero no puede nombrarles tutores: *Ulpianus libro trigensimo sexto ad Sabinum Cum filius familias miles decessisset filio impubere herede instituto eique substituisset in avi potestate manenti tutoresque dedisset, divi fratres rescripserunt substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere, quia hereditati quidem suae miles qualem vellet substitutionem facere potest, verum tamen alienum ius minuere non potest* [D. 29, 1, 28 (140)].

(4) ULPIANO sostiene que (D. 29, 1, 11, 1) “si el militar no está seguro de ser independiente [*sui iuris*], su testamento vale, pues, si lo hubiese hecho dudando de que su padre estaba vivo, valdrá su testamento”.

(136) “Es cosa admitida que el sordo y el mudo que están en filas pueden testar con arreglo al Derecho militar antes de ser licenciados por incapacidad física (Ulp. 1 Sab.).”

(137) “Los reos capitales por un delito militar pueden hacer testamento, pero sólo en cuanto a los bienes obtenidos como tales militares. Pero se pregunta si lo harán con arreglo al Derecho común o con arreglo al Derecho militar. Es más cierto que han de testar con arreglo al Derecho militar, ya que, si se le permite testar por su condición militar, es consecuente decir que debe testar conforme al Derecho militar. Pero ha de saberse que esto es así siempre que no traicionaran su juramento.”

(138) La sustitución es una institución de heredero que se condiciona bien a que el instituido en primer lugar no llegue a ser heredero, bien a que un *suus* impúber muera antes de llegar a la pubertad. En el primer caso hablamos de sustitución vulgar, y en el segundo de sustitución pupilar, que es a la que se hace referencia en el texto.

(139) De este modo, al no poder hacer testamento el impúber, se lo deja hecho su padre o ascendiente bajo cuya potestad esté y no sólo para los bienes heredados de él, sino para todo el patrimonio que llegue a tener el impúber, sin distinguir la procedencia de los bienes.

(140) “Como hubiese muerto un hijo de familia militar dejando por heredero a su hijo impúber, y le hubiese nombrado sustituto y tutores, a pesar de permanecer el hijo bajo la potestad de su abuelo, los hermanos «Marco Aurelio y Vero», de consagrada memoria, contestaron por rescripto que la sustitución era válida, pero no el nombramiento de tutor, porque el militar puede nombrar el sustituto que quiera para su heredero, pero no puede perturbar el derecho ajeno, «es decir, la potestad del abuelo».”

2. Capacidad del heredero (*testamentifactio pasiva*).

Respecto del instituido heredero rigen asimismo algunas reglamentaciones especiales en cuanto a su capacidad para heredar. Existe una regla conforme a la cual “también los deportados, y casi todos aquellos que carecen de testamentificación pasiva, pueden ser instituidos herederos por un militar” (141). Como nos dice CHEVALLIER, nos encontramos ante un texto que numerosos autores han considerado fuertemente sospechoso de interpolaciones, y que en todo caso resulta “muy oscuro, casi contradictorio” (142).

Parece que la regla es que todos los que carecen de *testamentifactio pasiva* en el Derecho común pueden ser instituidos herederos, aunque, como nos dice HERNÁNDEZ GIL, “la norma, sin embargo, resulta imprecisa, no es absoluta (*ferre omnes*). Posteriormente (C. 6, 21, 15), se insiste en igual principio: en virtud del testamento de un militar, fallecido en la milicia o dentro del año de haber sido licenciado honrosamente (*honeste*), se deben la herencia y los legados a todos aquellos a quienes hubieran sido dejados, porque el militar goza del *liberum arbitrium* (*quibus velint*) suficiente para ello. Ahora bien, ya se establece un límite que corrige la insuficiencia advertida: *Nisi lex specialiter eos prohibuerit*” (143).

Ahora bien, si en general todos los incapaces por Derecho común gozan, salvo *lex specialiter*, del beneficio, existen unas excepciones, que eran las siguientes:

(1) El esclavo de la pena, cuya institución puede no ser válida. La institución, sin embargo, no es nula de pleno derecho, sino anulable, pues si en el momento de la muerte del causante se hallara en la ciudad (fuera ciudadano) –por aplicación de un principio que luego se examina–, la institución se convalida.

(2) Conforme a declaración expresa del testador, pueden también ser instituidos: a) los peregrinos (incluso a través de la sucesión intestada, según algunos autores) y los latinos (contra la *Lex Junia*); b) los *caelibes* –contra la *Lex Julia*– y los *orbi* –contra la *Lex Papia Poppaea*–; y c) los deportados.

(3) En el Derecho justiniano, incluso tratándose de últimas voluntades ordenadas por los militares, los herejes no pueden recibir herencia, legado, fideicomiso (C. 1, 5, 22), donaciones ni ventas (C. 1, 5, 22). En su caso, los bienes dejados a un hereje los reivindica el Fisco.

(141) D. 29, 1, 13, 2.

(142) CHEVALLIER, Laurent: “Notes sur le testament militaire...”, cit., p. 18.

(143) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 70-71.

(4) *Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus Hadrianus rescripsit* [D. 29, 1, 41, 2 (144)].

(5) Algo semejante ocurre con la *mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit* (145), hipótesis respecto de la cual PAPINIANO responde *etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi* [D. 34, 9, 14 (146)].

Por otra parte, frente a la regla del Derecho común (147) que exige capacidad en tres momentos (otorgamiento, muerte y adición), al militar no se le exige capacidad en el momento en que se otorga el testamento, sino en el momento de la muerte: *et generaliter in omnibus id poterit dici quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui potuerit* [D. 29, 1, 13, 2 (148)].

D) Conversión del testamento ordinario en testamento militar.

Un testamento ordinario o común anterior puede convertirse en testamento militar cuando se cumplan dos condiciones: a) la adquisición so-

(144) “La mujer de quien pueda sospecharse que observa una conducta inmoral, no puede adquirir nada ni siquiera por el testamento de un militar, según contestó por rescripto el emperador Adriano, de consagrada memoria.”

(145) “Mujer que fue reconocida como rea de unión ilegal con un militar.”

(146) “Aunque el militar hubiera muerto antes del año de su licenciamiento, no puede ser admitida ella a heredar conforme al testamento hecho por derecho de milicia, y que lo que él dejó pertenece al fisco.”

(147) D. 28, 5, 49, 1: *In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus* [“Respecto a los herederos extraños se tiene en cuenta si pueden ser instituidos herederos, tanto si se les instituye a ellos mismos como si se instituye a los que están bajo su potestad; se atiende a dos momentos: al de la confección del testamento para que valga la institución, y al de la muerte del testador, para que surta efecto. Es más: también al momento de adir la herencia debe tener el instituido la testamentifacción, tanto si lo es pura y simplemente como si lo es bajo condición, pues el derecho del heredero ha de ser examinado sobre todo en el momento en que adquiere la herencia. Ahora bien, en el tiempo que media entre la confección del testamento y la muerte del testador, e incluso entre éste y el cumplimiento de la condición, un cambio en el derecho del heredero no le perjudica, porque como dije, atendemos «sólo» a los tres momentos (Flor. 10 inst.)”].

(148) “En general, podrá decirse lo mismo de todos los que un militar nombre herederos: que la institución comienza a tener valor, si, al tiempo de la muerte del testador, el heredero está en condiciones de poder ser instituido por un militar.”

brevvenida de la condición de militar por el causante; b) si el militar, una vez adquirida la condición de tal: abre, lee y sella el testamento anterior; o si lo tacha, termina, completa o enmienda de algún modo (149); o, por último, si consta, de cualquier manera, su voluntad en este sentido (quien de algún modo declaró que quería que valiese el testamento que había hecho antes) (150).

De ello se deduce con toda claridad que la conversión del testamento ordinario en militar no se produce *ipso iure*, sino que es precisa la voluntad expresa o tácita del causante, manifestada esta última a través de actos concluyentes, lo que parece confirmarse en el fragmento D. 29, 1, 9 (151): *Idemque erit [testamentum non rumpitur] dicendum et si nato filio vivo se maluit eodem testamento durante decedere: nam videtur iure militari refecisse testamentum: ut est rescriptum a divo Pio in eo qui, cum esset paganus, fecit testamentum, mox militare coepit: nam hoc quoque iure militari incipiet valere, "si hoc maluit miles"*. No obstante, existe un fragmento de Ulpiano en que este jurista dice: *Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, iure militari valere, "si militis voluntas contraria non sit", divus Pius rescripsit* [D. 29, 1, 15, 2 (152)].

Este último fragmento parece, en cambio, no exigir siquiera una voluntad tácita de conversión del testador, sino que solamente se exige, negativamente, la falta de voluntad en contra de la conversión por parte del

(149) D. 29, 1, 20, 1: "Aunque uno haya hecho testamento antes de ser militar, puede considerarse en algún caso como hecho cuando ya lo era: por ejemplo, si después de ser militar abriese el testamento, lo leyese y luego lo sellase con su sello; más aún: si lo hubiese tachado, terminado, completado o enmendado. Pero si nada de «esto» hubiese hecho, el testamento carecerá de los privilegios de los militares (Iul. 27 dig.)."

(150) D. 29, 1, 25: *Marcellus libro singulari responsorum Titius priusquam tribunus legionis factus esset, testamentum fecit et postea cinctus manente eodem defunctus est: quaero, an militis testamentum videatur esse. Marcellus respondit: testamentum quod ante tribunatum fecisset, "nisi postea ab eo factum dictum esse probaretur quod valere veller", ad commune ius pertinet: constitutionibus enim principum non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt confirmantur: sed plane fecisse testamentum eum interpretandum est, qui se velle testamentum quod ante fecerat valere aliquo modo declaravit* ["Ticio hizo testamento antes de ser hecho tribuno de una legión y luego murió en ese cargo sin haber revocado aquel testamento: pregunto si se considera como testamento de un militar. Respondió Marcelo que el testamento que se hizo antes de ser nombrado tribuno es de Derecho común, si no se probase que el testador hizo «o» declaró algo después con el fin de confirmar el testamento. En efecto, las constituciones de los príncipes no convalidan los testamentos de los militares, sino los que fueron hechos por militares. Claro que debe interpretarse que hizo testamento quien de algún modo declaró que quería que valiese el testamento que había hecho antes (Marcell. resp.)"].

(151) "Lo mismo [no se invalida el testamento] habrá de decirse si, habiendo nacido el hijo en vida de él, *prefirió morir sin alterar* su testamento, pues se considera que rehizo el testamento por Derecho militar" (cursiva nuestra).

(152) "Dispuso por rescripto el emperador «Antonino» Pfo, de consagrada memoria, que valiese por Derecho militar el testamento de aquel que lo hizo antes de ser militar, pero murió siéndolo, salvo que otra fuese la voluntad del testador."

testador, lo cual ha dado lugar a una cierta polémica en la doctrina a fin de lograr una conciliación de este último fragmento con los restantes o, cuando menos, una explicación plausible (153).

Bibliografía sobre el testamento militar

Aunque la bibliografía existente sobre el testamento militar es indudablemente mayor, se lista a continuación alguna producción iusromanística sobre dicha institución que podría considerarse como básica:

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: "L'origine del «testamentum militis» e la sua posizione nel Diritto Romano Classico", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, coord. por Vittotio SCIALOJA, Istituto di Diritto Romano, Roma, 1904, pp. 157 y ss.
- CHEVALLIER, Laurent: "Notes sur le testament militaire dans la doctrine des jurisconsultes classiques et dans la législation impériale", *Varia. Études de Droit Romain*, tome II, Sirey, París, 1956, pp. 1 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, Ministerio de Justicia/CSIC, Madrid, 1946.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, 1990.
- JOHNSON, John Robert: "A note on Caesar's military will. Why was it a «concessio temporalis»?", *Labeo. Rassegna di Diritto Romano*, 1980 (año XXVI), número 3, Jovene, Nápoles, pp. 335 y ss.
- SCARANO USSANI, Vincenzo: "Il «testamentum militis» nell'età di Nerva e Traiano", *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. 3, Jovene, Nápoles, 1984, pp. 1383 y ss.
- SCHERILLO, Gaetano: "D. 1.4.3 (Giavoleno, L. 13 «EP») e il testamento militare", *Studi in onore di Eduardo Volterra*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 612 y ss.
- SOLAZZI, Siro: "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", *Scritti di Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1972, pp. 541 y ss.

(153) Véase, sobre ello, HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El testamento militar*, cit., pp. 58 y ss.

DE LA FIDUCIA SUCESORIA A LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA EMPRESA FAMILIAR (*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario.

*Académico de Número de la Academia
de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*

SUMARIO: **I.** UNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES. **II.** EL PERFIL O ÁMBITO JURÍDICO-PRIVADO. **III.** RELACIÓN ENTRE LAS FIGURAS AQUÍ PROPUESTAS. **IV.** EL TEMA DE LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA EMPRESA. **V.** SITUACIÓN ACTUAL DE LAS CATEGORÍAS (FIGURAS) JURÍDICAS PRECITADAS DESDE LA PERSPECTIVA DOGMÁTICO-JURÍDICA. **1.** Las categorías jurídicas utilizadas [genéricamente hablando]: **A)** *El tema de la empresa familiar.* **B)** *El tema de la fiducia sucesoria.* **C)** *El tema de la sucesión contractual.* **2.** En especial: la actividad de “arbitración”

(*) La base de este artículo constituyó la PONENCIA que se me encargó para el “III CONGRESO DE DERECHO CIVIL CATALÁN”, dedicado al tema genérico “Los patrimonios fiduciarios y el *trust*”, celebrado en Tarragona los días 20-21 de octubre de 2005.

La publicación en este lugar y sin las notas pertinentes se debe a la insistencia y el buen hacer del malogrado Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (†), quien personalmente sugirió *la posposición en el orden de las publicaciones con respecto a mi CONFERENCIA en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (publicada en el núm. 61 de esta REVISTA). Conceptual y dogmáticamente tenía razón nuestro buen amigo, prematuramente desaparecido.

del cónyuge. **VI.** TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA EMPRESA Y VÍAS ADECUADAS EN DERECHO. **1.** La vía capitular. **2.** La vía testamentaria. **3.** La vía contractual. **4.** La vía unilateral. **VII.** UNA PERSPECTIVA REALISTA (NO DOGMÁTICA). — RECAPITULACIÓN FINAL.

I. Unas consideraciones preliminares

1. *El porqué del título* de este ensayo aparece doblemente justificado: en primer lugar, la misma denominación de la PONENCIA [*“Fidúcies i Dret de Empresa”*] en sentido genérico; y, en segundo lugar, por la enorme amplitud inicialmente asignada a mi colaboración [*“Sucesión contractual y empresa”*]. Parecía, por consiguiente, que una cierta titulación *descriptiva* era más conveniente a los fines de este Congreso, tanto a los efectos meramente expositivos como a los efectos sólo didácticos. Basta ahora, en este momento, con las indicaciones aludidas.

Respecto del tema de la ponencia, quien esto suscribe tiene suficientemente acreditada una manera de hacer más abierta que cerrada, más realista que conceptual (teórica), más problemática (tópica) que dogmática, en suma, más helénica que rabínica [en el decir de L. DíEZ-PICAZO].

Esto expuesto, *la motivación para la elección del tema [materia] de la ponencia* reside en la enorme, creciente, difusión en todos los ámbitos de nuestro país [y de otros Estados europeos] de una serie de ideas o figuras jurídicas cuyas concreción lingüística y determinación conceptual parece, hoy por hoy, de una cierta ambigüedad en su formulación. Parece, por lo tanto, que unas breves consideraciones al respecto son de rigurosa necesidad.

2. Si el *leit-motiv* o *justificación del título* de la ponencia aparece así explicitado, no sucede lo mismo en su formulación *como lenguaje*. En efecto, se nos muestran bajo la descripción o rodaje de la terminología varias ideas o figuras jurídicas claras [*“fiducia sucesoria”* y *“sucesión contractual”*, por un lado, y *“empresa familiar”*, por otro lado] y una formulación conectiva [expresada en la proposición mediante la preposición **en**]. Todo ello requiere, a mi juicio, una serie de matizaciones al respecto en las que de momento parece que no cabe entrar.

3. Aludidas aquí mis vacilaciones conceptuales y mis personales aprehensiones de *civilista*, y presentadas con antelación mis disculpas de *no-especialista* en el “ámbito mercantilista” [Derecho de Sociedades] y mi atrevi-

miento en ofrecer mis argumentos como presunto “comparatista interno” [Derecho Inter-regional o “intra-nacional”, relativo a los distintos ordenamientos civiles hispánicos territoriales –antes “forales”–], parece ahora posible el proceder a *un análisis limitado* [no amplio] de la materia contenida en el título de la ponencia.

Así las cosas, en esta exposición breve se apuntan las *reflexiones* siguientes: el perfil o ámbito jurídico-privado; el tema de las vías más convenientes en Derecho para la transmisión *mortis causa* de la empresa; la relación o engarce jurídico entre las figuras aquí propuestas; la situación actual de las categorías jurídicas precitadas [la empresa familiar, la fiducia sucesoria, la sucesión contractual] desde la perspectiva dogmático-jurídica y, en especial, la actividad de “arbitración” del cónyuge; y las vías más adecuadas en Derecho [capitular, testamentaria, contractual, unilateral] para la transmisión *mortis causa* de la empresa.

En el sentido aquí expuesto, parece ya procedente el presentar una visión resumida de esas posibles reflexiones apuntadas.

II. El perfil o ámbito jurídico-privado

1. Indicadas las precisiones terminológicas aludidas, parece que la trasposición de tales figuras jurídicas precitadas al *ámbito de lo jurídico* ofrece algunas dificultades. Esto, *desde un punto de vista civilista*, parece, a mi juicio, evidente.

Tomando como dato básico nuestro cuerpo legal [CC], cabe observar la *inexistencia* de tales ideas o figuras: ni la “fiducia” en el ámbito sucesorio aparece como tal categoría por ninguna parte, ni la “empresa” se nombra como tal en el Código Civil, ni una sola vez aparece como tal la categoría de “sucesión contractual”, ni hay asomos de la categoría de “empresa familiar” a lo largo del Código Civil, ni cabe vislumbrar una posible *conexión* entre unas y otras de dichas figuras. Ese es el dato, el *hecho* incontrastable. Otra cosa es el conjunto de esfuerzos presentados y argumentados por los autores españoles en torno a unas y otras de las referidas categorías y a una posible conexión entre ellas; argumentaciones abundantes, de bibliografía que comienza a ser numerosa, y que de momento va a quedar en reflexiones “*de lege ferenda*”.

Una consideración similar a la precedente es la que se deriva de un atento repaso de la jurisprudencia contenida en los varios volúmenes [publicados en *edición oficial* del Ministerio de Justicia] en los que aparecen las sentencias del Tribunal Supremo. Ni una sola vez aparecen en el ÍNDICE ANALÍTICO las figuras aquí aludidas. Lo que parece conducir a un “*nullum*” en el ámbito jurídico-privado.

Ahora bien, esta cierta insatisfacción inicial personal parece conducir a un resultado simplista e insuficiente. Simplista, porque solamente atiende al canon hermenéutico civilista puro, sin considerar el canon sistemático-teleológico de la totalidad del ordenamiento jurídico del Estado; insuficiente, porque, dejando a un lado la evidencia sociológica [punto de vista realista] que nos presenta la realidad circundante, esa consecuencia choca de frente con las necesidades de la praxis diaria y con la dinámica implícita en la incidencia de *lo económico* sobre la vida del Derecho.

2. Por otra parte, atendiendo a la dinámica propiciada por la finalidad evidente de este Congreso [titulación “Los patrimonios fiduciarios y el *trust*”], aparece innegable la doble *visión comparatista* de la materia: de un lado, con la praxis anglosajona del “trust” [praxis, a mi parecer, no homologable con las figuras hispánicas tradicionales de “fiducias”, sin perjuicio de otras opiniones al respecto]; y de otro lado, con la inter-relación entre los diferentes tipos de “*fiducia sucesoria*” regulados en los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales en las Comunidades con Derecho Civil propio (antiguos “Derechos Civiles Forales”), a cuya interrelación he dedicado en otro lugar [Comentarios a la CDC.BAL. de 1990] amplias investigaciones.

3. Sin embargo, el tema específico de la “sucesión contractual” merece por sí solo un tratamiento diferenciado y extenso, al que he dedicado también una amplia investigación, que aquí queda simplemente aludida.

III. Relación entre las figuras aquí propuestas

1. *Los significados de la proposición implícita en el título de esta ponencia.*

- Todos los enunciados en los que aparece la proposición “EN” tienen una significación, o significaciones, que dependen en gran medida del sentido de “en” [J. FERRATER MORA]. El análisis de la preposición “en” puede llevarse a cabo de muy diversas maneras. Pueden examinarse los significados de “en”, los usos de “en”, etc. Puede adoptarse un punto de vista primariamente “lingüístico”, o uno “lógico”, o uno “ontológico” (especialmente ontológico formal), o uno metafísico, etc. O bien una combinación de tales puntos de vista. Pueden interpretarse diversas expresiones –especialmente adverbios– desde el ángulo del “en” [J. FERRATER MORA].

Zenón DE ELEA planteaba la paradoja –sobre el uso de “en”– indicando que no hay tal realidad como “el lugar”. Es ARISTÓTELES el que resolvió la dificultad analizando los diversos sentidos de “en”, al precisar

que hay hasta ocho modos de decir “en” [ἐν], esto es, de decir que algo *está en* otra cosa. Ha seguido a ARISTÓTELES Santo Tomás DE AQUINO considerando que los ocho modos de “estar en” son los modos en los cuales se dice que algo está en algo [“quibus aliquid in aliquo dicitur esse”]. Estas formas del “*aliquid in aliquo*” son de algún modo similares a las formas del “*esse in alio*”, pero no totalmente: el “*esse in alio*” (“ser en otro”, no “estar en otro”) se centra en la noción de no subsistencia (metafísica) de una cosa.

- Al referirse al “en”, la expresión filosófica más usada es la de “*inesse*”. La expresión “*esse est inesse*” [=“ser es ser en” (= estar en)] se refiere al modo de ser (o de estar) del accidente en la sustancia. Se supone, en efecto, que el ser del accidente no consiste en estar en sí (*in se*), sino en otro (*in alio*). Los varios modos de ser *inesse* introducidos por los escolásticos fueron los de: *inesse per se* (por sí mismo), *inesse naturaliter* (naturalmente [o intrínsecamente]) e *inesse per accidens* (por accidente).

Consideran los lógicos que las proposiciones *de inesse* son proposiciones categóricas de inherencia simple [no proposiciones modales], en las que se afirma o niega que el predicado (P) esté en (*est in*) o no esté en (*non est in*) el sujeto (S), es decir, se indica que el predicado es o no es atribuible al sujeto, sin mencionar el modo como el predicado se une al sujeto.

- La proposición “de ... y ... a ...” viene a significar que existe la llamada relación predicamental, esto es, la referencia del sujeto de la oración a algo o, mejor dicho, que existe un orden puro entre los términos de la oración.

Esta relación predicamental es referida por la lógica tradicional al carácter condicionado o incondicionado de los enunciados, sean juicios o proposiciones. Si el enunciado es *incondicionado*, la proposición es categórica; si es *condicionado*, la proposición será hipotética o disyuntiva.

Por lo tanto, parece que este enunciado mío apunta a una *proposición disyuntiva*, que tiene la propiedad de no ser simétrica, ni tampoco asimétrica.

- Habrá que deducir, en consecuencia, que *el título* elegido aquí parece corresponder a una proposición *no modal*, en las que no se indica que uno de los términos [fiducia..., sucesión..., empresa...] sea o no atribuible al otro, ni se menciona el posible vínculo o engarce entre ese tipo de “fiducia” o de “sucesión” y ese tipo de “empresa”.

2. El punto de vista semántico.

Así entendido el significado [aspecto *semántico*] de la proposición contenida en el título de esta ponencia, viene a conducir a otro tópico más

en el que la indeterminación de su contenido expresivo abarca una relación omnicomprensiva no cerrada e indefinida que va *desde* la “fiducia sucesoria” *hasta* la “sucesión contractual” en sus distintas modalidades y con las posibles y no citadas figuras entre ambas intercaladas, relación en la que la distinción preposicional “de ... a” es abierta y no preclusiva [a modo de *subconjuntos* diversos dentro de un amplio *conjunto unitario* –sucesión *mortis causa*–], y en el que la preposición “en” **no** es equivalente a que los conceptos “fiducia sucesoria” y “sucesión contractual” **estén dentro** del concepto “empresa familiar”.

Me parece claro, por lo tanto, que esa ubicación, buscada de intento, no equivale a un “esse in alio”, sino a **un modo de “estar en otro”**.

Así las cosas, a mi entender, de lo que se trata en este ensayo es la reflexión acerca de las disponibilidades [instrumentos técnicos, esto es, *jurídicos* –y, entre ellos, la amplia gama que ofrecen las figuras conceptuales de la “fiducia sucesoria” y de la “sucesión contractual”–] que se ofrecen a **la empresa** [sea o no “familiar”] en orden a su conservación, su continuidad, su transmisión y su sucesión.

3. *El punto de vista dogmático* es analizado en el epígrafe V que sigue.

IV. El tema de la transmisión *mortis causa* de la empresa

1. *El tema de la transmisión [en especial, la mortis causa] de la empresa.*

El tema de la transmisión de la empresa y los problemas de la transmisión *mortis causa* de la misma se han convertido en tema “estrella” de todo Congreso jurídico actual. Al mismo se han dedicado reflexiones innumerables por la doctrina y se han ofrecido soluciones, conclusiones y recomendaciones varias [v., por todos, el Seminario en la UIMP Santander, 1995; y el reciente 9.º Congreso Notarial Español, Barcelona, 2005].

Interrelación entre la empresa y el Derecho Sucesorio –y previsiones, o no, de la transmisión *mortis causa* de la empresa– son cuestiones que al día de hoy son objeto de discusión y debates sin fin, y que entiendo merecen por sí solos un tratamiento diferenciado. Tratamiento al que me he referido recientemente en otro lugar, lo que permite excusarme y evitar reiteraciones no necesarias.

Muestra *una máxima incidencia y repercusión* toda esta problemática aludida respecto de la denominada “empresa familiar”, figura sobre la que –como se dijo anteriormente– existe ya una muy numerosa bibliografía. A cada una de ellas, y a mis reflexiones en otro lugar aludidas, aquí remito.

2. *Un problema recurrente: la conservación de la empresa y la sucesión mortis causa de la empresa mercantil.*

Básicamente centrado en la sucesión **de un empresario individual** –ante la normativa del CC– planteó en su día L. Díez-PICAZO los dos problemas fundamentales: el de la continuidad de la empresa y el de la conservación de la empresa.

Es el tema de la conservación de la empresa, habiéndose producido el evento de la muerte del empresario, el que presenta mayor complejidad. De donde resulten las múltiples variables (posibilidades) de elección de alguno de los instrumentos técnico-jurídicos puestos a disposición de los interesados por el ordenamiento jurídico. Es aquí, en este concretísimo punto, donde cabe situar el engarce o vínculo entre la “empresa” y la “fiducia”, o la conexión entre la “empresa” y la “sucesión contractual”, a modo de una posibilidad más ofrecida a los interesados. Esto, al menos desde un punto de vista teórico-conceptual, parece claro.

Resulta también claro que, de entre las varias posibilidades de solución [medios técnico-jurídicos] que presentaba L. Díez-PICAZO, la del nombramiento [designación] de heredero único es la que ofrece mayor seguridad, pero que a su vez conlleva –en el ámbito del CC– una complejidad mayor [legítimas].

Entiende en tales casos la mayoría de la doctrina que lo procedente es una adecuada *previsión sucesoria* de la empresa por parte del empresario individual [A. HUERTA TRÓLEZ], o la conveniente adaptación de los *estatutos sociales* en caso de empresa-sociedad [E. VICENT CHULIÁ].

3. *El tema específico de la transmisión sucesoria de la “empresa familiar” y su articulación mediante las vías más convenientes en Derecho [en especial, las vías de la “fiducia sucesoria” y de la “sucesión contractual”].*

- Se trata básicamente de uno de los temas básicos del “9.º Congreso Notarial Español” de 2005 [la organización y transmisión de la empresa familiar], en el que se puso de relieve el deficiente marco jurídico que para ello existe en España. Por parte del notario E. BRANCÓS NÚÑEZ se analizó el punto de la *sucesión en la empresa familiar*, poniendo de manifiesto la poca concienciación del tejido empresarial en esta etapa de cambio:

“La sucesión en la empresa ha de comenzar mucho antes de que llegue el fallecimiento del empresario. Si la sucesión de la empresa se ha de producir con la muerte del fundador, el fracaso suele estar garantizado. En la práctica, la institución habitualmente utilizada para transmitir la empresa es la donación, sin más; que presenta como ventaja su indudable maleabilidad, aunque cuenta con múltiples inconvenientes. Falta una modalidad de sucesión contractual que, dando seguridad y garantías tanto al empresario como

a su continuador, anticipen el relevo en la empresa. Nuestro ordenamiento debería completarse para dar una perfecta respuesta a las necesidades planteadas por la sucesión de la empresa familiar, pero ello no significa que carezca totalmente de vías para su ordenación. Algunas provienen de la legislación civil. Otras se mueven dentro del ámbito mercantil...”

Habida cuenta de esta argumentación, y de otras en ella coincidentes, no era de extrañar que las *Conclusiones 1.ª y 2.ª* del citado 9.º Congreso propugnen *reformas legislativas* en los ámbitos civil y mercantil que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica. En tal sentido, se considera que sería muy útil revisar las rigideces del sistema de legítimas, y permitir y desarrollar otras fórmulas jurídicas para la empresa familiar.

- Indicadas habitualmente *las dos formas tradicionales* a través de las cuales se configuran las “empresas familiares” [individual, societaria], no parece necesario extenderse ahora en este punto. Por razones de brevedad, se prescinde de la distinción doctrinal acerca de si la empresa *individual* es de carácter privativo o ganancial (de ser el titular de la misma casado en régimen de gananciales). También por las obvias razones expuestas, se prescinde de los distintos tipos y regulación de las formas societarias mercantiles, caso de que la empresa sea una “*sociedad familiar*”.

1) Para el supuesto de empresa familiar *unipersonal*, los autores suelen propugnar la conveniencia de que por parte del cónyuge (o cónyuges) se establezcan las oportunas previsiones sucesorias. Así, v. gr.: usufructo universal a favor del cónyuge, **fiducia sucesoria**, legado de cosa específica y determinada, institución de heredero y pago en metálico de las legítimas [A. HUERTA TRÓLEZ]. En idéntico sentido, propone G. GARCÍA CANTERO medidas similares, y además alguna otra [continuidad de la empresa familiar por uno o varios hijos, prohibición testamentaria de pedir la partición, partición realizada por el propio testador (art. 1.056-2.º CC)].

La determinación del estatuto sucesorio y, en especial, *la designación de heredero único*, que en el CC presenta tantos problemas, suele estar más facilitada en los distintos ordenamientos civiles hispánicos.

De *la determinación del estatuto sucesorio*, genéricamente hablando, me ocupé en mis “Comentarios a la CDC.BAL. de 1990”, precitados.

De los distintos *modos* de designación del heredero único [v. art. 92 CSCM de Cataluña de 1991] me ocupé en mis citados “Comentarios”.

Las *vías usuales* son, genéricamente expuestas: el testamento, el pacto sucesorio, la escritura pública. Esto, al menos respecto de Ibiza-Formentera, parece incontrastable, y no requiere una estructura “cerrada” cual la de los “heredamientos” catalanes [J. AGUSTÍN JUSTRIBÓ].

De *la determinación del heredero(os)* por el ejercicio de la facultad *fiduciaria* concedida, me ocupé en los “Comentarios” citados.

2) Para el supuesto de empresa familiar *societaria* [la “sociedad familiar” a que alude F. VICENT CHULIÁ], el mecanismo jurídico articulado para las interrelaciones o conexiones entre familia, empresa y propiedad suele ser *el protocolo familiar*. Respecto a sus diferentes aspectos o perfiles, de los que existe una ya muy numerosa bibliografía, remito a la doctrina especializada [v., por todos, F. VICENT CHULIÁ]. Aquí lo que es prevalente del denominado “protocolo familiar” es su especial incidencia y efectos *en el concreto ámbito sucesorio*.

En el “9.º Congreso Notarial Especial” de 2005 se ha tratado también del “*protocolo familiar*”. Se puso allí de relieve que:

“El protocolo podría ser un instrumento muy útil para la empresa familiar si se adaptase al ordenamiento jurídico español, dado que es de procedencia extranjera”; y “El protocolo familiar es un contrato opcional, poco jerárquico, anglosajón y de moda. Si queremos que supere el estadio de declaración de intenciones para pasar a ser un verdadero acuerdo debería adaptarse al sistema jurídico español” [I. GOMÁ LANZÓN].

Más que una herramienta es una caja de herramientas, en la que se compendian numerosos instrumentos, jurídicos (unilaterales, bilaterales, plurilaterales) con distinto grado de eficacia y se mezclan cuestiones onerosas y gratuitas, sucesorias y mercantiles [I. GOMÁ LANZÓN].

Consecuentemente, en las *conclusiones* acerca de este tema en el 9.º Congreso precitado, se dice que:

“En opinión del Notariado español, los protocolos familiares son instrumentos útiles, en tanto sean eficaces para organizar la empresa familiar y para asegurar su conservación y continuidad, siempre que se ajusten a los requisitos de fondo y forma de nuestro ordenamiento jurídico.”

Los *protocolos familiares* tienen, a su vez, como complementos indispensables *otras dos instituciones*: el testamento y los estatutos sociales. De todo ello me he ocupado en otros lugares, no pareciendo ahora oportuna la extensión del discurso.

Una visión crítica de esta figura *desde el punto de vista mercantil* es la que presentó en el citado “9.º Congreso” el profesor J. BISBAL MÉNDEZ, que, al referirse al protocolo familiar, dice:

“Este instrumento merece una atención especial. En primer lugar, para no sobredimensionar su virtualidad. En segundo lugar, para no tratarlo conceptualmente al margen de los estatutos: su diseño debe plantearse teniendo en cuenta su naturaleza contractual, compartida con éstos. Además, *el protocolo familiar* no puede utilizarse como una *deconstrucción* de los estatutos.”

4. Una vez expuestas las formas habituales de presentación de las “empresas familiares” y las medidas más adecuadas para su mantenimiento y conservación, parece oportuna una consideración de estas categorías jurídicas desde la perspectiva dogmático-jurídica.

V. Situación actual de las categorías (figuras) jurídicas precitadas desde la perspectiva dogmático-jurídica

Una vez expuestas las consideraciones preliminares, la relación proposicional entre las figuras propuestas en el título, la dimensión o perfil de todas ellas en el ámbito jurídico-privado, y el gran tema de la transmisión *mortis causa* de la empresa –*genéricamente expuesto*–, parece oportuno presentar aquí una panorámica de la situación actual de las categorías (figuras) jurídicas precitadas desde el punto de vista de la dogmática jurídica.

En el sentido expuesto, presento una diferenciación previa entre esas categorías (figuras) jurídicas utilizadas [en sentido genérico] y la consideración especial del punto referido a la actividad de “arbitración” desarrollada por el cónyuge. Todo ello en la forma que subsigue.

1. Las categorías jurídicas utilizadas [genéricamente hablando].

Respecto de esas categorías (figuras) jurídicas, aquí utilizadas en su amplio sentido, y concretadas en los grandes temas seleccionados [empresa familiar, fiducia sucesoria, sucesión contractual], la exposición que voy a efectuar no se aleja demasiado de un planteamiento tópico en el sentido usual del término. Quiere ello decir que no se procede a una visión desde la perspectiva realista-crítica, que, a mi parecer, iba a exigir una profundización en los argumentos necesarios que no entiendo oportuna en este lugar.

A) El tema de la empresa familiar.

1. La denominada “empresa familiar” es objeto de una temática especial en casi todos *los foros jurídico-notariales* desde hace muchos años, y en concreto ha sido la problemática-base del reciente “9.º Congreso Nacional del Notariado” celebrado en Barcelona el pasado mes de mayo de 2005.

Observan los autores [J. M.ª DEL VAS GONZÁLEZ, F. VICENT CHULIÁ, J. P. FERNÁNDEZ GIMENO, M.ª J. REYES LÓPEZ, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA]:

Que el análisis del tema suele efectuarse desde muy variados puntos de vista y reviste una gran relevancia económica y jurídica; que es difícil proceder a la definición de “empresa familiar” dada la complejidad derivada de la inclusión de combinar elementos civiles, mercantiles, administrativos, laborales y fiscales, y que la importancia del tema ha motivado el estudio de la misma efectuado parlamentariamente.

Ha analizado con exactitud la materia de la familia empresaria y los posibles instrumentos para su estabilización J. M.^a DEL VAS GONZÁLEZ, que entiende que

“un adecuado tratamiento de este tema obliga, de antemano, a contextualizarlo convenientemente, procediéndose, en primer lugar, a determinar qué se entiende por «empresa familiar», a esquematizar las distintas configuraciones que de esta empresa se pueden encontrar en nuestra realidad social y a *compendiar*, en términos generales, los problemas específicos que para ella se derivan, fundamentalmente, de la insuficiencia del marco legislativo vigente en la actualidad. Entre esos problemas adquiere especial relevancia la permanencia en el tiempo y consolidación de la «empresa familiar», para el que trataremos de aportar distintos instrumentos de estabilización”.

Indicadas previamente la complejidad y dificultad de proceder a una definición de la “empresa familiar”, se ha dicho que esa dificultad deriva de que “las empresas se hallan incardinadas en una realidad sujeta a tantas mutaciones socio-económicas que, con frecuencia, las definiciones articuladas quedan rápidamente desfasadas” [G. MUÑOZ DE DIOS].

Me parecen de relevante interés las matizaciones que, a este respecto, presentan los diferentes autores que se ocuparon de este tema, v. gr.:

“Hay que distinguir variados supuestos fácticos, atendiendo tanto a la titularidad, como a la composición objetiva, a las finalidades de la empresa, a su forma jurídica, partiendo desde luego de la premisa base, que ante una empresa *propriadamente dicha* nos hallamos.— Hay evidentemente que aclarar conceptos y para ello concretar los supuestos. En esta línea de pensamiento existe ante todo un supuesto de empresa familiar típico; cuando un cabeza de familia da entrada a su cónyuge y a sus hijos nutriendo el fondo social con los elementos patrimoniales afectos al negocio mercantil que antes explotaba como empresa individual” [V. M. GARRIDO DE PALMA].

“Las características peculiares de la empresa familiar pasan necesariamente por la interrelación entre los intereses familiares o personales del fundador y los de la empresa, afectando normalmente a tres elementos o aspectos que han de tenerse en cuenta: las relaciones personales entre los socios (elemento familiar), la titularidad de las partes sociales (elemento propiedad) y la gestión social (elemento poder); cada uno de ellos con una problemática singular, pero vinculados en última instancia, al objetivo común de resolver el tránsito generacional y con ello, la viabilidad en el futuro y conservación de la empresa” [A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA].

A la doctrina mercantilista debemos las más exactas y convincentes aproximaciones a esta realidad implícita en la noción de “empresa familiar”. Así, en la dicción del profesor F. VICENT CHULIÁ, se expresa que:

“El término «empresa familiar» engloba una realidad muy variopinta susceptible de revestir cualquier forma jurídica que vaya desde la persona física o empresario individual hasta la persona jurídica societaria o sociedad mercantil, en su más variada tipología”; “no existe un concepto unívoco, ni jurídico ni económico, de «Empresa Familiar»”; “el concepto de «empresa» es plurívoco. En principio, puede significar cuatro conceptos o realidades distintas: Empresa-sujeto organización; Empresa-establecimiento; Empresa-patrimonio; y Empresa-actividad [sustancialmente idéntica esta distinción a la que propone el maestro J. GARRIGUES]. La Empresa-sujeto-organización es la más importante de las cuatro nociones”.

“En principio, esta organización socioeconómica trata de armonizar *dos importantes instituciones sociales, regidas por distintos valores*, a veces antagónicas: una, la Empresa, que se rige por la competencia, el rendimiento y los resultados, y otra, la Familia, que se rige por la protección y la lealtad”; *partiendo de una definición amplia de empresa* [SÁNCHEZ GIL: “«unidad relacionada de producción», que establece generalmente en su interior una relación de grupo, que puede ser: familiar, asociativa o de salariado y ello por debajo de la forma jurídica adoptada: por ejemplo, un empresario individual puede establecer con los miembros de su familia estos tres tipos de relación, familiar, asociativa y de salariado”], “podemos contemplar las diversas *clasificaciones* que se han dado de la misma. Una clasificación cuatripartita distingue entre Empresa familiar doméstica, tradicional, ampliada y abierta.— Teniendo en cuenta la doble tipología social y jurídica, cabe contraponer, de una clasificación bipartita, *dos grandes conceptos de Empresa Familiar*: 1.º) Por un lado, el concepto de «Microempresa familiar», entendida como *pequeña comunidad de trabajo no asalariado en actividades que exigen escasa inversión de capital* [su forma jurídica suele ser la del empresario individual] ... 2.º) En segundo lugar... existe el concepto de «Empresa Familiar, en el sentido amplio, que interesa al Derecho Mercantil (la «Sociedad Familiar»)”.

Estas precisiones y consideraciones de la doctrina mercantilista que se ha ocupado del tema de la “Empresa Familiar” parecen, a mi juicio, suficientes y de interés.

2. Todas las argumentaciones precitadas en torno al debatido concepto y configuración jurídica de la “Empresa Familiar”, a mi juicio, parece tienen su más adecuado tratamiento en el *ámbito del Derecho Mercantil*, al que aquí se remite [v., por todos, F. VICENT CHULIÁ].

Ha sido muy meritorio el esfuerzo de algunos notarios [v., por todos, V. M. GARRIDO DE PALMA] y algunos civilistas [G. GARCÍA CANTERO] consistente en la tarea de *ubicar* a la denominada “Empresa Familiar” dentro la tradicional sistemática civilista, anclada en la preocupación dog-

mático-jurídica acerca de la posible delimitación conceptual de esta realidad diaria dentro del sistema del CC.

Así, en tal sentido, los autores civilistas intentan detectar *rastros* de la noción en el CC [arts. 475-párr. 2.º, 1.903-párr. 4.º, 1.056-párr. 2.º] y encuentran numerosos términos *sinónimos* [“explotación agrícola, industrial o fabril”, “explotación industrial o mercantil”, “establecimiento o empresa”], sobre todo a partir de la reforma en 1981 del CC [art. 1.347-5.º, en sede del régimen de gananciales, objeto de innumerables comentarios doctrinales, en los que aquí no voy a entrar]. La reconducción a la configuración *en sentido objetivo* de la empresa como “establecimiento” parece, por lo tanto, inevitable. De ahí a la delimitación de la noción como una “*universitas facti*”, a incluir dentro del LIBRO SEGUNDO del Código en su TÍTULO I (De la clasificación de los bienes), sólo media un paso forzado dogmático.

Ante esta tesitura no resulta extraño la agudeza e intuición del malogrado profesor J. L. LACRUZ BERDEJO, que parece inclinarse hacia una concepto de la “empresa” más económico que jurídico [en la línea tradicional, expuesta por el maestro J. GARRIGUES].

Recoge esa misma reflexión J. J. RAMS ALBESA, concluyendo que el legislador [CC] no ha pretendido formular un concepto específico de empresa, noción fundamentalmente económica. Entiende que este término es *un concepto jurídico indeterminado*.

En el ámbito estrictamente *civilista* parece que las reflexiones precedentes, dogmáticamente hablando, no dan para más.

3. Tiene que tomarse el término “empresa familiar” como uno de tantos *términos tópicos* [“mostrencos”, en feliz idea de J. L. VILLAR PALASÍ] utilizados por los autores. Si se concibe, en el sentido propuesto por RAMS ALBESA, como propio “concepto jurídico indeterminado”, habrá que precisar cuál es la noción clave dentro del mismo: ¿la idea de “empresa”?, ¿el calificativo “familiar”? La respuesta no parece sencilla. Si nos atenemos a la configuración dada por HECK en orden a tal categoría de conceptos, habrá que deslindar en ese término, de un lado, el “núcleo conceptual”, y, de otro lado, el “halo conceptual”: ¿cuándo es “núcleo” la empresa y cuándo lo es el tipo familiar? De otro lado, ¿dónde está la indeterminación en cada supuesto? Esa posible delimitación no parece sencilla ni fácil en muchos casos. A tal efecto [como en sentido genérico ya dijera en su día L. DíEZ-PICAZO], la vía preferible será la de analizar los posibles *ejemplos* tomados en consideración. Así, v. gr.:

- Comunidad familiar [*una o varias stirpes*, derivadas de un mismo tronco, en comunidad *incidental* originada por una adquisición *mortis causa* de un “*de cujus*” o tronco común] cuyo objeto consiste en la adminis-

tración, gestión y disposición de bienes muebles e inmuebles adquiridos por el título precitado.

- Comunidad familiar [idéntico título, precitado] cuyo objeto consiste en la urbanización de una finca calificada de “urbanizable”, en la constitución posterior de la “Junta de Compensación” *ad hoc* y en su desenvolvimiento y actuación.

- Comunidad familiar [idéntico título] auto-promotora de la construcción de un edificio sobre un solar edificable y la posterior constitución del mismo en propiedad horizontal.

- Comunidad familiar [título único común, o títulos diversos] cuyo objeto sea la extracción de las aguas negras (fecales) de fosas [comunes, individuales] en fincas rústicas y el posterior transporte, depósito o depuración.

- Comunidad familiar [título único, o diversos] para la perforación en busca de agua y su posterior distribución [con o sin servidumbre de acueducto].

- Comunidad familiar [título único] para la administración, gestión y conservación de los “elementos comunes” de una urbanización: viales, ace-
ras, alumbrado, etc.

- Asociación familiar para la conservación y continuidad de un patrimonio globalmente configurado como típica “universitas” y compuesto de objetos diversos [libros, cuadros, bodega, discos, videoteca...].

- Asociación familiar para la promoción, defensa, mantenimiento y conservación de un legado artístico o cultural.

- Etc.

Serían innumerables, como puede verse, los ejemplos y casos que nos presenta a diario la realidad, de tantos entes y organizaciones sin personalidad jurídica, pero con vínculos funcionales interpersonales entre sus componentes.

Habrà que recordar, con J. GARRIGUES, que la idea de organización, en sí misma, no es objeto de protección jurídica; que, a falta de un concepto legalmente acuñado, no puede darse un concepto jurídico unitario de la empresa; que es imposible encajar a la empresa en los cuadros y nomenclaturas tradicionales del Derecho, y que no puede haber *un concepto jurídico* allí donde falte *la institución jurídica* correspondiente [v. gr., tutela, patria potestad, sociedad].

A lo expuesto por J. GARRIGUES habrá que añadir –*respecto del término “familiar”*– la opinión de los mercantilistas recientes [J. BISBAL MÉNDEZ]:

“Se debe responder antes a la siguiente pregunta: ¿qué valor añade a una empresa, el hecho de que su base personal sea familiar?, ¿cuál es el acti-

vo específico que representa esa base personal? Ante la variedad del paisaje, esta pregunta sólo admite una respuesta: depende.– Depende de cómo sea la familia, de la complejidad de los intereses que concurren y de las expectativas materiales y vitales de sus miembros.– No hay fórmulas preconcebidas al respecto.”

Por otra parte, el mismo J. BISBAL MÉNDEZ recuerda que

“La tutela de la empresa familiar *no* es una provincia de la tutela de la familia, ...= La empresa familiar, *como categoría jurídica*, es de configuración imposible.”

El punto de vista del análisis de la empresa familiar, para este autor, se sintetiza en la palabra *desfamiliarización*.

4. Como *consideraciones concluyentes*, y a la vista de las precedentes aportaciones doctrinales, parece claro que puede afirmarse ahora:

1.º La previa distinción entre los mercantilistas [F. VICENT CHULIÁ] de diversas acepciones (plurivocidad) de “empresa”, siendo la más omni-comprehensiva la de la organización en forma de sociedad mercantil. No existe una noción legal de la empresa familiar, ni de la sociedad familiar.

2.º La reducción operada por los civilistas a una noción restringida de “empresa” como explotación o establecimiento.

3.º La existencia de numerosos *supuestos* en la realidad en los que aparecen subyacentes empresas organizadas, pero *no* en forma de sociedad de capital.

4.º La “empresa familiar”, como categoría jurídica, es de configuración imposible.

5.º No parece posible la existencia de un concepto jurídico donde no exista la institución jurídica correspondiente.

6.º Parece que detrás de la pantalla de la *noción* de “empresa familiar” se encuentra *un concepto jurídico indeterminado*, para cuya delimitación de perfiles, análisis e interpretación, habrá que aludir a la libre apreciación de los tribunales en la tarea básica de su determinación o concreción.

7.º Parece claro que *una cosa* es la existencia –*dato fáctico*– de “empresas familiares” (bien de tipo individual, bien del tipo de sociedad comercial) y *otra cosa* es –*dato jurídico*– la protección de la familia, como tal familia, por el Derecho. Parece lo mismo, pero no es lo mismo. Se trata de planos distintos de la realidad y de la dinámica del Derecho.

B) *El tema de la fiducia sucesoria.*

Este gran tema de la “fiducia sucesoria”, al que los jóvenes tratadistas recientemente vienen dedicando una especial atención y del que me ocupé *in extenso* en mis precitados “comentarios”, exigiría por sí solo *un análisis global* [al que este CONGRESO parece aproximarse en sus objetivos]. Por consiguiente, parece oportuno, a mi juicio, deslindar en mi exposición dos grandes *puntos*: uno (a), referido a la relectura de las argumentaciones doctrinales acerca de la figura; otro (b), dedicado al proceso de reconducción de la figura a una categoría conceptual única. Todo ello se explicita en la forma que sigue:

a) *Relectura de las argumentaciones doctrinales en torno a esta figura.*

1. Hacer en este lugar una relectura *íntegra* de todas las aportaciones doctrinales en tema de “fiducia sucesoria” nos llevaría demasiado lejos en este momento. La finalidad última de esta ponencia requiere una exposición sucinta. Al jurista atento que quisiera profundizar en la materia me permito remitirle a la variada exposición omnicompreensiva *inter-territorial* (antes, *inter-regional*) efectuada en mis “Comentarios a la Compilación de Baleares”. En este lugar tan sólo apunto a la posible aplicación al específico caso de la llamada “empresa familiar”.

A las múltiples variedades y formas de aparición entre nosotros de la “fiducia sucesoria” se habían ya referido numerosas aportaciones doctrinales de los civilistas (foralistas o no) españoles. De ellos he dado cuenta en mis “Comentarios” precitados.

Mas, a mi entender, la primera vez que en la literatura jurídica española se habla en concreto de la “**fiducia sucesoria**” —entendida en su tradicional versión de la “*fiducia testamentaria*”— es en una sentencia ejemplar debida al magisterio de don José CASTÁN TOBEÑAS, de la que en este lugar reproduzco *el fundamento jurídico TERCERO*, como sigue:

“Considerando que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones, según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimen-

to de determinadas disposiciones (legados, cláusulas *sub modo*, fideicomisos, donaciones *mortis causa* con transmisión fiduciaria, etc.), o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, *confiando* a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza).”

A la citada exposición magistral de la figura aquí en examen habían seguido, en sentido cronológico, *las normativas civiles territoriales [antes, “forales”]* de los diversos ordenamientos civiles hispánicos, normativas en las que *en especial* se mencionaba expresamente o se aludía al punto de la “fiducia sucesoria”. Así, v. gr.:

- 1) CDC de Vizcaya y Álava de 1959 [Título III, Capítulo II, arts. 15 a 20].
- 2) CDC de Cataluña 1960 [Libro II, Capítulo II, arts. 115 y 116; y Capítulo III, arts. 118 a 121].
- 3) CDC de Baleares de 1961 [Libro I, Título II, Capítulo III. De la sucesión testada, arts. 18 al 23; Libro III, Título II, Capítulo III, De la sucesión testada, art. 77].
- 4) CDC de Aragón de 1967 [en su Título IV, arts. 110 a 118].
- 5) CDC (Fuero Nuevo) de Navarra de 1973 [Título 5, art. 151 –y la indicación nominal al margen–; Título XI, arts. (Leyes) 281 a 288; y Título XII, arts. 289 a 295].
- 6) LDC de Baleares de 1990 [Libro I, Título II, Capítulo III, Sección 1.^a, arts. 18 a 23; Libro III, Título II, Capítulo III, art. 71].
- 7) Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña de 1991 [Título III, Capítulo IV, arts. 148 a 153].
- 8) LDC País Vasco de 1992 [Título III, Capítulo I, Sección 3.^a, arts. 32 a 48].
- 9) LDC Galicia de 1995 [Título VIII, Capítulo III, Sección 3.^a, arts. 141 a 143].
- 10) LSCM de Aragón de 1999 [Título IV, Capítulos I a IV, arts. 124 a 148].
- 11) LDC País Vasco de 1999 [Fuero Civil de Guipuzkoa: Libro III, Título III, Capítulo II, arts. 164 a 171].

Interesa aquí poner de relieve en este momento y lugar que resultaría una labor excesiva replantear toda esta temática en función de la muy extensa literatura jurídica hispánica proveniente de antiguas Regiones Forales [hoy devenidas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio], que, a su vez, se corresponde con las muy numerosas y extensas

reformas legislativas introducidas en las antaño llamadas “Compilaciones Civiles Forales”.

2. Precedentes de esta figura.

Me he referido en particular al origen probable de esta figura en otro lugar, precitado. Cabe así hablar: de un origen *mediato* (remoto) de probable tronco o raíz común alto-medieval o anclada en los usos del Derecho romano-vulgar o de alguna práctica visigótica del tipo de la *donatio post obitum* [así, en RUBIO, Von SCHWERIN, G. VISMARA], y de un origen *inmediato* (próximo) de ascendencia catalana situada en el Pirineo Lerdano.

3. Concepto.

Una noción de esta figura, de obvia polimorfía ya aludida, ha sido presentada por casi todos los autores que se ocuparon de ella. De las exposiciones doctrinales creo muy exacta aquella que dice así:

“Desde la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la doctrina ha venido reconociendo la utilidad dogmática de la “fiducia” para encuadrar bajo un mismo *nomen iuris* una serie dispar de instituciones tanto de Derecho común como forales: el testamento por comisario, los herederos distributarios, las llamadas cláusulas de confianza, las cláusulas *sub modo*, los herederos o legatarios de confianza, la fiducia continuada y los fiduciarios –comisarios, el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, etcétera. Tampoco ha dejado de llamar la atención a nuestra doctrina la relativa proximidad de otras figuras del Derecho nacional y comparado, tales como singularmente son los legados, el albaceazgo, el *trust* del *Common Law* o instituciones como el *Treuhand* o *Salman* del Derecho germánico.-...=

El núcleo dogmático de la fiducia: caracteres.

Interesa, si no una definición, al menos desvelar, bajo la aparatosa heterogeneidad institucional, un núcleo mínimo conceptual, pues de lo contrario deberíamos concluir que la fiducia no es más que un puro *nomen* carente de valor sustancial.

En mi opinión, caracterizan a aquélla las siguientes notas:

- a) Ser un negocio jurídico *mortis causa*.
- b) Atributivo a una o varias personas (fiduciarios o confidenciarios) de una titularidad sobre bienes o derechos del caudal relicto del disponente.
- c) El encargo de aplicación de dichos bienes al destino confiado.

Adviértase la analogía sustancial con la definición de *trust* del hasta ahora proyecto de la Convención de La Haya sobre Derecho internacional privado de *trust* en su artículo segundo: «(...) the term ‘trust’ refers to the legal relationships created –inter vivos or on death– by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of beneficiary or for a specified purpose. (El término *trust* hace referencia a relaciones jurídicas creadas *inter vivos* o para después de la muerte por una perso-

na, el constituyente, cuando bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en beneficio de un tercero el fideicomisario o para un propósito específico)» [L. FERNÁNDEZ DEL POZO.]

4. Modalidades.

En una contemplación panorámica descriptiva muy completa, dibuja A. NÚÑEZ IGLESIAS el cuadro siguiente:

“La terminología ha sido, en verdad, fuente de dificultades desde el principio; y, con ella, la delimitación de los conceptos. Parece útil, pues, catalogar y nombrar ahora, en un breve cuadro –algo así como un retrato de familia–, las distintas clases de confianza susceptibles de recaer en un tercero; y ello, con base en el criterio más radical: el grado de poder atribuido. Las especies que resultan son las siguientes:

1.^a El testamento por comisario o testamento *in dispositione alterius* (o, para los que objetan que el comisario no siempre otorga un testamento en sentido estricto, «disposición por comisario»). En él se atribuye la *dispositio*, la *ordinatio*, a distintos niveles:

a) Al *liberum arbitrium* o *plena voluntas*. Aquí, el comisario no tiene otros límites que los propios del testador: las legítimas, por ejemplo. Pero este grado de atribución sólo fue permitido por el Derecho común, para disponer *ad pias causas*.

b) A la cláusula *si Titius in Capitolium ascenderit*, permitida también por el Derecho común.

c) Al arbitrio *boni viri*. Es el caso del comisario de la Ley 49/1981 y el del comisario vizcaíno.

d) A la elección *in incertum de certis* o distribución, combinada o no con el arbitrio *boni viri*. Es la posibilidad más admitida por el Derecho común y por los derechos actuales. Aquí se encuadran las cláusulas de confianza catalana, la «fiducia sucesoria» aragonesa, la disposición por medio de «distributivo» o «distribuidor» balear, y los supuestos de los artículos 671 y 831 del Código civil.

2.^a La disposición fiduciaria o herencia de confianza. En ella se abandona la *declaratio*. Es la institución admitida en el artículo 118 de la Compilación de Cataluña y en la Ley 289 de la Compilación de Navarra; y la prohibida en el artículo 785.4.º del Código civil.

3.^a La facultad de hacer la partición hereditaria, cuya atribución a tercero es admitida por el artículo 1.057 del Código civil.

4.^a La ejecución testamentaria.

Pero queda por hacer otro cuadro; éste, desde el punto de vista de la relación del comisario con los bienes hereditarios. Bajo este aspecto existen las siguientes posibilidades, dentro de la disposición por comisario:

1.^a Que el comisario sea intermediario de la transmisión. Esta posibilidad, que es la originaria, ha admitido históricamente, y admite hoy, las siguientes variedades:

a) Que el comisario sea un intermediario real, es decir, un titular de derechos reales sobre el patrimonio hereditario, de modo interino. Esta situación se produce, normalmente, a través del usufructo. Pero ese usufructo puede ser, a su vez, expreso o tácito.

a') El caso de un usufructo expreso es el contemplado para el comisario de la Ley 49/1981; así como para el distribuidor de Mallorca y Menorca, aunque en estas dos islas, cabe que el intermediario sea también propietario.

b') El caso de un usufructo tácito es el de la cláusula de confianza catalana, anterior a la actual Compilación; y el del testamento por comisario vizcaíno, cuando el comisario es el cónyuge sobreviviente, según la interpretación más admitida.

b) Que el comisario sea un intermediario formal, o sea, un sucesor aparente del causante. Es el caso de la cláusula de confianza catalana actual, y de la cláusula de confianza de Ibiza y Formentera.

2.^a Que el comisario no sea intermediario de la transmisión. Esta es la situación admitida por la doctrina castellana anterior al Código civil, y por ese mismo cuerpo legal, al considerar al comisario como a mandatario del causante."

5. Naturaleza.

Recoge J. L. MERINO HERNÁNDEZ las diferentes teorías en torno a la "delegación sucesoria" implícita en la figura aquí examinada, en la forma que sigue:

"a. Teoría de la representación.

b. Teoría del negocio jurídico «*per relationem*».

c. Teoría de la titularidad de disposición. Mantenido por el maestro ROCA SASTRE, seguido por L. FERNÁNDEZ DEL POZO y C. I. ASÚA GONZÁLEZ.

Prácticamente compartida, aun sin manifestarlo explícitamente, por muchos autores españoles.

d. Teoría de la voluntad integradora. Defendida para Cataluña por el profesor L. PUIG FERRIOL, y seguida aparentemente por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA y C. I. ASÚA GONZÁLEZ.

Esta posición, prácticamente *mayoritaria* entre nosotros es explicitada recientemente por los más caracterizados autores (catalanes o no).

e. Teoría de la subrogación personal o subjetiva. Es la posición –al parecer– de la SAT Zaragoza de 6 abril de 1954, y la mantenida por J. L. MERINO HERNÁNDEZ.

Crítica de las distintas teorías.

Con su habitual rigor y análisis exhaustivo ha procedido J. L. MERINO a un examen en profundidad de las distintas argumentaciones doctrinales y de las normativas hispánicas vigentes, en su cotejo con la *fiducia sucesoria aragonesa típica* –cotejo que entiende aplicable a la figura homóloga de Ibiza-Formentera–.

Para definir la verdadera naturaleza de la fiducia.

En ésta yo creo que el negocio sucesorio es uno, actuado por dos diferentes voluntades –la del comitente y la del fiduciario–, pero no en el sentido de existir una voluntad principal –la del causante– auxiliada o integrada por una voluntad subsidiaria –la del fiduciario–, sino con el criterio de la existencia de dos voluntades principales que se suceden en el tiempo y se superponen en lo sustantivo, para conformar entre ambas una sola y única voluntad. Creo, por ello, que en la fiducia sucesoria aragonesa el fenómeno jurídico que se produce es el de una «subrogación subjetiva» o «subrogación personal», en virtud de la cual el fiduciario se coloca o se subroga en la posición jurídica del causante para actuar sucesoriamente «como si de éste se tratara» (es lo que escuetamente defendía la Audiencia Territorial de Zaragoza en su sentencia de 6 de abril de 1954).”

6. Estructura (Presupuestos de constitución de la figura).

a. Presupuestos personales.

1. En general.

La doctrina suele referirse a los diferentes elementos personales que en la figura de la fiducia intervienen con terminologías distintas:

- Comitente - fiduciario: J. L. MERINO HERNÁNDEZ.
- Fiduciante - fiduciario - beneficiarios: L. FERNÁNDEZ DEL POZO.
- Disponente (comisario) - beneficiarios: M. A. PÉREZ ÁLVAREZ.
- Distributivo (fiduciario) - designado (elegido): L. PUIG FERRIOL.
- Fiduciario - elegible: M. GARRIDO MELERO.
- Concedente - arbitrador - destinatario: J. CERDÁ GIMENO.

2. Capacidad del fiduciario.

Dedica amplias consideraciones a este punto J. L. MERINO HERNÁNDEZ, planteando varias *cuestiones* al respecto: *una*, la de qué clase de capacidad es la requerida para ejercer la fiducia, y *otra*, la de en qué momento debe existir la misma.

Señala MERINO HERNÁNDEZ que toda esta materia ha sido muy escasamente tratada, ni en la doctrina, ni en los diferentes ordenamientos civiles españoles. Mantiene el autor citado, en orden a la problemática aludida, las siguientes posturas, aquí resumidamente expuestas:

- Debe exigirse el requisito de la mayoría de edad a todo fiduciario.
- El fiduciario no debe estar incurso en ninguna suerte de incapacidad.
- El momento en que esa capacidad debe exigirse habrá de referirse al del fallecimiento del causante (comitente).

• En el supuesto de que el ejercicio de la fiducia quedare *diferido* a un momento posterior [supuestos de cónyuge viudo, o de establecimiento por el comitente de un plazo o de supeditación a una condición suspensiva], plantea el caso de que el fiduciario carezca de capacidad al tiempo del fallecimiento del causante, pero sí la tenga en el momento en que la fiducia deba ser ejercitada. A su vez, distingue posteriormente varios posibles supuestos.

- La incapacidad del fiduciario determina la extinción de la fiducia: lo que provocará la apertura de la sucesión intestada.

3. Vecindad civil del fiduciario.

Es una cuestión ausente, en general, de los comentarios doctrinales, indica J. L. MERINO. Después de la reforma del *artículo 14 CC* [LEY 11/1990, de 15 de octubre], según el cual “el matrimonio no altera la vecindad civil”, y desde su entrada en vigor se están produciendo lo que el ilustre y querido compañero aragonés califica de “matrimonios mixtos”, esto es, aquellos en los que desde el principio de su unión el marido y la mujer mantienen distinta vecindad civil.

Es esta una cuestión que carece de doctrina y de jurisprudencia sólida y establecida, y que se puede plantear en cualquier momento –no sólo en la institución aquí comentada de la “fiducia”, sino también respecto de otras muchas instituciones forales o civiles territoriales–. A tal efecto, parece que la opinión de J. L. MERINO HERNÁNDEZ puede ser compartida: toda la materia concerniente a la “fiducia sucesoria” debe estar referida a la persona del *comitente*, y será la *ley personal* de éste [su vecindad civil] –en concreto, *la ley del momento de otorgar la fiducia*– la que avoca a sí toda la problemática ulterior que pueda surgir en torno a esa “fiducia sucesoria”.

b. Reales.

Al posible *ámbito objetivo* de la fiducia se refieren los distintos autores, a cuyas obras aquí remito.

c. Formales.

A esta materia dedican sus comentarios, con mayor o menor extensión e importancia, los diferentes autores, a donde remito. Procedo aquí a una breve selección en orden a las argumentaciones doctrinales [v. gr., las que apunta D. PÉREZ MAYNAR] en torno a los puntos relativos a las formas de designación de sucesor y a las formas de establecer la fiducia, en el sentido que sigue:

1) *En orden a las formas de designación de sucesor:*

“La atribución debe de ser expresa pero este carácter puede resultar de sus propios términos o ser consecuencia clara del propio acto atributivo..., como consecuencia de este mandado legal no cabe entender que las disposiciones del cónyuge viudo sobre su propia herencia se extienden a la herencia del causante y, en consecuencia, atribuir la cualidad de heredero, o apartar de la herencia, a los descendientes que el viudo llama o aparta en su testamento o heredamiento.

La Ley admite tres formas de efectuar la atribución, el testamento, la escritura pública y el heredamiento. La atribución testamentaria es revocable, las otras dos son irrevocables.”

2) *En orden a la forma de establecer la fiducia* (según el encargo al fiduciario aflore o no al título sucesorio de designación):

Distinguen los autores entre fiducia *expresa* y fiducia *secreta*.

7. Dinámica de la institución.

Distinguía yo en su día en la 1.^a edición de mis “Comentarios” citados la conveniencia de distinguir tres momentos en orden al ejercicio de la facultad atribuida al cónyuge fiduciario. De esta manera, los tres momentos se refieren o bien a la situación de pendencia de tal ejercicio, o bien a su cumplimiento, o bien a su incumplimiento.

De todo lo cual se ha ocupado con solvencia la civilística moderna ya aludida, a la que aquí hay que remitir de nuevo, con las matizaciones –y/o añadidos, en su caso– pertinentes. Procedo, por lo tanto, a esa triple distinción:

a. *Pendiente de cumplimiento:*

Era el supuesto de hecho *específicamente previsto* por el autor en el anteproyecto de 1982, recogiendo una norma similar de la inicial CDC.A. de 1967 (art. 113), precepto que no pasó la “barrera” mallorquina.

Sobre este punto, además de las extensas consideraciones de J. L. MERINO HERNÁNDEZ, aquí aludidas, es interesante traer a colación los argumentos de los autores más significativos y relevantes, como sigue:

— D. PÉREZ MAYNAR:

“Situación de la herencia. Administración.

Hasta tanto se ha efectuado la elección o distribución, la herencia se encuentra sin titular determinado puesto que se ha producido una vocación genérica a determinadas personas pero falta la delación para completar el [–sic–] [parece debe seguir **proceso sucesorio**]. En este intervalo, los descendientes están legitimados para solicitar medidas que aseguren la conservación de la herencia, sin embargo este derecho es puramente teórico porque las acciones de conservación deberían ejercitarse frente al viudo fiduciario, y las posibles consecuencias para el reclamante hacen casi imposible que la reclamación se produzca.

Durante el período de *interinidad* la herencia es administrada con arreglo a lo dispuesto por el causante, completando su voluntad las disposiciones del artículo 143.

A falta de disposiciones del causante el cónyuge viudo administra la herencia a título de curador, sus facultades de administración y disposición son

absolutas con la limitación única de no poder apropiarse de los bienes o de sus frutos, salvo para atender a su subsistencia personal.

Tradicionalmente la cláusula de confianza fue unida al usufructo universal del viudo, hasta tal punto que numerosos autores clásicos defendieron que el usufructo estaba implícito en la cláusula de confianza, el Código adopta el criterio contrario y, salvo disposición expresa del testador los frutos y rentas no consumidos en las atenciones que la Ley señala quedan unidos a la herencia.”

b. Cumplimiento del encargo.

1) Ejecución de la fiducia.

El desenvolvimiento más completo es el del notario J. L. MERINO HERNÁNDEZ, a cuya argumentación al respecto remito, sin perjuicio de traer aquí alguna de sus consideraciones, que estimo relevantes, como sigue:

“Forma de ejecutar la fiducia.

El Artículo 111 de la Compilación determina que los actos del fiduciario en cumplimiento de su encargo «deberán constar en testamento o escritura pública».

.-...=...=

Desde luego, también cualquier tipo de escritura pública “inter vivos” será instrumento válido para el ejercicio de la fiducia. Dentro de ellas merecen especial interés, como instrumentos más habituales en la práctica, el pacto sucesorio en todas sus modalidades y la donación de bienes concretos. Esta última es precisamente la que normalmente se utiliza para ese uso parcial de la fiducia, a que antes me refería, cuando el causante prevé la posibilidad de que su fiduciario asigne algún bien concreto a favor de personas todavía no existentes en el momento de constituir la fiducia, como pueden ser los nietos (luego ampliaré esta materia al tratar del título de adjudicación en fiducia).

En tema de forma, independientemente de los instrumentos a utilizar por el fiduciario, se plantean algunas otras cuestiones que conviene analizar por separado:

A) Ejercicio de la fiducia en testamento propio.

La Compilación, como acabamos de ver, admite que la ejecución de la fiducia se haga en testamento, pero no especifica si éste ha de ser un instrumento destinado exclusivamente a la atribución fiduciaria a favor de los beneficiarios elegidos, o si cabe que el fiduciario haga uso del encargo del comitente en el mismo testamento en el que prevea su propia sucesión hereditaria.

No veo inconveniente alguno para el Derecho aragonés en admitir la posibilidad de que la fiducia, cuando se ejercita por vía testamentaria, se haga en el propio testamento del fiduciario. Es más, en la práctica es un modo habitual de cumplir el encargo fiduciario.

B) Mención expresa de la facultad fiduciaria.

La cuestión que aquí se plantea es la de si, cuando el fiduciario ejecuta

el encargo, debe o no hacer constar expresamente que está haciendo uso de la facultad fiduciaria.

La traigo aquí a colación porque en la práctica no faltan profesionales del Derecho en Aragón que consideran defectuoso el documento en el que el fiduciario ejercita su función sin especificar que lo hace en su calidad de tal.

Yo creo, sin embargo, que se trata de una postura excesivamente rígorista y formalista, que carece de suficiente sustento, ni jurídico, ni legal."

2) *En el aspecto relativo al ejercicio de la titularidad atribuida al fiduciario* son interesantes las aportaciones doctrinales siguientes:

— L. FERNÁNDEZ DEL POZO:

"Una titularidad de disposición. A veces la fiducia sucesoria no inviste al fiduciario de titularidad alguna de disfrute, ni tampoco fiduciaria, sino que le atribuye lo que la moderna doctrina llama titularidad de disposición sin atribución patrimonial: aquella facultad o poder dispositivo que actúa sobre patrimonio ajeno y sin existir representación; es, pues, un supuesto de legitimación indirecta."

— E. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA:

"Todos los Derechos territoriales españoles conocen la posibilidad de delegar la distribución de la herencia con más o menos amplitud; esta posibilidad viene establecida en un principio por una economía agraria familiar y de baja producción, que hace necesario poner al frente de la misma a la persona con mayor preparación para ocupar el puesto de director de la explotación; por ello ocurren a veces determinadas circunstancias que obligan a dejar para más adelante el nombramiento del heredero y la distribución de los bienes, a fin de que se verifique la elección en mejores condiciones y con mayores medios de apreciación; ello ha supuesto un fortalecimiento de la posición del cónyuge supérstite y en algunos casos de otros parientes con la función de asistencia de aquél o de creación de un órgano colegiado.—...=

Para distinguir la fiducia sucesoria de otras afines, es preciso diferenciarla de otras legislaciones forales que recogen la figura del comisario con mayor o menor amplitud y de aquellas que tienen una función que cumplir en la participación de los bienes. Para ello es preciso partir por un estudio de la naturaleza jurídica del encargo conferido por un comitente, y para ello LACRUZ ha realizado una estupenda disección de la institución estableciendo que el encargo no es en sí un mandato, al no tratarse de un contrato, sino que es siempre una ordenación unilateral no aceptada ni vinculante hasta después de la apertura de la sucesión; no es ésa la orientación que recoge la sentencia de 6 marzo 1965 que la considera como una institución muy semejante al mandato.

—...=...=

Con todo lo expuesto, entiendo que queda clara la idiosincrasia de la institución al tratarse de un cargo de confianza cuyo ejercicio se resuelve en una actividad de arbitración. He dicho al principio de este epígrafe que to-

dos los Derechos forales españoles conocen la posibilidad de delegar la distribución de la herencia; la distinción entre unos y otros viene enmarcada por la amplitud que se les atribuye.”

3) *En el aspecto relativo al encargo asignado al fiduciario* parecen, a mi juicio, de interés las siguientes consideraciones:

— L. FERNÁNDEZ DEL POZO:

“*El encargo*

La diversidad de encargos confiados a la fe del fiduciario es tan grande que es imposible su enumeración, pero pueden agruparse como sigue:

a) Encargo de restitución: comprensivo de dos obligaciones impuestas al fiduciario: conservar los bienes o derechos atribuidos y transmitidos al/los fideicomisario/s.

La posición del gravado de restitución puede ser más o menos robusta, según el título: puede o no disfrutar del caudal fideicomitado, puede o no ser relevado de fianza o de la obligación de conservarlos, puede, además, atribuírsele la facultad de elección de eventuales fideicomisarios, puede o no tener derecho a la *quarta*.

b) Encargo de elección y/o distribución; en estos casos se le faculta para que determine los beneficiarios ora libremente o, como es mucho más frecuente, entre un círculo de presuntos beneficiarios determinados por la ley o el disponente. Por ejemplo, el encargo de elegir heredero o legatario, de elegir entre herederos o legatarios de quedar a su arbitrio la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, de ordenar la sucesión *in loco testatoris*.

En estos casos el *iter* transmisivo es muy complejo: fallecimiento del causante; apertura sucesión; delación al confidenciario; situación de pendencia; aceptación de la confianza; ejercicio de la facultad conferida; delegación al nombrado; situación de yacencia; aceptación o repudiación herencia o legados:

—...=...=

c) Encargo de aplicación, gestión o inversión. Aquí se aproxima mucho la figura del fiduciario a la de un gestor de negocios ajenos o un mandatario *post mortis*, debiendo administrar los bienes o derechos confiados a su control:

— En interés de persona cierta y determinada (por ejemplo, heredero administrador en beneficio del fideicomisario).

— En interés de persona susceptible de determinación (por ejemplo, la persona que fuera director de cierta sociedad, el nieto o nieta que primera case, la persona que le cuidare en su última enfermedad, el más joven de los hijos, etc.).

— En interés de fin lícito y honesto, determinado o determinable y posible; en este caso, mientras se satisfaga su propósito les es indiferente al disponente quiénes en definitiva sean los beneficiarios (personas inciertas interesadas) o incluso no habiéndolas.—...

En este caso el problema principal reside en hallar quién sea el legitimado para reclamar el diligente cumplimiento, responsabilidad y rendición de cuentas.”

c. *Incumplimiento del encargo (inejecución de la fiducia).*

Procede la extinción de la fiducia. Para un desenvolvimiento completo, remito, por todos, a la monografía de J. L. MERINO HERNÁNDEZ, que contempla y analiza los *supuestos* siguientes:

- Nuevo matrimonio del fiduciario.
- Vida marital de hecho del fiduciario.
- Nulidad matrimonial, separación y divorcio de comitente y fiduciario.
- Hijo no matrimonial del fiduciario.
- Conclusión del plazo establecido.
- Muerte, imposibilidad o incapacidad del fiduciario.
- Renuncia del fiduciario.
- Indignidad sucesoria del fiduciario.
- Sobreveniencia de causas pactadas en el documento de constitución de la fiducia.
- Revocación de la fiducia.
- Acuerdo extintivo por voluntad de los beneficiarios.

8. Extinción de la fiducia.

La *regulación* más completa de este punto es la contenida en la LDCF. PAÍS VASCO de 1992, que en su *Artículo 48* establece una enumeración de causas prácticamente exhaustiva. Al comentario del precepto por los autores especializados, aquí remito.

9. Interpretación e integración de la institución.

Conforme a la LEY 281 F.º N.º de NAVARRA “la interpretación e integración de la voluntad del causante debe ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia”, precepto que la especializada autora C. I. ASÚA GONZÁLEZ entiende que:

“Ciertamente, en la fiducia sucesoria la interpretación e integración de la voluntad del causante debe ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia (ley 281), y cabe pensar que ambas pautas vayan en el sentido de circunscribir los sujetos elegibles al núcleo familiar.”

b) *El proceso de reconducción de esta figura a una categoría conceptual única.*

1. Hasta este momento se ha expuesto en el apartado precedente el conjunto de aportaciones doctrinales que versan sobre la “fiducia sucesoria” *desde una perspectiva dogmático-conceptual* y su correspondiente ubicación sistemática dentro de nuestro Derecho Sucesorio actual.

Interesa ahora el considerar la figura de la “fiducia sucesoria” *desde una perspectiva institucional*, habida cuenta de que todo concepto jurídico se corresponde con una concreta institución.

Téngase en cuenta, por otra parte, que la intuición y perspicacia de algunos *maestros civilistas* [LACRUZ BERDEJO, PUIG FERRIOL] ya habían apuntado en su día la idea de reconducir la figura aquí examinada al área *institucional*, aludiendo a la inclusión dentro de un *subtipo* de institución de heredero: sea la de designación de sucesor al arbitrio de tercero [LACRUZ BERDEJO: dentro del *tipo genérico* de las que denominó “formas unilaterales de disposición sucesoria distintas del testamento”], sea la de designación de heredero por vía confidencial [PUIG FERRIOL].

2. Básicamente de acuerdo con este *planteamiento institucional*, J. B. VALLET DE GOYTISOLO había configurado su análisis del Derecho Sucesorio y de la institución de heredero, completando su examen con la distinción entre las que denomina “**instituciones-dique**” [prohibiciones legales, legítimas (individuales, colectivas), mejoras, derechos viuales, reserva viual clásica, reserva lineal, los límites de “no más que...”, reversión legal, limitaciones cualificativas de la persona del sucesor de determinados bienes o patrimonios especiales] y las “**instituciones cauce**” [institución de heredero, legados, *instituciones fiduciarias*, sustituciones, vinculaciones, llamamientos en usufructo, prohibiciones de disponer, limitaciones y modalidades (condición, plazo, modo) de las disposiciones testamentarias] en orden a la designación de sucesor *mortis causa*.

Al tratar VALLET DE GOYTISOLO de las que denomina “**instituciones fiduciarias**” sienta como premisa la multivocidad del término “fiduciario”. A continuación pone de relieve el notable desarrollo que tuvo en Roma la *fiducia mortis causa* [desde una *fiducia plena*, pasando por una *fiducia formal* (como era la resultante del *testamentum per aes et libram*, atribuida al *familiae emptor* con la fórmula de la *mancipatio*, quien debía cumplir las instrucciones –*mandata*– que el testador le daba) y desembocando en otros casos en que la *fiducia* oscilaba entre estos dos extremos. Desde ese remoto origen derivaron una serie de *instituciones* que conservaron más o menos pura la *fiducia* o bien la limitaron en mayor o menor medida.

Dice así VALLET que:

“Al compás en que la ley ha ido recogiendo y positivizando las tipificaciones de los límites impuestos a la *confianza*, ésta queda circunscrita a unos márgenes determinados legalmente. De este modo, podemos distinguir los casos de *fiducia plena* (fideicomisos secretos), *casi plena* (herencia de confianza), *menos plena* (usufructo con facultad de disponer) y *lata* (fiducia de confianza... –en los territorios hispánicos de derecho especial o foral– y usufructos con facultad de designar heredero –en otros territorios–). Por otra parte, se han ido estereotipando, en *figuras típicas, diversas instituciones*, como los fideicomisos secretos y las sustituciones fideicomisarias, el modo, el albaceazgo, la donación *mortis causa*, la reversión convencional de las donaciones y las fundaciones, todas las cuales dejan muy reducido el margen de *fiducia*.”

3. Respecto de *determinados y específicos* supuestos de “fiducia sucesoria”, remito aquí a las excelentes versiones acerca de **instituciones muy concretas**, tales como la “fiducia aragonesa” [J. L. MERINO HERNÁNDEZ], el “testamento por comisario” [A. NÚÑEZ IGLESIAS], la “designación de sucesor por tercero” [C. I. ASÚA GONZÁLEZ] y la “fiducia sucesoria secreta” [S. CÁMARA LAPUENTE].

A este último autor [S. CÁMARA LAPUENTE] se debe la delimitación de la *concreta institución* que llama “confianza sucesoria” [institución que denomina “designación indirecta de los destinatarios del caudal hereditario a través de personas de la máxima confianza del testador”] y de sus variadas *manifestaciones* [manifestaciones que pueden ordenarse de acuerdo con distintos *criterios clasificadores*, según sean: el grado de atribución de confianza, el grado de poder o arbitrio concedido al fiduciario, la relación del fiduciario con los bienes hereditarios (ser intermediario real o no de la transmisión y –relacionado con ello– según el título con que se le invista respecto a los bienes), la relación con el personalismo en las disposiciones testamentarias, la licitud y la existencia –o sus contrarios– en el ordenamiento jurídico español actual, y muchos otros].

El autor precitado aplica conjuntamente los criterios del grado de arbitrio en la elección de heredero y de la confianza depositada –dentro de cada módulo–, aludiendo sólo a las *instituciones legalmente existentes*. Resulta así el siguiente *catálogo* sintético de estas figuras, con su respectiva referencia legislativa:

“• A. Confianza sucesoria *«sensu stricto»*:

a) Con facultad «omnímoda» de elegir heredero (arbitrio aceptado, *boni viri*): Testamento por comisario del País Vasco (arts. 32-48 LDC de 1992).

b) Con facultad de instituir heredero o distribuir la herencia entre las personas designadas por el testador (arbitrio restringido):

b') En el Derecho Foral: Baleares (arts. 18-23 en Mallorca y Menorca –heredero distribuidor– y art. 71 en Ibiza y Formentera –fiducia sucesoria a favor del cónyuge–); Cataluña (arts. 148-149 y 201-202 CSCM); Navarra (Leyes 281-288 y L. 235 –y **Ley 151**–); Aragón (arts. 110-113 y 114-118 CDC 1967; y arts. 124 a 148 (SCM de 1999); País Vasco (art. 33 LDC 1992); y Galicia (arts. 141-143 LDC. 1995: el denominado por la Ley “testamento por comisario”).

b'') En el Derecho Común: cónyuge distribuidor (art. 831 CC); mandatarios de distribución en favor de clases determinadas o por el alma del testador (arts. 671, 747, 749 y 751 CC); comisario para elegir sucesor en la explotación familiar agraria (arts. 23-26 LEEFA de 1981: derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias).

c) Sin arbitrio o con el mínimo margen de arbitrio: fideicomisos puros de tipo romano [arts. 781 y ss. CC; arts. 25-37 Baleares; Leyes 224-239 Navarra]; herencias de confianza [Leyes 289-295 Navarra; arts. 150-153 Cataluña].

- B. Confianza sucesoria «lato sensu»:
 - Sustituciones fideicomisarias y fideicomiso de residuo.
 - Instituciones *sub modo*.
 - Albaceas.
 - Contadores-partidores.
 - Mandato *post mortem*.”
 - Tercero facultado para interpretar la voluntad *mortis causa*.

La clasificación de S. CÁMARA LAPUENTE propuesta aquí se refiere a la que dicho autor denomina confianza o fiducia sucesoria *no secreta*. El desarrollo de su obra se refiere exclusivamente a la confianza *secreta*, en la que incluye a la “herencia de confianza”, que es el núcleo de la obra.

4. Observada la realidad que trasluce bajo estas formulaciones e investigaciones doctrinales, parece detectarse entre nosotros *un dato fáctico obvio*, que apunta al efecto o “vis atractiva” de que cuando un autor procede a fijar la atención en un concepto, categoría o institución concreta, consiguientemente sucede que se incrementa el interés del tema por parte de otros investigadores. Así, entre nosotros, recientemente se ha analizado la **institución de lege data** llamada concretamente por el legislador autonómico como “testamento por comisario” gallego [M. CARBALLO FIDALGO].

Ha precisado esta joven autora civilista que la institución gallega precitada se enmarca *dentro del género* (subtipo) de la fiducia “*de disposición*” y que no se trata de un verdadero “testamento por comisario” tradicional.

Intenta la autora una configuración de la *fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales*, y su aplicación al denominado “testamento por comisario” gallego [aquí *solamente* se recogen las argumentaciones de la autora en orden a la figura que denomina “fiduciario-arbitrador” y en orden a un inicial planteamiento de visión unitaria de la que denomina “fiducia sucesoria de disposición”].

Muestra la autora su conformidad con la formulación de la categoría de “fiducia sucesoria”, sistematizada por J. L. FERNÁNDEZ DEL POZO [definida por éste como “negocio *mortis causa* atributivo a una o varias personas (fiduciarios) de una titularidad de disposición sobre bienes o derechos del caudal relictivo, vinculada al cumplimiento de un encargo de aplicación de tales bienes a un destino determinado”], calificación que es unánime entre los autores foralistas, puesto que todas las figuras de instituciones fiduciarias de disposición típicas de los ordenamientos civiles forales están basadas en este concepto.

Así, en tal sentido, defiende M. CARBALLO FIDALGO que:

“En todas ellas, existe un negocio jurídico *mortis causa* en el que se inviste a una persona de un poder de disposición sobre el patrimonio orientado al desarrollo de la función que se le encomienda, generalmente, la elección de los sucesores y distribución entre ellos de la herencia, con sujeción a las limitaciones establecidas, ora por la Ley, ora por el causante. El tercero desarrolla así una actividad de integración parcial de la disposición última del causante, al determinar con mayor o menor ámbito de decisión el destino último de la herencia. Nos encontramos ante un fenómeno sucesorio reglamentado a través de dos declaraciones de voluntad independientes: aquella por la que el testador confiere a una persona el poder de elegir su sucesor y determinar la cuantía de su derecho..., y la que conforma el acto de elección y distribución por el tercero, en ejercicio de la facultad libremente conferida, declaración independiente que el fiduciario ejerce en nombre propio, complementando e integrando la ley privada rectora de la sucesión”.

Esta categoría unitaria es comprensiva de una amplia gama de *instituciones varias*. La autora precitada añade –a las precedentemente expuestas [S. CÁMARA, por todos]– una *distinción* que entiende básica en función de que **la titularidad de disposición** conferida al fiduciario sea inherente o no a una *titularidad real de propiedad o usufructo* sobre el caudal afecto al encargo. Dice que “Precisamente la *yuxtaposición de un interés propio* sobre el caudal hereditario o *falta del mismo* será el criterio adoptado en la sistematización de las instituciones, distinguiendo las que pudieran agruparse bajo la denominación de “herederos-fiduciarios” de las subsumibles en el tipo de “fiduciarios-arbitradores”.

El punto de vista *comparatista interno* de la autora –posición que anticipé en su día y que, por supuesto, comparto– permite hacer constar la evidencia de los beneficios de ese análisis comparado de las diferentes “instituciones fiduciarias forales”, análisis que nos permite observar diferencias, pero también la existencia de un sustrato común que permite acudir a los sistemas más perfectos en la búsqueda de soluciones.

5. Todas las argumentaciones doctrinales precedentes *desde la perspectiva o planteamiento institucional* parecen, a mi juicio, consolidadas y aceptables. Este punto de vista ya fue el por mi parte adoptado **en 1981** y continuado **en 2002** para mi tarea de exégesis y comentario de los preceptos del LIBRO III de la CDC de Baleares.

Habría que complementar lo expuesto con esa serie de remisiones *parciales* a esos “comentarios” míos en determinados y concretos puntos conflictivos existentes en la práctica al analizar la institución tal como es vivida. En este momento –y por lo que a mi personal experiencia profesional se refiere y, en especial, respecto del Derecho de Ibiza-Formentera– quisiera añadir unas mínimas observaciones o reflexiones acerca de *puntos* muy específicos, como son: la distinción entre el acto de constitución del arbitrio y el acto de realización (ejecución) del arbitrio, los momen-

tos en que se subdivide la ejecución del encargo, el contenido del encargo y el cumplimiento (realización) del encargo.

- *Tanto en lo referente al acto de constitución del arbitrio como en orden al acto de ejecución del arbitrio.* Para las Pitiusas (Ibiza-Formentera), no hay diferencia alguna. Los *cauces idóneos* son: el testamento, la escritura pública y el pacto sucesorio [v. arts. 71, 73-1.º y 75 CDC.BAL.: yo mismo he autorizado escrituras de materialización del encargo otorgadas *unilateralmente* por el cónyuge sobreviviente (usualmente, la viuda)]. No caben, en nuestro caso, las dudas ni las observaciones –ni menos la aplicación analógica (!) del art. 19-2 CDC.BAL.– que nos ofrece M. CARBALLO FIDALGO: puede quedar esta autora tranquila y convencida.

- *Momentos en que se subdivide la ejecución del encargo.* Reitero lo ya expuesto en mis “comentarios” en su día [1981]. O, de otro modo, el ejercicio [y la consiguiente eficacia] de la facultad atribuida al cónyuge viene a sustanciarse en tres variantes o posibilidades: o está pendiente de ejercicio, o se ha ejercitado ya, o se ha incumplido el ejercicio y ya no puede ejercitarse. Parece evidente que *el momento importante*, al que los autores dedican su atención preferente, suele ser *el de la realización, ejecución o cumplimiento del arbitrio por el fiduciario* [v. J. L. MERINO HERNÁNDEZ].

- *El contenido del encargo.*

Ha de reconocerse la agudeza de L. FERNÁNDEZ DEL POZO al precisar la gran diversidad que ofrece este punto y su prácticamente imposible enumeración [con lo que estoy sustancialmente de acuerdo]. Propone la distinción –según vimos– entre encargo de restitución, encargo de elección y/o distribución, y encargo de aplicación, gestión o inversión.

Para M. CARBALLO FIDALGO:

“**La figura del «fiduciario-arbitrador»** [Derechos navarro, aragonés, catalán, vasco y balear (!)] «implica la delegación en favor del fiduciario de la esencia del poder dispositivo *post mortem*, cual es la determinación de la persona y título del sucesor o sucesores, y la fijación del *quantum* de sus derechos. Tales funciones llevarán implícita... la distinción material de los bienes de la herencia entre los sujetos elegidos, en proposición al *quantum* de las cuotas en que lo han sido, resolviéndose cualquier discrepancia entre la institución y partición por las reglas rectoras de la partición realizada por el propio causante. A partir de este núcleo común, las diversas expresiones de los legisladores forales delatan *una mayor o menor amplitud* del encargo, si bien las diferencias entre ordenamientos son a la postre más aparentes que reales, pues en todos pueden llegar a alcanzar similares topes. *En el grado más amplio de la fiducia* se encontrarían los ordenamientos aragonés, balear (!) y vasco.–...= *En un segundo grado* se situarían los ordenamientos catalán y navarro, que optan por establecer sendas relaciones de las facultades del

fiduciario, suscitando la cuestión de su posible extensión a extremos no previstos en las mismas. Sin embargo, el carácter tasado de sus funciones apenas empaña la amplitud de su encargo.—...=”

Observa S. CÁMARA LAPUENTE la gran diversidad de los posibles *contenidos* de la “confianza”, que presenta con visión realista a través del examen de los numerosos casos resueltos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Precisamente subraya cómo esa jurisprudencia ha ido atemperando las rigideces de los artículos 670-671 del CC y considera que el TS ha efectuado hasta el momento una interpretación más bien *benigna* de la tradicional prohibición de la “confianza (fiducia) sucesoria”.

6. De todo lo expuesto se deduce que la figura de la “fiducia sucesoria” permite ser reconducida a una categoría *institucional*.

C) *El tema de la sucesión contractual.*

1. Una visión o perspectiva *tradicional* del gran tema de la “sucesión contractual” es la que suele efectuarse *desde un planteamiento dogmático-jurídico*, a su vez condicionado desde el ámbito sistemático ofrecido por la normativa del CC.

Esa perspectiva *tradicional* era la existente en el momento de procederse a la redacción del vigente CC, influido —como es sabido— por las grandes codificaciones latinas del siglo XIX [CC francés de 1804, CC italiano de 1865]. Enmarcado el tema en esa sistemática codificada, es obvio que para nada aparece en nuestro Código Civil una mención relativa a la “sucesión contractual” en ninguno de sus preceptos, secciones ni títulos.

Respecto de una posible aproximación a la jurisprudencia del TS, he tenido ocasión de examinar en otro lugar un centenar de supuestos litigiosos durante un período que abarca desde el año 1850 al año 2002. Para nada se alude a la “sucesión contractual” en ninguno de los casos resueltos por el TS, ni, por supuesto, existe mención alguna al vocablo en los distintos repertorios, ni en las publicaciones oficiales de las sentencias del TS.

El uso de la *metodología historicista* tampoco aporta ningún dato a la investigación. Esa terminología [“sucesión contractual”] aparece a raíz del anuncio del concurso convocado en 1900 por la Facultad de Derecho de la Universidad Central y del que don Felipe SÁNCHEZ ROMÁN dio cuenta en su obra (en nota a pie de página). Resultado del citado concurso público fueron dos excelentes aportaciones de civilistas españoles, que pusieron al día la materia desde variadas perspectivas: Enrique GARCÍA HERREROS y José CASTILLEJO Y DUARTE. Años más tarde, otra aportación

doctrinal reavivaba el interés por la materia, *desde esa posición metodológico-sistemática*, desde la visión de Cirilo MARTÍN RETORTILLO.

Se ha continuado con un tal *planteamiento dogmático-sistemático* por parte de tratadistas y de autores varios, planteamiento reforzado por el *hecho* de que en todos los concursos y oposiciones a los grandes cuerpos jurídicos del Estado y a la propia Administración Pública aparecía en el temario respetivo un tema –o varios– dedicado específicamente a la “sucesión contractual”. Este dato, desde los “años veinte” del pasado siglo, parece incontestable y merece ser resaltado.

Interesa aquí poner de relieve esa mecánica de arrastre del término y del respectivo concepto (o figura) jurídico, *arrastre tópico* que solamente podía mantenerse desde una posición *teórica* y no ajustada a la realidad.

2. Toda esa perspectiva –que denomino *tradicional*– iba a quedar afectada por la necesaria revisión implícita en la noción de “Derecho Institucional” *presentada ya en 1940* por don Ramón M.^a ROCA SASTRE:

“Es el Derecho que fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas, con las cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo.–...=... hay en el Derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la Historia y de la positividad del Derecho.”

“Existe un Derecho institucional que constituye una fuente fecunda en concepciones jurídicas y un instrumento eficientísimo en el Campo del Derecho privado.–...=... existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al Derecho positivo de cada pueblo, como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, *entre las que el legislador o la costumbre* elige las más aptas para incorporar a su ordenamiento positivo. El Derecho histórico [o experiencia vertical] y el Derecho comparado [o experiencia horizontal] nos revelan ese proceso de positivación de aquellas figuras o instituciones típicas... y que son objeto de elección, según las particularidades de cada país, *por parte del legislador* (en sus diferentes órganos de manifestación) *o la sociedad* (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones una misma figura o institución jurídica entre las varias que puede suministrarle el Derecho institucional, dicta las normas pertinentes, ...=”

Una continuación de esta perspectiva, centrada en la noción de “**instituciones**”, es la ofrecida por J. B. VALLET DE GOYTISOLO, que se refiere a la *determinación del Derecho* efectuada por R. M.^a ROCA SASTRE desde la visión del “Derecho Institucional” y que analiza con rigor en especial

el concepto de “instituciones” desde sus más variados perfiles o aspectos [y al cual remito en este lugar].

Cita VALLET a F. DE CASTRO y a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, en su alusión al concepto de “institución”, como sigue:

“... Federico de Castro dice que, conforme a la etimología de la palabra institución *-institutus-*, significa algo que ha alcanzado la firmeza de lo fundamental; se refiere a las «formas básicas y típicas de la organización jurídica total»: es una de las bases organizadoras de la *ordinatio* de la comunidad”; es una figura jurídica primaria de “la verdadera constitución jurídica de un pueblo”.

“A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández entienden que la “tecnitudad de los principios generales” se “expresa sobre todo en la organización de la materia jurídica alrededor de centros unitarios, que son las que llamamos instituciones” [...].

“Así como la materia adopta una estructura molecular, que es un pequeño sistema organizado, o la vida se ordena sobre células, *así el derecho se presenta bajo una estructura institucional*. Una institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada.”

A este planteamiento *institucional* he prestado mi entusiasta adhesión y le he dedicado extensas consideraciones en mi precitada obra de *Comentarios*, y allí remito.

Respecto de la variada *tipología* de las “instituciones”, en general, y de las “instituciones sucesorias”, en especial, remito de nuevo a J. V. VALLET DE GOYTISOLO y a mi obra precitada.

Al proceder a la *técnica de análisis* de las instituciones sucesorias, me ocupé específicamente de las que denominé “*Pactos sucesorios*”, como ejemplo y paradigma de las denominadas por los autores “instituciones contractuales sucesorias”. Como puede observarse, de la inicial perspectiva y terminología de “sucesión contractual” se ha pasado a la de “pactos sucesorios”, más acorde con la realidad, con los precedentes históricos numerosos de la institución y con las variadas **referencias normativas** [casi todas por la cristalización de *costumbres* antiquísimas] emanadas de los Parlamentos Autonómicos en aquellas Comunidades con Derecho Civil propio.

3. Una tal subversión de la metodología dogmático-jurídica y un cambio total hacia un planteamiento metodológico institucional por mi parte habían ya propiciado una manera de hacer abierta y ajustada a la problemática de la realidad. Esa manera de hacer, a mi juicio, pasaba por una doble tarea o un uso alternativo de técnicas diversas: de una parte, la técnica del análisis de tales “instituciones contractuales sucesorias”; y, de otra

parte, la técnica de la comparación de las diversas instituciones referidas [i.e., **pactos sucesorios**].

El resultado práctico al que condujeron mis investigaciones, por el propio procedimiento de inducción desde lo particular a lo general, desde el caso o la institución al concepto jurídico, evidenció la enorme disparidad o asimetría entre el sistema del vigente CC y el sistema [implícito, esto es, *generic*] de los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales en su conjunto.

4. Reflejo de mis investigaciones había sido el tomar como ejemplo la tarea comparatista *interna* que había sido postulada por los grandes tratadistas —en especial, J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA— y el asumir la tipología por los mismos propuesta respecto de los supuestos de “pactos sucesorios”, esto es:

- A) Pactos de institución:
 - a. Con transmisión de bienes.
 - b. Sin transmisión de bienes.
- B) Pactos de renuncia.

En su respectiva trasposición a los variados ejemplos suministrados por los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales, tendremos los siguientes supuestos:

A. Pactos de institución.

a. Con transmisión de bienes.

— ARAGÓN. LSCM. de 1999, Título II. De la sucesión paccionada. Capítulo II (Institución a favor de contratante), artículos 70 y 74 a 76:

- A favor de los contratantes (Institución “de presente”): artículos 74 a 76.
- Donación universal de bienes habidos y por haber: artículo 68.

— BALEARES. LCDC.BAL. de 1990:

- MALLORCA-MENORCA [LIBRO I. Título II. Sucesiones. Capítulo II (De las donaciones universales). Arts. 8 a 13].
 - Donaciones universales (arts. 8 a 13):
 - Donación efectiva de presente: artículo 13.2.

- IBIZA-FORMENTERA [LIBRO III. Título II. Sucesiones. Capítulo IV (De los pactos sucesorios). Secciones 1.^a y 2.^a, arts. 72 a 76]:

- Pactos sucesorios con transmisión actual de bienes: artículo 76.

— CATALUÑA. CSCM de 1991 [Título II. Los Heredamientos. Capítulo II. arts. 67 a 100]:

- Heredamientos a favor de los contrayentes [simples o de herencia, cumulativos y mixtos]: artículos 71 al 89.
- Donaciones universales: artículo 72.2.

— GALICIA. LDCG de 1995 [Título VIII. Sucesiones. Capítulo III (De los pactos sucesorios). Sección 3.^a (Del derecho de labrar y poseer). Arts. 130 a 133]:

- Derecho de labrar y poseer (pacto en actos *inter vivos*): artículos 130 y ss.

— NAVARRA. FNN de 1973 [Libro I. De las personas y de la familia. Título XI. (De las donaciones “propter nuptias”). Leyes 112 a 118, y Libro II. De las Donaciones y Sucesiones. Título IV (De los pactos o contratos sucesorios). Leyes 172 a 183]:

- Donaciones “propter nuptias”: Leyes 112 a 118.
- Pactos de institución: Leyes 177 y ss.: Ley 179.2.

— PAÍS VASCO. LDCFPV de 1992 [Título III. De las Sucesiones. Capítulo IV (De los pactos sucesorios). Arts. 74 a 83] y LDCPV (Fuero de Guipuzkoa) de 1999 [LIBRO III. Del Fuero Civil de Guipuzkoa. Título III. De la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano. Capítulo Primero (De la ordenación del caserío y las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte), arts. 154 a 163, y Capítulo IV (De los pactos sucesorios), arts. 179 a 188]:

- Pactos con transmisión actual de presente: artículos 74 y 77 LDCFPV.
- Disposición del caserío (por acto *inter vivos*): artículos 154 y ss. LF.^o G.
- Pacto con transmisión de presente del caserío: artículos 180-181 LF.^o G.

b. Sin transmisión de bienes.

— ARAGÓN. LSCM de 1999. Artículos 70, 77 a 79 y 80-81.

- A favor de los contratantes:
 - Institución “para después de los días”: artículos 77-79.
 - Institución recíproca: artículos 80-81.

— BALEARES. LCDC.BAL. de 1990:

- MALLORCA-MENORCA:
 - Donaciones universales (arts. 8 a 13):
 - Donación efectiva a la muerte del donante, o a la de éste y su cónyuge: artículo 13.2.
- IBIZA-FORMENTERA:
 - Pactos sucesorios sin transmisión actual de bienes: artículo 75.

- CATALUÑA. CSCM de 1991 [Título II. Capítulo III. Arts. 90 a 100]:
 - Heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes [puros, preventivos y prelativos]: artículos 90 a 98.
 - Heredamientos mutuales: artículos 99-100.
- GALICIA. LDCG de 1995 [Título VIII. Capítulo III (De los pactos sucesorios). Sección 2.^a (Del pacto de mejora) y Sección 3.^a (Del derecho de labrar y poseer). Arts. 128-129 y 130 y ss.]:
 - Pacto de mejora: artículos 128-129.
 - Derecho de labrar y poseer (pacto en actos *mortis causa*): artículos 130 y ss.
- NAVARRA. FNN de 1973 [Leyes 112 a 118 y 172 a 183]:
 - Donaciones “propter nuptias”: Leyes 112-118.
 - Pactos de institución: Leyes 177 y ss. y 179.1.
- PAÍS VASCO. LDCFPV de 1992 y LF.^o GUIP de 1999:
 - Pactos con eficacia “post mortem”: artículos 74 y 78 LDCF.PV.
 - Disposición del caserío (por acto “mortis causa”): artículos 154 y ss. LF.^o G.
 - Pactos con transmisión diferida al momento de la muerte: artículos 180 y 182 LF.^o G.

B. Pactos de renuncia.

- ARAGÓN. LSCM de 1999: Título II. De la sucesión paccionada. Capítulo V (Pactos de renuncia). Artículo 84:
 - Pactos de renuncia o transacción: artículo 84.
- BALEARES. LCDC.BAL. de 1990:
 - MALLORCA-MENORCA [Libro I. Título II. De las sucesiones. Capítulo III (Sucesión testada). Sección 4.^a (De las legítimas). Arts. 50-51]:
 - Pacto de “definición”: artículos 50-51.
 - IBIZA-FORMENTERA [Libro III. Título II. De las sucesiones. Capítulo IV (De los pactos sucesorios). Sección 3.^a (De los pactos de renuncia). Art. 77]:
 - Pacto de “finiquito de legítima”: artículo 77.
- CATALUÑA. CSCM de 1991 [Título V. Otras atribuciones sucesorias determinadas por la Ley. Capítulo I (La legítima). Sección 6.^a (La extinción de la legítima). Art. 377]:
 - Pacto de renuncia de legítima: artículo 377.
- GALICIA. LDCG de 1995 [Título VIII. Sucesiones. Capítulo II (De los pactos sucesorios). Sección 4.^a (De las apartaciones). Arts. 134-135; Capítulo IV (De las legítimas). Art. 146.1 *in fine*; y Capítulo VI (De las partijas). Arts. 155 y ss.]:

- Apartaciones: arts. 134-135 [y 146.1 *in fine*].
- Partijas: artículos 155 a 158.

— NAVARRA. FNN de 1973 [Libro II. De las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales. Ley 155, y Título IV. De los pactos o contratos sucesorios. Capítulo I (Disposiciones generales). Ley 172]:

- Renuncia a herencia futura: Leyes 155-156.
- Pactos de renuncia: Ley 172-inciso 1; Leyes 301, 311 y 316.

— PAÍS VASCO. LDCFPV de 1992 y LF.º G. de 1999:

- No existe ninguna disposición sobre este punto.

5. En cuanto a la *conceptualización dogmática* en torno a la figura de los “**pactos sucesorios**”, es bien patente en los autores y tratadistas que han analizado con exhaustividad las diferentes normativas –precitadas– de los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales. La tendencia, ya imparable, está fundamentada en la individualización normativa de los distintos supuestos reglamentados y tiene su apoyo –ahora *legal*– en la sistematización de los variados cuerpos legislativos territoriales. Todo lo cual facilita la tendencia a la generalización y a la abstracción conceptual.

6. Sobre el sentido de la denominación de “**sucesión contractual**”, desde el punto de vista del *problema dogmático*, escribía E. BUSSI que tal denominación abarcó una cantidad de diversas figuras jurídicas, que comprendían: los pactos sucesorios, el nombramiento contractual de heredero y la renuncia a la herencia.

Ilustra E. BUSSI la evolución histórica del *testamento*, cuya conclusión dogmática le conduce a detectar la aparición de un nuevo concepto más amplio y comprensivo: *el acto de última voluntad*.

Toda la exposición de E. BUSSI acerca de la evolución de los dogmas jurídicos conduce a la evidencia de que tal evolución no es ni simple ni lineal, sino más bien tortuosa y complicada. Denuncia así el gran error de los juristas modernos, al pretender que las categorías jurídicas utilizadas por los juristas del “derecho común” sean idénticas a las categorías jurídicas habituales en el mundo de hoy.

7. Una consecuencia obvia de todo lo expuesto permite deducir que, en tanto la noción de “sucesión contractual” no parece conducir a una categoría institucional [evidente, en el sistema del CC], la noción de “pactos sucesorios” permite conducir a una categoría conceptual unitaria y a una tipología de *instituciones* comprendidas dentro de ella [obvia también en el sistema de los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales].

2. En especial: la actividad de “arbitración” del cónyuge.

•• *La determinación del heredero instituido por el cónyuge [En el Derecho de Ibiza-Formentera], en general.*

a') *Concepto.* Por lo que al Derecho de Ibiza-Formentera se refiere, consiste este pacto de los “espolis” en la atribución de un derecho al cónyuge sobreviviente de efectuar la elección de heredero(s) entre los hijos comunes, caso de que el premuerto no hubiese hecho la designación.

b') *Precedentes y fundamento.* Parece tiene sus antecedentes en las comarcas montañosas (Pirineo leridano) de Cataluña, remontándose al Derecho consuetudinario medieval (siglo XI).

No tengo datos de su introducción en las Pitiusas, aunque parece ser costumbre inmemorial. La justificación está ligada con la *economía agraria* tradicional de ciertos territorios y dentro de unos sistemas de legítima individual escasa o nula, por el deseo de proceder con mayor seguridad de acierto en la elección del sucesor (generalmente, descendiente) que va a recibir lo esencial del patrimonio de sus antepasados y a continuar, con él, las tradiciones y la estirpe familiares. Los padres y ascendientes son los más calificados para hacer la elección, pero a condición de que los posibles instituidos hayan llegado a una edad tal que revele plenamente sus inclinaciones, aptitudes y cualidades. Hasta ese momento puede convenir aplazar la elección, y para prevenir el evento de no vivir ya entonces el causante, se establece la delegación de la facultad de disponer.

También la institución está justificada en una *economía industrial*, en aquellos territorios donde el predominio del factor personal sobre el capitalista en las empresas industriales o mercantiles lleva a la necesidad de que el heredero que ha de continuar al frente del negocio reúna unas características especiales que sólo pueden apreciarse cuando los hijos alcanzan cierta edad y han dado pruebas de cuáles son sus aptitudes, afanes o vocación al trabajo. Si cuando desaparece el titular de la empresa los hijos no han alcanzado todavía esa edad, lógico es que pueda encomendarse al cónyuge o parientes la facultad de escoger el heredero que con mayores garantías de acierto haya de asumir la gestión del patrimonio familiar, o si no se estima necesaria la institución de un solo heredero, la distribución de las participaciones hereditarias entre los hijos en partes iguales y desiguales, según los merecimientos de cada hijo.

c') *Naturaleza de la figura.* La doctrina catalana clásica lo configura como un encargo, enlazando la figura con las instituciones del comisario, del heredero de confianza o del fideicomiso. Se llega a configurar como una institución fideicomisaria “*sui generis*” en la que el fiduciario no tiene derecho a la cuarta trebeliánica y sí al usufructo vitalicio.

Otros autores piensan en la figura del mandato, en que el causante aparece representado por su cónyuge: éste es representante, delegado, encargado, autorizado... por el heredante.

Otros autores piensan que el heredamiento (negocio principal) no basta para la producción de su efecto propio (la designación de heredero) y necesita de un elemento integrativo. El reenvío a la elección del cónyuge es a modo de un “coelemento” constitutivo del negocio principal.

Piensan otros en la idea de un negocio autorizativo: el heredante confiere al cónyuge el poder influir con su declaración de voluntad en la esfera de la herencia del causante. Habría así una combinación de negocios unilaterales: el del negocio que atribuye los bienes y el del negocio que confía al cónyuge el encargo de la elección. La elección sería un negocio auxiliar que *completa* el contenido y provoca la eficacia de la declaración principal. Esta argumentación describe perfectamente el *aspecto estructural* de la figura.

Es la doctrina aragonesa citada la que con notable precisión intuye la *nota esencial y característica* de la figura: es el *aspecto funcional* el decisivo, concretándose en la condición fiduciaria del cónyuge. El cónyuge tiene un cargo de confianza, cuyo ejercicio se resuelve en una actividad de arbitración.

Apoyado en la intuición citada, parece puedo afirmar que la *determinación del instituido por el cónyuge* se caracteriza por ser, tanto en su aspecto estructural como en el funcional, una típica actividad de arbitración, consistente en la intervención en la fase de formación del negocio jurídico (testamento-acto *inter vivos*). En el aspecto *estructural*, el *arbitrio o arbitración* realizado por el cónyuge es un negocio complejo, con unos presupuestos (el heredamiento y la falta de designación de heredero) y unos componentes (la cláusula de atribución en el Heredamiento, la posterior aceptación y la decisión): el arbitrio vendrá a ser una “parte” del negocio principal-heredamiento, a modo de incidente del mismo. En el aspecto *funcional*, el arbitrio se traduce en una actividad negocial (la elección del sucesor universal) que implica un supuesto de remisión o reenvío ordenado por el heredante.

La *razón de ser* de esta figura especial de “arbitrio de un tercero” reside en el tránsito desde la indeterminación a la determinabilidad de quienes sean herederos. En tal sentido, la fiducia atribuida al cónyuge no vendría a ser ninguna excepción extraordinaria al artículo 670 CC, ya que el *presupuesto* de ese arbitrio es precisamente la atribución por el heredante a su cónyuge de la facultad de designación de heredero *de entre* una clase “genérica”: los hijos comunes del matrimonio.

Las *notas* características de este arbitrio pueden concretarse en las siguientes: es un arbitrio voluntario, es un arbitrio no pericial, es un arbi-

trio de equidad ("*boni viri*"), es un arbitrio consistente en una *actividad de determinación* de los destinatarios del negocio (los beneficiarios de la disposición *mortis causa* "Heredamiento").

d') *Presupuestos de formación de la figura.*

1) *Personales.*

— *Concedente.* Es exclusivamente el heredante o causante.

— *Arbitrador.* Solamente el cónyuge, a diferencia del Derecho catalán, donde pueden serlo dos parientes (art. 116 Compilación catalana de 1960), del Derecho aragonés CDC.A. de 1967 (arts. 114 y ss.) y del Derecho navarro (Leyes 281 y ss.).

— *Destinatarios.* Únicamente los hijos del matrimonio del heredante y su cónyuge.

2) *Reales.*

La actividad del cónyuge se *traduce* en la designación de sucesor del heredante. Parece que debe exigirse a dicha actividad de decisión los *requisitos típicos* de la misma: de una parte, que *lo decidido* por el cónyuge sea adecuado y congruente al encargo recibido del heredante; de otra parte, que *la razón de la decisión* se ajuste a la equidad y a la buena fe.

La actividad de "designación" de un heredero (o herederos) consiste básicamente en una elección, o de otro modo, la actividad del cónyuge *implica* el ejercicio de una *facultad de elección*. En efecto, no parece técnicamente posible hablar de un "derecho de elección" o de un "derecho de elegir", ya que *la elección* no es el objeto de un verdadero y propio derecho subjetivo, sino que consiste en una simple *facultad jurídica*, a incluir dentro del grupo de los llamados "derechos potestativos" o facultades de configuración jurídica.

A su vez, la elección forma parte de la "fiducia" o encargo, de modo que no sólo es una facultad, sino también un deber jurídico, hasta el punto de que el ejercicio de la facultad de elección por el cónyuge es "parte" de su deber jurídico de cumplir el encargo a él atribuido.

El único *límite* a la facultad de elección parece que debe consistir en la inadmisibilidad de una elección incongruente o no ajustada a la equidad y buena fe.

A diferencia de los negocios *inter vivos* (art. 1.112), parece que la facultad de elección no es transmisible (con el encargo) a otra persona.

3) Formales.

Distingue la doctrina entre la forma del *acto de constitución del arbitrio* y la del *acto de realización (decisión) del arbitrio*.

— El *acto de constitución del arbitrio* (Heredamiento) debe contener la disposición u ordenación del encargo y la aceptación del cónyuge. En el caso examinado, al exigirse escritura pública para el heredamiento, de la misma resultará la correspondiente cláusula de “atribución” del encargo y la aceptación del cónyuge ante el notario.

La atribución no se presume (a modo de efecto “natural” típico del heredamiento), sino que exige pacto expreso en “*espòlis*”.

— El *acto de realización del arbitrio*, o de otro modo, la decisión del cónyuge que se traduce en el ejercicio de su facultad de elección, por su trascendencia, exige forma expresa y solemne (arts. 75 y 77-2.º).

La revocabilidad o irrevocabilidad de la decisión dependerá de si el acto en que se ejercita es *mortis causa* o *inter vivos*. Vuelvo luego sobre ello.

¿Quid en cuanto a una forma tácita de elección? El supuesto no es teórico y se me ha presentado en forma de consulta profesional. Se refiere al litigio resuelto por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza de 7 diciembre 1971.

— Hasta aquí el supuesto de hecho presentado. De entre los posibles temas de interés que sugiere, uno de ellos es el de la *viabilidad de una elección “tácita” de heredero* a través de una conducta o comportamiento por parte de los padres de asociar al hijo varón mayor como “*hereu*” durante más de cuarenta años.

Otro de los temas sugeridos es si la facultad de elección puede ejercitarse a través de escritura de *donación*: parece contraria esta posibilidad a la misma esencia del heredamiento (arg. art. 73-2.º Compilación de 1961) y a la práctica insular de nombrar “de designación de heredero” a las escrituras *inter vivos* en que se determina el heredero; por aplicación supletoria del artículo 115-1.º, regla 2.ª Compilación catalana de 1960, caso de hacerse la elección “deberá efectuarse con expresión de que se usa de esta facultad”.

Otro de los temas sugeridos es si la facultad de elección puede ejercitarse *en testamento* en el que se instituyen herederos “sin expresión de que se ejercita la facultad de elección”: *la falta de una mención tal*, ¿hace ineficaz la institución de heredero? O de otro modo, ¿es sacramental tal mención? Entiendo que el supuesto es dudoso, aunque para la doctrina catalana la regla 2.ª del artículo 115-1.º CDC.CAT. de 1960 parece suficientemente expresiva (“deberán”).

4) *Circunstanciales.*

La decisión del cónyuge (elección del sucesor) debe efectuarse dentro del *plazo* al efecto indicado por el heredante. De no haberse señalado plazo, debe ejercitar tal facultad en el tiempo que la buena fe y los usos sociales señalen como normalmente necesario para ello. Parece que es contrario a la buena fe y a la equidad un ejercicio realizado con un retraso objetivamente desleal.

El *lugar* de ejercicio de la facultad de elección parece debe ser el del propio domicilio del cónyuge sobreviviente (arg. art. 1.171 CC).

e) *Contenido de la actividad de "arbitración" del cónyuge.*

1. Antes expuse que la actividad del cónyuge se traduce en el ejercicio de una *facultad de elección* de sucesor universal. Como consecuencia de tal ejercicio, se produce la "determinación" del/los heredero(s) del causante.

Tal determinación es una declaración unilateral de voluntad y, en cierto modo, recepticia. No veo claro si se requerirá la *notificación* al/los heredero(s) para que tenga eficacia, como ocurre con la elección en los negocios *inter vivos*.

2. La determinación es *irrevocable* si se efectúa en escritura pública: ésta sólo puede ser un heredamiento a favor del hijo que se casa o una escritura de "designación de heredero". La determinación es *revocable*, si se efectúa en testamento.

3. Hasta el momento de efectuarse la designación de heredero, la herencia no se defiere (art. 115-1.º-3.ª Compilación catalana de 1960).

4. Plantea especiales dudas el tema de si la "determinación" del heredero consiste únicamente en la *elección* de sucesor universal o si, además, podrá consistir en la *distribución* de los bienes del heredante. En pro de la *afirmativa*, la doctrina catalana se basa en el artículo 115-1.º-1.º Compilación, claramente demostrativo de tal posibilidad; en la doctrina insular también es afirmativa la postura de recientes expositores, en base al artículo 77 Compilación de 1961. En pro de la *negativa*, la dicción del artículo 74-3.º y 75 Compilación de 1961, al parecer restringida al término "designar" o "elección"; aunque, a mi modo de ver, poco demostrativa e insuficiente, además de no concordar con la tradición, precedentes y fundamentación de la figura.

La *distribución*, en su caso, podrá hacerse libre y desigualmente, por analogía del citado artículo 115 Compilación catalana de 1960, e incluso del artículo 18 Compilación balear de 1961.

f') *Eficacia de la decisión del cónyuge.*

1. *En tanto la designación por el cónyuge no se produce*, la herencia del heredante queda sin un concreto titular actual, pendiente de nombramiento de sucesor (o sucesores) que se hará cargo de ella con efecto retroactivo. No se trata de un supuesto de institución hereditaria bajo condición suspensiva, pendiente de la decisión del arbitrador, sino de una situación de pendencia en la que resta integrar la voluntad del causante parcialmente manifestada. En consecuencia, la gestión del caudal relicto y la libre administración y disposición de los bienes hereditarios suele otorgarse al cónyuge sobreviviente: así, en Compilación catalana de 1960 (art. 115, párrs. 3.º y 4.º) y en la Compilación navarra (Ley 287-1.º).

2. Caso de *cumplimiento* por el cónyuge, termina la actividad de arbitración y la fase de interinidad, quedando “formado” plenamente el negocio *mortis causa* (designación de sucesor del heredante). La consecuencia fundamental es la obligatoriedad de tal decisión: es la eficacia propia de una cosa decidida. La decisión debe ser notificada a los posibles destinatarios, como regla general: aunque si el negocio de designación es *mortis causa*, veo algo confusa esta exigencia.

3. Caso de *incumplimiento* por el cónyuge, quedará instituido el hijo que reúna las circunstancias determinadas en el Heredamiento puro (art. 88-1.º Compilación catalana de 1960) y, en su defecto, se aplican las reglas de la sucesión intestada.

g') *Ineficacia de la decisión del cónyuge.*

1. La ineficacia de la decisión del cónyuge se origina cuando no se producen los resultados normalmente propuestos al efectuar la atribución al mismo de la facultad de elección. La ineficacia puede provenir de una serie de *causas* distintas:

1.^a Por la *ineficacia del negocio principal* (Heredamiento), en el que la actividad de arbitración se inserta, o de la cláusula del mismo en que se atribuyó al cónyuge la facultad de elección: v. *gr.*, vicios de la voluntad, falta de capacidad, ilicitud de la causa, falta de forma, etc.

2.^a Por *ineficacia sobrevenida del arbitrio* válidamente constituido: v. *gr.*, por falta de aceptación por el cónyuge, por imposibilidad subsiguiente de llevar a cabo su decisión, por la revocación del arbitrio.

3.^a Por *incumplimiento del deber de decisión*, que origina, en línea de principios, la responsabilidad ex artículo 1.101 CC para el cónyuge incumplidor. Parece claro que en este caso está obligado a la indemnización de daños y perjuicios a los posibles perjudicados. Especial interés tiene el su-

puesto de *morosidad* o *emisión tardía* de la decisión, ya que puede implicar una conducta objetivamente desleal e impugnabile.

4.^a Por *defectos del acto de decisión*, bien por falta de sus requisitos estructurales (decisión formada afectada de vicios del consentimiento, v. gr.), bien por falta de los requisitos subjetivos (no efectuada la decisión por el cónyuge personalmente, o si el cónyuge deviene incapacitado) o de los requisitos objetivos (por extralimitación o incongruencia de la elección de sucesor, por inobservancia de las reglas condicionantes de la decisión —no ser *hijos comunes* los elegidos—, o por falta de equidad o por mala fe) o de los requisitos circunstanciales (decisión emitida fuera de plazo cuando éste debía considerarse esencial, la emitida fuera del lugar debido, o mejor, no remitida al lugar donde debía ser recibida).

2. *La impugnación* de la decisión del cónyuge por los que se crean perjudicados está sujeta según la doctrina a un plazo de caducidad de tres meses, cuyo cómputo se hará desde la fecha de la notificación o desde el día en que se tuvo conocimiento por los perjudicados.

3. Inscripción.

La doctrina solía distinguir dos momentos, antes o después de la muerte del heredante:

— *Antes de la muerte del heredante*. En este período siempre fue cosa discutida. La doctrina hipotecaria más autorizada entendía que eran perfectamente inscribibles, conforme al artículo 7 RH. La práctica ha seguido dos orientaciones: una, la tradicional, de proceder a la inscripción de los heredamientos a favor de los contrayentes y, seguidamente, la de los hechos a favor de los hijos nacederos; otra, moderna, que sólo inscribe el heredamiento a favor del hijo que se casa.

— *Después de la muerte del heredante*. Si los padres mueren sin haber efectuado la elección, no cabe inscribir el heredamiento puro, sino que habrá que acudir a la sucesión intestada en defecto de heredamiento preventivo complementario del puro. Si uno u otro padre hicieron la elección, el que resulte ser heredero inscribirá su título, que será el del heredamiento puro, y, además, el del acto de designación por el cónyuge (en el heredamiento de elección).

•• *La determinación del estatuto sucesorio en especial.*

Como consecuencia de la aplicación a este tipo de heredamiento [en el que se atribuye al cónyuge esta facultad de “arbitración”] de la normativa de la sucesión testamentaria, es requisito *previo* de eficacia el que el

instituido o llamado sobreviva al heredante o instituyente. De esta manera, el llamado sólo deviene heredero si media el requisito de la aceptación, que debe efectuarse después de la muerte del heredante o instituyente.

La determinación del heredero puede articularse a través de varios *modos* –como ya vimos en el precedente epígrafe IV–, distinción que ha llevado a cabo el CODI DE SUCCESSIONS de Cataluña de 1991 en su *artículo 92*, como sigue:

1.º Determinación por el heredante o instituyente en favor del hijo que reúna las circunstancias exigidas en el heredamiento.

2.º Determinación efectuada por el heredante en heredamiento o testamento complementario.

3.º Determinación efectuada por la elección del cónyuge [o los dos parientes del art. 149 CS, respecto de CATALUÑA].

VI. Transmisión *mortis causa* de la empresa y vías adecuadas en Derecho

1) Veámos anteriormente *en el epígrafe IV* cómo el dato fáctico de la interpretación entre la empresa mercantil y el Derecho Sucesorio conduce al gran problema de la posibilidad o no de la transmisión *mortis causa* de la empresa. Problema que, centrado en la sucesión *de un empresario individual*, plantea la doble problemática: la de la continuidad de la empresa y la de la conservación de la empresa. Es este último el que presenta una mayor complejidad, según vimos.

En el citado *epígrafe IV* aludíamos también a la posible articulación de la transmisión sucesoria de la “empresa familiar” mediante las vías más convenientes en Derecho, y allí se exponían, en especial, las vías usuales de la “fiducia sucesoria” y de la “sucesión contractual”. Vías que, en cuanto a su *contenido* (aspecto material) y bajo la perspectiva de la *dogmática jurídica*, han sido analizadas en el *epígrafe V* precedente.

Resta ahora la consideración breve del *aspecto formal* de la referida articulación, esto es, en su plasmación documental. Las *vías adecuadas* para ello son las tradicionales: las capitulaciones matrimoniales, el testamento, el contrato (o pacto sucesorio) y la escritura pública unilateral.

En la correspondiente traslación a las diferentes normativas de los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales, tendremos las siguientes posibilidades y supuestos:

1. La vía capitular.

— ARAGÓN:

- PACTOS SUCESORIOS: artículos 62 [*expliciter*, en regulación precedente: art. 99.1 CDCA de 1967] y 66.2.

— BALEARES:

• IBIZA-FORMENTERA:

- Fiducia sucesoria: artículos 66 y 71.2.
- Pactos sucesorios: artículos 66 y 72.1-p.º 2.º

— CATALUÑA:

- Disposiciones fiduciarias: artículo 148.1.2-p.º 2.º
- Heredamientos: artículo 67-p.º 1.º

— GALICIA:

- Testamento por comisario: artículo 141.
- Derecho de labrar y poseer: artículo 130.1.

— NAVARRA:

- Fiduciarios-comisarios: Ley 281-p.º 1.º, y Ley 286.
- Donación “propter nuptias”: Ley 113.
- Pactos sucesorios: Ley 174.

— PAÍS VASCO:

- Testamento por comisario: artículo 33-p.º 2.º, y artículo 165 LF.º GUIP.
- Pactos sucesorios: artículo 74 LDCFPV y artículo 179 LF.º GUIP.

2. La vía testamentaria.

— ARAGÓN:

- Fiducia sucesoria: artículo 127.
- Pactos sucesorios: arg. artículos 62 y 66.1.

— BALEARES:

• Mallorca-Menorca:

- Heredero distribuidor: arg. artículo 18-p.º 1.º
- Donaciones universales: arg. artículo 12-p.º 1.º

• IBIZA-FORMENTERA:

- Fiducia sucesoria: artículo 71-p.º 2.º
- Pactos sucesorios: arg. artículo 72.1-p.º 1.º

— CATALUÑA:

- Disposiciones fiduciarias: artículo 148.1.2-p.º 2.º

— GALICIA:

- Testamento por comisario: artículo 141.
- Derecho de labrar y poseer: artículo 130.

— NAVARRA:

- Fiduciarios-comisarios: Ley 281-p.º 1.º y Ley 286.
- Donaciones “propter nuptias”: arg. Ley 113.
- Pactos sucesorios: arg. Ley 174.

— PAÍS VASCO:

- Testamento por comisario: arg. artículos 32 y 46 LDCFPV y artículo 165 LDCF.º GUIP.
- Pactos sucesorios: arg. artículos 74 LDCFPV y artículo 179 LF.º GUIP.

3. La vía contractual:

— ARAGÓN:

- Fiducia sucesoria: artículo 127.
- Pactos sucesorios: artículo 62.

— BALEARES:

- MALLORCA-MENORCA:
 - Donaciones universales: artículo 12.
- IBIZA-FORMENTERA:
 - Fiducia sucesoria: artículo 71-p.º 2.º
 - Pactos sucesorios: artículo 72.1-p.º 1.º

— CATALUÑA:

- Disposiciones fiduciarias: artículo 148.1.2-p.º 2.º
- Heredamientos: arg. artículo 67.

— GALICIA:

- Testamento por comisario: arg. artículo 141.
- Derecho de labrar y poseer: artículo 130.

— NAVARRA:

- Fiduciarios-comisarios: arg. Ley 281-p.º 1.º y Ley 286.
- Donaciones “propter nuptias”: Ley 113.
- Pactos sucesorios: Ley 174.

— PAÍS VASCO:

- Testamento por comisario: arg. artículo 33-p.º 2.º LDCFPV y artículos 165 y 170 LF.º GUIP.
- Pactos sucesorios: artículo 74 LDCFPV y artículo 179 LF.º GUIP.

4. La vía unilateral.

— ARAGÓN:

- Fiducia sucesoria: arg. artículo 141.1.

— BALEARES:

- MALLORCA-MENORCA:
 - Heredero distribuidor: arg. artículo 19-p.º 1.º

- IBIZA-FORMENTERA:
 - Fiducia sucesoria: artículo 71-p.º 2.º
- CATALUÑA:
 - Disposiciones fiduciarias: arg. artículo 148.1.2-p.º 2.º
- NAVARRA:
 - Fiduciarios-comisarios: arg. Ley 281-p.º 1.º y Ley 286.
 - Donaciones “propter nuptias”: arg. Ley 113 y Ley 114-p.º 1.º
- PAÍS VASCO:
 - Testamento por comisario: arg. artículo 33-p.º 2.º LDCFPV y artículos 165 y 170 LF.º GUIP.

2) Se ha procedido en esta exposición *de las soluciones normativas* de los Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales desde un planteamiento habitual entre nuestros autores. De un lado, la visión comparatista *interna* permite detectar las analogías y diferencias entre las instituciones antes llamadas “forales”, permitiendo una aproximación o generalización típicamente conceptual. De otro lado, la *selección* de los supuestos normativos se ha efectuado *desde una perspectiva interpretativa* más realista que tópica, más abierta que dogmática.

Indicadas estas precisiones, parece conveniente incidir en esa *perspectiva realista*, como se efectúa a continuación.

VII. Una perspectiva realista (no dogmática)

1) Una perspectiva *realista*, como la que aquí se propone, pasa por una revisión de las consideraciones tradicionales que suelen hacerse en torno a los tres grandes ejes de esta exposición: la “fiducia sucesoria”, la “sucesión contractual” y la “empresa familiar”.

Es lo que se efectúa brevemente en los términos que siguen:

1. Respecto de la “fiducia sucesoria”.

• A la exposición de las reflexiones precedentes pueden adicionarse, a mi juicio, las consideraciones siempre magistrales y dignas de tener en cuenta de J. B. VALLET DE GOYTISOLO, cuando se refiere al “conceptualismo” diciendo:

“... el conceptualismo es un sarampión que es preciso pasar, siendo los veintisiete años una magnífica edad para pasarlo, como yo lo pasé hace medio siglo. Luego, si se contempla la realidad de la vida, se ve cómo las cosas no están aisladas. No vive un árbol sin que sus raíces se fundan con la tierra para sorber sus jugos nutricios, ni las hojas pueden aislarse del aire y de

los rayos del sol. Ni aislado un ser humano puede nacer ni formarse física, sensible e intelectualmente en una campana neumática.

La vida no es divisible ni compartimentable en conceptos abstractos y exactamente definidos, sino que discurren en tipos –que, como han dicho ENGISCH y KAUFMANN, son universales *in re*– y en series de tipos, fluidos y variables.

Así ocurre con la fiducia y todas sus manifestaciones, que insensiblemente se deslizan de unas a otras y admiten un más y un menos. Con su práctica de muchos años de notario, ejerciendo concienzudamente en Pamplona, lo explicó Juan GARCÍA-GRANERO, al comentar elogiosamente la tesis: en Navarra entre el heredero de confianza y el fiduciario-comisario en muchos casos la diferencia resulta imperceptible en la práctica.

Las manifestaciones de la fiducia pueden representarse como en un árbol vivo, en continuo desarrollo con ramas y hojas que crecen y otras que se secan, que se alimenta en la tierra fértil del derecho y con el aire y los rayos de sol, que en la fiducia lo son la moral individual y la ética social. La confianza debe existir siempre, pero se halla en distinto grado y el derecho modela troncos y ramas con distintas dosificaciones, que a veces se autoinjertan unas en otras. He aquí los tipos y series de tipos de fiducia que nosotros clasificamos, y tratamos de distinguir y que el legislador, cuando interviene, convierte en tipos legales, pero no los puede cosificar y disecar, ni debe pretenderlo.”

- Ante la precedente exposición de argumentaciones acerca de la “fiducia sucesoria”, parece, a mi juicio, evidente la multiplicidad de figuras comprendidas dentro de este término, la difícil reconducción a una categoría jurídica unitaria y la indeterminación del contenido de la misma. O, de otro modo dicho, aquí sobresale de nuevo bajo ropaje también nuevo un “concepto jurídico indeterminado”. También en este lugar habrá que separar –dentro del mismo– qué parte ocupan el “halo conceptual”, de un lado, y el “núcleo conceptual”, de otro lado.

Resulta patente, a mi entender, que lo que pertenece al “núcleo” del término es el perfil *sucesión mortis causa* [i.e., la transmisión de la herencia al destinatario de la fiducia], y que lo que corresponde al “halo” conceptual es el perfil *fiducia* que destaca por su multiplicidad de contenidos y por su obvia indeterminación.

Es consecuencia ineludible de todo ello que la interpretación de cada supuesto conflictivo de la vida diaria va a corresponder a la tarea de los Tribunales, caso por caso.

2. Respecto de la “Sucesión contractual”.

Veámos en el epígrafe V precedente cómo el desenvolvimiento dogmático-jurídico del tema de “la sucesión contractual” iba parejo con un planteamiento teórico (profesoral) emanado de la propia idea que moti-

vaba el “Concurso abierto” de 1900. No sabemos –es un futurible, y por ello, indemostrable– qué habría ocurrido si el tema del “Concurso” de 1900 hubiera sido planteado de un modo realista [i.e., “pactos sucesorios”] y más acorde con la práctica de cientos de años de floración de figuras de “pactos sucesorios”.

El hecho evidente es que, tras la aparición de las memorias presentadas al referido “Concurso”, los autores españoles habían ido dedicando su tarea a la exposición de sus argumentaciones en torno a la denominada “sucesión contractual”. Y ello, hasta fechas bien recientes.

Resultaba así la paradoja de que *dentro del sistema del CC*, desconocedor por completo de la regulación de la “sucesión contractual”, había un tratamiento *doctrinal y profesional* [recuérdese el punto de *los temarios* de oposiciones] poco apropiado para una categoría desconocida y no regulada por la ley –CC– en el ámbito jurídico privado.

En el sistema de los antiguos “Derechos Forales” –hoy, Ordenamientos Civiles Hispánicos Territoriales con Derecho civil propio, sistema constitucionalmente protegido y regulado–, por el contrario, una regulación tradicional consuetudinaria había devenido por cristalización o sublimación en normativa autonómica. *El tratamiento doctrinal* había sido un tanto escaso en la primera mitad del siglo XX [las excepciones consabidas de FAUS CONDOMINES, DE LA FUENTE PERTEGAZ, ISÁBAL, ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO] y más numeroso en la segunda mitad del siglo XX a raíz de la aparición de las distintas “Compilaciones Civiles Forales” y del régimen *dualista* de la Constitución Española de 1978 [la referencia a los autores *foralistas* –i.e., civilistas– sería aquí muy numerosa]. El tratamiento *profesional*, tanto en el ámbito cautelar de la seguridad jurídica preventiva [i.e., Letrados, Notarios, Registradores] como en el propio ámbito litigioso o jurisdiccional [Jueces, Magistrados, Tribunales de todo orden, incluido el TS], había sido, sin embargo, en conjunto más bien favorable a la consideración positiva de los “pactos sucesorios” y de su necesaria valoración como solución justa a unos problemas prácticos conocidos desde hace muchos siglos.

Se llega así a la paradoja [ya denunciada en su día por J. J. LÓPEZ BURNIOL] de que, tras una extraordinaria floración *normativa* de los “pactos sucesorios” en todos los territorios, se llega a un oscurecimiento y desaparición en la práctica.

Incidir aquí y ahora del *porqué* de ese *porqué* nos llevaría al “enemigo” común, esto es, el tratamiento fiscal de la materia. Mientras no haya un cambio fiscal más favorable a la transmisión (donación, sucesión *mortis causa*) de una empresa individual o familiar, seguiremos asistiendo a esa desaparición y a una huida hacia los pactos societarios en los Estatutos de las sociedades mercantiles.

3. Respecto de la “empresa familiar”.

Una vez expuestas las consideraciones precedentes en torno a la transmisión sucesoria de la “empresa familiar” y las vías más adecuadas para la articulación de los medios instrumentales que ofrece el Derecho, se han precisado las dos formas tradicionales a través de las que se configuran las “empresas familiares” [la individual y la societaria], se ha distinguido entre “empresa familiar” y “sociedad familiar”, se ha puesto de relieve cómo existen numerosos supuestos de empresas organizadas que no revisten la forma de “sociedad mercantil de capital”, y se ha recurrido a la noción amplia de “concepto jurídico indeterminado” que no tiene su adecuación con una concreta *institución jurídica*.

2) A la vista de las reflexiones precedentes cabe observar cuánta razón tenían y siguen teniendo los grandes maestros [CASTÁN TOBEÑAS, GARRIGUES, ROCA SASTRE, VALLET DE GOYTISOLO] cuando se refieren a la necesidad de relacionar a los conceptos con las instituciones y a éstas con las normas que las regulan. Como ya predijera E. KANT, “no hay preceptos sin conceptos, ni conceptos sin preceptos”.

Habrá que estar, a mi juicio, a las reflexiones que en torno al denominado “Derecho Institucional” en su día nos presentaba R. M.^a ROCA SASTRE.

Resulta, por lo tanto, obligado, a mi parecer, que lo que ahora procede es dar término a esta ponencia con unas mínimas observaciones de tipo recapitulatorio, en los términos que siguen.

— Recapitulación final

A la hora de proceder a una breve recapitulación final, parece posible presentar estos puntos:

1.º La trasposición de los conceptos jurídicos implícitos en la terminología inicial aquí presentada *al ámbito jurídico-privado* parece difícil, dada la inexistencia de tales figuras en el CC.

2.º La tipología o modalidades de la llamada “empresa familiar” indica la conveniencia de una adecuada remisión a la doctrina mercantilista reciente.

3.º La noción usual entre los autores acerca de la “empresa familiar” apunta a la descripción de un “concepto jurídico indeterminado”, pendiente, claro es, de su determinación o concreción. Parece prevalente el perfil “organización” sobre el perfil “familiar”.

4.º La aportación pionera en el tiempo de J. CASTÁN TOBEÑAS, en orden a las modalidades de la “fiducia sucesoria”, permite una aproximación *institucional* a la figura, una posibilidad de sub-distinciones en función de los criterios clasificatorios utilizados y una confrontación con una perspectiva sociológico-realista que evite la fragmentación de la realidad.

5.º La noción amplia de “fiducia sucesoria” apunta también a la idea de otro “concepto jurídico indeterminado” más, pendiente de su determinación. Dentro de los perfiles de la noción, parece que el núcleo del concepto es de la “sucesión *mortis causa*”, en tanto que el halo conceptual corresponde al aspecto de “fiducia”.

6.º La noción de “sucesión contractual”, que muy bien cabría también calificarse de “concepto jurídico indeterminado”, parece tener un origen doctrinal-dogmático sin anclaje ni en el sistema normativo del CC ni en la realidad social.

La tendencia al cambio de denominación [iniciada en su día por J. L. LACRUZ BERDEJO: i.e., “sucesión paccionada”] en este punto desemboca en el tratamiento normativo de las diferentes “Compilaciones Civiles Forales”. Tratamiento que alude a un revulsivo total: en cuanto al nombre (**pactos sucesorios**), en cuanto a la regulación –ahora legal, ya no como costumbres reconocidas–, en cuanto a la reconducción a una *institución* amplia pero unitaria y en cuanto al reconocimiento de los variadísimos supuestos territoriales en sus modalidades tradicionales y prototípicas [pactos de institución –con o sin transmisión de bienes– y pactos de renuncia].

7.º El significado de “**en**” [intercalada la preposición entre los términos “fiducia sucesoria” y “sucesión contractual” y el de “empresa familiar”] indica se trata de una proposición *no modal* en la que no se explicita el vínculo o engarce que une a uno y otro términos.

De lo que se trata, por consiguiente, es de una reflexión acerca de los instrumentos técnico-jurídicos –y, entre ellos, los de la “fiducia sucesoria” y de la “sucesión contractual”– que a toda “empresa” [sea o no “familiar”] ofrece el ordenamiento jurídico en orden a su transmisión y su sucesión.

8.º *El tema recurrente de la sucesión mortis causa de la empresa mercantil [ergo, de la empresa “familiar”], analizado en todos los foros jurídicos –y, en concreto, en el “9.º Congreso Notarial Español” de 2005– [de cuyo tema forman parte, como otros muchos más, los de la “fiducia sucesoria” y de la “sucesión contractual”, a modo de instrumentos técnico-jurídicos ofrecidos por el derecho] hace muy aconsejable las convenientes previsiones sucesorias por parte de los interesados: la vía testamentaria [CC y Leyes Civiles Territoriales], y la vía societaria [Estatutos, Protocolo Familiar].*

9.º La proliferación de debates, foros, comentarios, análisis, etc., en torno al gran problema de *la interconexión* entre la empresa (individual, societaria) familiar y la modalidad aparente de la “sucesión contractual” es un tópico carente de fundamentación. No fundamentado por la inexistencia de *uno* de los elementos de esa relación o conexión: la pretendida “sucesión contractual”. La conexión o engarce jurídico viene dada, por otro lado, por el ámbito olvidado de la antiquísima institución de los “pactos sucesorios”. De donde la huida –evidente, aunque no se quiera ver– hacia el Derecho de Sociedades y el ámbito de los Estatutos Sociales. ¡Con lo fácil que sería **derogar** un par de artículos del CC, en concreto el 816 y el 1271-2.º!

EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y SU DIVERSIDAD LEGISLATIVA

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ

*Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Burgos*

*A la memoria de Miguel Juan de Magarola y Clariana,
primer presidente de la Real Academia de Jurisprudencia de
Barcelona, a cuya larga estirpe de juristas me honro en per-
tenecer.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FORALISMO Y EL AUTONOMO-
MISMO COMO PLANTEAMIENTOS OPUESTOS. III. LA CONSTITUCIÓN DE 1978
Y SUS CONSECUENCIAS. 1. El estado del Derecho foral y la deriva auto-
nomista. 2. Las competencias legislativas en materia civil de las Comu-
nidades sin Derecho foral. IV. BREVE TOMA DE RAZÓN DE LOS EFEC-
TOS DE NUESTRA PLURALIDAD LEGISLATIVA.

I. Introducción

Cuando el ilustrísimo Sr. decano de la facultad de Derecho me hizo el encargo de pronunciar la lección inaugural del curso académico 2006-2007, acepté inmediatamente, al tiempo que agradecía el honor que se me confería al incorporarme a la ya larga lista de oradores que han ocupado esta tribuna con tan fausta ocasión, y pedí algo de tiempo para concretar el tema de la lección. Poco tardé en hacer balance entre los temas que ocupan el escenario del civilista español de estos primeros años del siglo XXI, y en llegar a la conclusión de que, sin duda alguna, la cuestión que más largo tiempo ocupó la atención de los juristas españoles del siglo XIX, y no pocos de los esfuerzos del siglo XX, cobra de nuevo tintes de verdadera urgencia y se presenta como una de las interpelaciones más importantes que la marcha de las cosas dirige a los civilistas: el estado actual de la diversidad legislativa que singulariza el Derecho civil español respecto de todos los Derechos civiles del llamado sistema continental, desde el período codificador, y que ahora se muestra bajo una luz distinta (1).

El reto es delicado y los caminos que hay que seguir para afrontarlo están llenos de dificultades, como podrán comprobar quienes me escuchan, pero acude en mi ayuda la modestia de la pretensión que me guía, que, lejos de consistir en proponer soluciones, se limita a exponer un sucinto catálogo de problemas de variado orden a los que habrá que buscar colectivamente soluciones. Desde luego, honradamente creo que no se puede tratar prioritariamente de otras cuestiones, de las muchas que cargadas de interés suscita la marcha actual del Derecho civil, sin faltar al primero de los deberes de un docente y de un investigador, que no es otro que acotar los contornos de lo que hoy llamamos área de conocimiento y sin sucumbir a un sospechoso secretismo, muy distante de la claridad del debate habido hace aproximadamente doce décadas, porque son precisamente esos contornos los que, entre otras muchas cosas, como el método a seguir para hacerlo, se hallan en juego en los tiempos que nos toca vivir.

Para ello es imprescindible un breve planteamiento histórico que me propongo llevar a cabo con ayuda de dos obras de la máxima influencia y altura teórica del Derecho civil español del pasado siglo y probablemente de todos los tiempos, que son el *Derecho civil de España*, de don Federico DE CASTRO Y BRAVO, y el *Derecho civil español, común y foral*, de

(1) De “eterno retorno del Derecho foral” hablaba con brillante verbo y profesión de fe foralista el profesor ALONSO PÉREZ en la lección inaugural del curso académico 1998-1999, titulada *Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos*, Salamanca, 1998, pp. 107 y ss., aunque tal vez ese posicionamiento tiene sabor a secreta despedida nostálgica del punto de vista foralista.

don José CASTÁN TOBEÑAS, obras ambas cuya repercusión en la formación de los civilistas hispanos en vano intentaríamos ponderar, y a las que expresamente me remitiré para todos los datos referentes a codificación y unidad legislativa en materia civil desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta mediados del pasado siglo XX.

Los Estados de la Europa del llamado Derecho civil o Derecho continental por contraposición al Derecho inglés, a pesar de sus muy diferentes historias y tradiciones jurídicas, tienen en común el contar una codificación única de su Derecho civil e incluso de su Derecho privado, y también un extenso pasado de diversidad de regulaciones dentro de sus territorios. Basta pensar en que un Estado tan uniforme y centralizado como Francia tuvo una radical diferencia entre los *pays de droit coutumier* del Norte y los *pays de droit écrit* del Sur, o en un Estado de tan reciente unificación como el italiano, por citar dos de las experiencias jurídicas más próximas a la española, cuya diversidad normativa generó, junto a su genio jurídico, la doctrina estatutaria, verdadero germen del Derecho internacional privado.

Todos ellos compartieron en la Edad Moderna la aspiración de mejorar su Derecho, y todos ellos colmaron en la Edad contemporánea esa aspiración hacia la certidumbre y la igualdad en la aplicación del Derecho mediante la unificación legislativa y la codificación de las distintas ramas del ordenamiento jurídico, señaladamente mediante la promulgación de códigos únicos de Derecho penal, de Derecho civil y de Derecho mercantil.

El Reino de España no fue en absoluto ajeno a tales aspiraciones y tendencias, en las que el Reino de Castilla había sido precursor mediante la puesta en vigor de las Siete Partidas durante el reinado de Alfonso X, y buena parte de sus juristas de la Ilustración, como el marqués de la Ensenada, Macanaz y el más influyente en la posteridad, JOVELLANOS (2), nos ha transmitido en sus obras la idea de que tal mejora del Derecho positivo era indispensable para el progreso de las naciones y para la seguridad y la igualdad de sus habitantes. Sin embargo, este ideal de la Ilustración no produjo ningún fruto inmediato (3) en España (4), lo que en

(2) CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, tomo I, reimpreso por Civitas, Madrid, 1985, p. 185, donde señala el nacimiento de esa inquietud ya en tiempo de la dinastía Habsburgo.

(3) Ciertamente sólo Prusia y Austria se dieron Códigos directamente inspirados por los ideales Ilustrados, como fueron el llamado ALR, Código General de los Estados Prusianos, y el todavía vigente Código Civil austríaco, en los que se aprecia la impronta del iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna.

(4) Sólo la modestísima Novísima Recopilación llevada a cabo por MARTÍNEZ MARINA en 1805 puede reconocerse como hija del ideal ilustrado, pero alejada del verdadero significado de un Código.

absoluto constituyó una singularidad, ya que ni Francia, ni Italia, ni Portugal llegaron a tener Códigos de esta primera generación.

Sin detenernos en la obra legislativa del invasor francés por la obvia razón de no ser Derecho español, por más que formalmente tuviese vigencia en España, y tener por ello un interés exclusivamente histórico, es precisamente durante la llamada Guerra de la Independencia cuando se inicia una marcha más decidida hacia la unificación legislativa y la codificación. El primer impulso viene de la mano de un diputado catalán en las Cortes de Cádiz, ESPIGA Y GADEA, quien propone la formación de Comisiones de reforma legislativa, que entre otras cosas redacten los códigos civil, penal y mercantil (5), idea que inspira el artículo 258 de la Constitución de Cádiz, que dispuso que “el Código civil y criminal y el de comercio serán unos y los mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes”.

Se inaugura así un período en el que unificación legislativa y codificación van de la mano en las tres materias mencionadas, y que va a rendir frutos en materia mercantil y penal, pero no en materia civil, materia que sólo en las Repúblicas americanas, tras su independencia, va a cristalizar en Códigos civiles unificados a lo largo del siglo XIX. Cómo y por qué tuvo lugar este proceso es algo que habremos de estudiar muy resumidamente.

El impulso hacia la codificación y unificación legislativa en materia civil tropezó, como todo el espíritu constitucionalista, en primer lugar con la recaída en el absolutismo que se produjo en el año 1814. Su relanzamiento en el segundo período constitucional (1820-1823) se plasma en el nombramiento de una nueva Comisión redactora (6), que llega a publicar un proyecto de título preliminar y un libro I, que fueron sin duda la más original muestra de este período codificador.

En efecto, pasado este momento, y en consonancia con la profunda decadencia de los estudios jurídicos, los proyectos subsiguientes tienen ya una mucho mayor influencia del Código francés (7). Los trabajos oficiales para la elaboración de un Proyecto de Código Civil se reanudan en 1833 con el encargo a M. M. CAMBRONERO de un Proyecto, por RD de 9 de mayo del citado año, que no pudo culminar. El nombramiento de una

(5) *Diario de Sesiones*, 9 de diciembre de 1810 y 9 de abril de 1811. Puede verse resumen de sus propuestas en F. DE CASTRO, obra citada, p. 187, nota 1.

(6) Fue el 22 de agosto de 1820 y estuvo integrada por CANO, SILVES, HINOJOSA, CUESTA, SAN MIGUEL, NAVARRO y GARELLY. CASTRO, F. de: obra citada, p. 187, nota 4.

(7) Así ocurre con el Proyecto de Código Civil puramente privado elaborado por Pablo GOROSABEL, que fue objeto de dos ediciones en Tolosa en 1837 y 1846.

nueva Comisión por RD de 29 de enero de 1834 (8) permite terminar un Proyecto, que no llega a tramitarse por circunstancias políticas, aunque se remitió a las Cortes, y que es retomado por otra Comisión en 1838 para adaptar a los cambios habidos en la jurisdicción y sobre todo a la llamada unificación de fueros, y a otra en 1839, que tampoco logra culminar el empeño.

Va a ser el ambiente político más calmado de la llamada década moderada el que permita relanzar los trabajos, ya carentes del significado revolucionario que en otro tiempo pudieran tener, con la finalidad exclusivamente técnica de mejorar el Derecho (9) y facilitar su aplicación. En este contexto se crea por RD de 19 de agosto de 1843 la Comisión General de Códigos, presidida por M. CORTINA, que fija las bases de la tarea codificadora, manifestando el máximo respeto por los derechos adquiridos, y empieza la redacción de un Código Civil. Disuelta esa Comisión y nombrada otra por RD de 11 de septiembre de 1846, consigue ésta culminar un Proyecto de Código Civil que se remite al Gobierno el 8 de marzo de 1851. Se trata de un Proyecto que tampoco va a llegar a tener vigencia (10), de nuevo por avatares políticos que aconsejaron al Gobierno no aceptarlo, cediendo a las presiones de los juristas de territorios con Derecho civil propio, y someterlo a un trámite de información pública de efecto dilatorio, y que reaviva lo que en adelante iba a ser el mayor obstáculo a la codificación y la unificación legislativa en materia civil.

Quiebra así el impulso iniciado por la Constitución de 1812, se detiene el proceso codificador, e incluso tras la revolución de septiembre de 1868 se constitucionaliza la variedad legislativa (11). Cuando se retoma el proceso codificador tras la Restauración de la Monarquía y la promulgación de la Constitución de 1876, la codificación civil es cada vez más urgente políticamente, y más reclamada por la práctica jurídica a pesar de que para entonces se habían publicado una serie larga de importantes leyes especiales en materia civil de aplicación general, además de los Códigos penal y de Comercio (12). Subsiste en materia civil el obstáculo de la

(8) Comisión compuesta por TAPIA, VIZMANOS y AYUSO.

(9) CASTRO, F. de: obra citada, p. 188, nota 1, da cuenta del recuento efectuado en 1836 de la legislación aplicable, que arrojaba el saldo de 13.627 leyes.

(10) Sus redactores fueron GARCÍA GOYENA, LUZURIAGA, BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY, y fue publicado por F. GARCÍA GOYENA bajo el título de *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, y ha sido objeto de múltiples reediciones, de las que ha de destacarse la realizada con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

(11) CASTRO, F. de: obra citada, pp. 192 y ss.

(12) Se trata de la Ley Hipotecaria, la Ley del Notariado, la Ley de Aguas, la Ley de Minas, la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil.

llamada cuestión foral (13), pero se va a procurar sortear “haciendo colaborar en la obra codificadora a sus contradictores” (14).

Tal colaboración, dirigida a hacer desaparecer cualquier recelo, se instrumentó por RD de 2 de febrero de 1880, que introdujo en la Comisión de Códigos, presidida por Manuel ALONSO MARTÍNEZ (del partido Liberal de P. Sagasta), a los juristas representantes de los territorios forales. El citado presidente de la Comisión ideó el sistema de la Ley de Bases para facilitar un acuerdo en el seno de la Comisión que hubiese sido imposible en el políticamente agitado ambiente de las Cámaras. Pero este ingenioso procedimiento legislativo intentado mediante el Proyecto de 22 de octubre de 1881, y ciertamente muy apropiado para la codificación en general, fue visto con desconfianza por el Parlamento y hubo de volverse al sistema ordinario de discusión del Proyecto.

Sin embargo, pocos años después el ministro del otro partido turnante (el Conservador Liberal, presidido por Cánovas del Castillo), Manuel Silvela, rescató el sistema de Ley de Bases y presentó un nuevo Proyecto de Ley de Bases el 7 de enero de 1885. Durante su discusión se acentuaron los ataques a la Codificación con argumentos tomados del pensamiento de la Escuela Histórica alemana correspondiente a las primeras décadas del siglo XIX (15), o surgidos de las pretensiones científicas y sistematizadoras del profesor Augusto COMAS, autor de un Proyecto alternativo (16) que se defendió en el Senado. Pese a todo, y merced a importantes concesiones del Partido Conservador a los foralistas, el Proyecto de Ley de Bases se aprueba en parte y se continúa su discusión en la siguiente legislatura hasta su definitiva y total aprobación el 11 de mayo de 1888.

(13) La denominación foral había ido cobrando gran predominio y termina por dar nombre a un conjunto de situaciones del Derecho civil de ciertos territorios bastante poco homogéneo, como es sabido. Su origen lo sitúa CASTÁN TOBEÑAS, siguiendo a UREÑA, a mediados del siglo XVIII en el *Parabién del Rector y Claustro de la Universidad de Valencia al Rey Carlos III*, del valenciano Gregorio MAYANS Y SISCAR. Véase *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, volumen I, 2.ª edición. Revisada y puesta al día por A. ROMÁN GARCÍA, Madrid, 2005, p. 180.

(14) CASTRO Y BRAVO, F. de: obra citada, p. 193.

(15) Se trata de la archiconocida polémica surgida en los años veinte del siglo XIX entre THIBAUT y SAVIGNY, relativa a la codificación en Alemania, que se saldó con el frenazo del proceso codificador y con el auge de los estudios históricos que culminaron en la entrada en vigor del BGB con el siglo XX.

(16) COMAS, A.: *Proyecto de Código Civil*, Madrid, 1885 y también *La revisión del Código Civil español*, 1885-1902, obra apasionadamente crítica del Código Civil español, en seis volúmenes. Tiene especial interés, siendo además más compendiosa, su ponencia en el Congreso jurídico español de 1886, *Estructura apropiada para un Código Civil español*, Tipografía de M. G. Hernández, Madrid, 1886, un volumen de 29 páginas. En general, su proyecto alternativo es apreciado por su calidad científica, aunque se le suele juzgar menos adaptado a la realidad que el proyecto oficial.

Por lo que atañe a la diversidad legislativa o “cuestión foral”, el resultado se puede sintetizar en los siguientes puntos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley y en las Bases 2.^a y 27 de la Ley de 1888:

1.º) Se renuncia provisionalmente a la unificación legislativa y se redacta un Código que mantiene la vigencia, “por ahora” de los llamados Derechos forales con sus respectivos sistemas de fuentes. 2.º) Se prevé la redacción de una serie de apéndices al Código Civil que contengan el Derecho foral aplicable en determinados territorios con vistas a su futura incorporación a un Código único. 3.º) Se prevé la aplicación a todo el territorio del título preliminar del Código Civil y en el libro primero lo relativo a formas del matrimonio, así como su función de Derecho común de aplicación subsidiaria en cada territorio foral en el orden que le corresponda. 4.º) Se prevé un sistema para la resolución de los posibles conflictos de normas con aplicación de las reglas referidas al Derecho internacional privado, salvo la calificación, el reenvío y el orden público (que implican la existencia de dos o más Estados soberanos), y unas pocas reglas especiales que giran en cuanto al estatuto personal en torno a la idea de vecindad civil, como sustitutivo de la nacionalidad. 5.º) Se prevé la derogación de todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil llamado de Castilla.

Aprobado el Código Civil de 1889, elaborado de acuerdo con las previsiones de la Ley de Bases y discutido en ambas Cámaras, no se llegó a redactar otro apéndice foral que el correspondiente a Aragón y muy tardíamente, ya que se hizo Ley el 7 de diciembre de 1925, y las relaciones entre el Código y los derechos territoriales estuvieron largo tiempo regidas por el título preliminar originario del Código Civil, que tenía sin duda verdadero rango o alcance constitucional en estas cuestiones.

II. El foralismo y el autonomismo como planteamientos opuestos

Antes de proseguir el breve esbozo histórico de nuestra muy peculiar diversidad legislativa, es preciso clarificar qué ha de entenderse por Derecho foral, ya que se trata de una expresión bastante ambigua, y qué por foralismo. En efecto, si por Derecho foral entendemos el aplicable en algunas materias civiles en territorios que en algún momento tuvieron legislación propia, idea ésta muy extendida, estaríamos falseando la realidad hasta extremos insospechados, porque bajo el nombre de derechos o territorios forales se esconden realidades y situaciones muy diversas que nada tienen que ver, en ocasiones, con legislación propia, sino con predominio de otras fuentes del Derecho.

Del mismo modo, si por foral entendemos el territorio que ha tenido Derecho civil propio, todos los territorios españoles deberían tener tal consideración, incluidos los llamados territorios de Derecho común que perdieron el suyo con la codificación civil (17), por efecto de la disposición derogatoria que contiene el artículo 1.976 del Código Civil. Tampoco puede entenderse que se trate de aquellos territorios que vieron abolido su Derecho propio por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, porque algunos de los territorios forales, como Galicia, no experimentaron ese avatar, ya que nunca contaron con legislación propia, y otros que lo experimentaron, como Valencia, no han tenido la consideración de forales por su peculiar peripecia histórica que les hizo no tener Derecho propio tras la derogación llevada a cabo en los decretos de Nueva Planta. Además, la denominación foral, consagrada por el uso técnico, no era propia para algunos territorios con Derecho propio, como Cataluña (18), por lo que hubiera sido más exacto contraponer el Derecho común a los Derechos regionales y locales.

En suma, la foralidad de un territorio, la que reflejó la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, y otras normas anteriores y posteriores, así como el propio Código Civil, es “una simple cuestión de hecho: la subsistencia de fueros y costumbres particulares, separadas del Derecho común, en el momento de publicarse el Código” (19). Nada que ver, por lo tanto, con la existencia de un antiguo régimen de autonomía legislativa, como parece desprenderse de la referencia simplificadora a la existencia de distintas monarquías peninsulares durante la Edad Media, que es frecuente en la literatura jurídica y que en alguna medida inspira algunas interpretaciones del artículo 149.1.8.ª de la CE.

Así pues, la coexistencia del Derecho civil común, representado desde 1889 por el Código Civil, con los llamados Derechos forales, bajo el sistema de apéndices previsto por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, además de ser provisional y compatible con el mantenimiento de la unificación legislativa civil a largo plazo, no suponía en absoluto la existencia de otra competencia legislativa civil que la correspondiente a las Cámaras colegisladoras, el Congreso de los Diputados y el Senado, reguladas por la Constitución de 1876.

Esta situación no era puesta en duda por jurista alguno de los que debatieron en pro y contra del Código Civil, porque la codificación de los Derechos de los diversos territorios que propugnaba M. DURÁN Y

(17) En tal sentido, véase MOZOS, J. de los: *Derecho civil español*, I, Salamanca, 1977, p. 233.

(18) CASTÁN TOBEÑAS, J.: obra citada, p. 320 y nota 565.

(19) CASTRO Y BRAVO, F. de: *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5.ª edición, Madrid, 1970, pp. 59 y 60.

BAS (20) no podía sino ser aprobada, en su caso, por las Cámaras colegisladoras.

¿Cuándo surge el criterio autonomista como algo muy diverso del mantenimiento e incluso codificación de los Derechos civiles regionales? Probablemente como propuesta política es posible detectar muchos antecedentes, sobre todo a medida que nos adentramos en el siglo XX, pero la primera consagración del autonomismo en materia jurídico-civil en toda su amplitud se operó en la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931, cuyo artículo 15, regla 1.ª, reserva al Estado “en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”.

Esta reserva de competencia a favor del Estado, que como veremos ha resultado ser bastante equívoca en su parcial incorporación al artículo 149.1.8.ª de la Constitución de 1978, se operaba frente a la legislación de cualquier región constituida en régimen de autonomía, sin referencia alguna a subsistencia de antiguos Derechos civiles propios: cualquier región que refrendase un Estatuto de autonomía podría legislar en materia civil, salvo en las materias reservadas, que son más o menos el contenido de aplicación a todo el Estado del Código Civil de 1889 (art. 5.º de la Ley de Bases de 1888), a lo que se añaden los registros y las hipotecas y la sibilina expresión de las “bases de las obligaciones contractuales”, con la que la historia nos ha hecho reencontrarnos.

Sólo, por lo tanto, una interpretación apresurada puede llevar a pensar que el citado texto constitucional suponía el triunfo del ideal foralista (21), porque tal ideal no aparece por ninguna parte. Más bien, como

(20) DURÁN Y BAS, M.: *Congreso jurídico español. Tema primero. Estructura más apropiada para un Código civil español*, remata su ponencia con las siguientes conclusiones: “En resumen, pues, puede establecerse: I. Que no ha llegado para España la oportunidad de la codificación civil. II. Que si esta obra se acomete, no deberá realizarse con el criterio de la unidad legislativa. III. Que para el respeto debido a las legislaciones que rigen en distintos territorios, el sistema preferible es un código para cada uno de éstos”. Madrid, imprenta de la Revista de Legislación, 1886, p. 19. Ello no obstante, DURÁN Y BAS fue ministro de Gracia y Justicia en el Gobierno presidido por M. Silvela en 1899 y procedió en tal calidad a la creación de las Comisiones de cada territorio foral para la elaboración de los apéndices correspondientes.

(21) En algo parecido a tal error incurre M. PESET REIG, cuando escribe que, tras el Estatuto del año 1932, “el Parlamento catalán podría modificar y mejorar su Derecho foral, que ahora, como siglos antes, se adaptaría y tendría nuevas fuentes de creación”. La conexión de las competencias legislativas en materia civil, con la vuelta a una “edad de oro”, o etapa clásica del Derecho catalán, que sin duda brilló a finales del siglo XVI y durante buena parte del siglo XVII, y a algunos de cuyos más notorios representantes dedico estas páginas por tratarse de un Derecho jurisprudencial, opuesto a toda pretensión legislativa, es una hipótesis de una

puso de relieve DE CASTRO (22), es el triunfo del ideal diametralmente opuesto. En efecto, los foralistas y otros juristas teóricos de finales del siglo XIX en España (regeneracionistas como J. COSTA e institucionistas como GINER o AZCÁRATE, a quien podría calificarse como reformista), veían en los Derechos forales, y más en general en el Derecho consuetudinario (23), la creación del espíritu de los pueblos, opuesta a la improvisación de los legisladores. Por el contrario, la Constitución de 1931 implanta, en palabras de DE CASTRO, “la ilimitación del poder legislativo”, si bien repartido entre el Estado y las regiones con Estatuto de Autonomía, estatuto que no se concede en razón de ningún criterio histórico, sino que se concede en abstracto a las regiones que se constituyan como tales, cumpliendo el procedimiento político-administrativo establecido a tal efecto.

Tras la Guerra Civil se produce un total retorno a la situación anterior de pluralidad legislativa por coexistencia entre el Código Civil y los Derechos forales, y por ende se mantiene en principio el ideal de la unificación legislativa en materia civil, pero en los años cuarenta se produce un cierto movimiento promovido por “un grupo entusiasta de jóvenes juristas”, en palabras de DE CASTRO (24), que desde el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés consiguen que con aprobación oficial, por O. de 3 de agosto de 1944, se convoque en Zaragoza un Congreso Nacional de Derecho Civil para tratar de la cuestión foral. El Congreso se celebra del 3 al 9 de octubre de 1946 (justamente sesenta años después del Congreso Jurídico Español de 1886). Las conclusiones del Congreso mantienen el ideal de la unificación legislativa en materia civil, con una primera etapa consistente en la “compilación de las instituciones forales”. El Decreto de 23 de mayo de 1947 oficializa ese propósito e inicia la preparación de un Código “general para toda España”, lo que va a dar lugar a que el sistema de apéndices previsto por el artículo 5.º de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, ceda gradualmente el paso al llamado sistema de

ingenuidad científica admirable, pero imposible de compartir desde el rigor histórico. Véase “Derechos forales, del Antiguo Régimen al liberalismo”, en *Derechos civiles de España*, dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. MARTÍNEZ SIMANCAS, tomo I, p. 34, Pamplona, 2000.

(22) CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho civil de España*, citado, p. 233. En parecidos términos se expresa ALONSO PÉREZ, M.: obra citada, pp. 116 y ss., donde afirma: “La solución autonomista... supone la desaparición del Derecho foral. Ya no habrá más retorno”, con palabras referidas a una interpretación autonomista del artículo 149.1.8.ª de la CE. Ciertamente se usó poco durante la II República la autonomía legislativa en materia civil. Sólo Cataluña lo hizo y su Llei de pactes de conreu fue declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales republicano a instancia de las asociaciones de agricultores catalanas.

(23) Es interesante consultar la ponencia suscrita para el tercer tema (Valor de la costumbre y de la jurisprudencia) del *Congreso jurídico español* de 1886 por F. GINER DE LOS RÍOS, J. COSTA, B. OLIVER y J. M. PANTOJA, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1886, un volumen de 33 páginas.

(24) CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho civil de España*, citado, p. 234.

compilaciones, que no es otra cosa que la codificación de los Derechos forales que inaugura la de Vizcaya y Álava (Ley de 30 de julio de 1959) y cierra el Fuero Nuevo de Navarra (Ley de prerrogativa del Jefe del Estado de 1 de marzo de 1973) (25).

No hay ni tiempo, ni espacio en que desarrollar mínimamente las implicaciones de este cambio de apariencia de los Derechos forales, ni tampoco lo hay para glosar las modificaciones posteriores operadas en las mismas compilaciones (26). He de limitarme a indicar que las últimas compilaciones podían llevar consigo importantes fricciones con el sistema de fuentes regulado en el título preliminar del Código Civil y con el Decreto de 23 de mayo de 1947, y que concretamente el Fuero Nuevo de Navarra fue más un ambicioso Código del siglo xx, que una compilación de Derecho propio de raigambre histórica, aunque en parte esa fuera su significación.

Hay por último otro hito en la evolución de las relaciones entre el Código Civil y los Derechos forales que no puede pasarse por alto. Se trata de la reforma del título preliminar del Código Civil que ubica las relaciones entre el Derecho común y el Derecho foral en el artículo 13, actualmente vigente, de contenido no muy divergente del artículo 12 de la primitiva redacción. Así el artículo 13.1 reitera la aplicabilidad general del título preliminar del Código Civil y del título IV del libro I, relativo al matrimonio, pero exceptuando las “normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”, lo que planteará más adelante un no pequeño problema con el llamado régimen “económico matrimonial primario”, que ya intuyó algún autor (27), y que se ha hecho visible con toda su crudeza en relación con la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981 (28).

Recapitulando lo tratado en este apartado, habría que concluir en el sentido de que el paso del sistema de apéndices al sistema de compilaciones que caracteriza los años del régimen autoritario, es ciertamente un período de auge del foralismo, ya que no en vano algunas de las llamadas Leyes Fundamentales recibieron el nombre de Fuero (Fuero del Trabajo de 1938, Fuero de los Españoles de 1945), pero con algún efecto paradójico de aproximación de los resultados a los de un sistema autono-

(25) Especialmente crítico con esta singularidad se muestra MOZOS, J. de los: obra citada, p. 357.

(26) Respecto de tales modificaciones, véase CASTÁN TOBEÑAS, J.: obra citada, pp. 410 y ss., y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: “Las compilaciones de Derecho civil especial hasta la transición política”, en *Derechos civiles de España*, tomo I, Pamplona, 2000, pp. 41 y ss.

(27) MOZOS, J. de los: obra citada, p. 323.

(28) CUESTA, J. de la: “Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario”, en *Homenaje a don Manuel Albaladejo García*, Madrid, 2005, pp. 1150 y ss.

mista, especialmente en el Fuero Nuevo de Navarra y en mucho menor grado en la Compilación Aragonesa. Así, respecto de la unificación legislativa del Derecho civil español, lamentaba DE LOS MOZOS en 1977 que “en el ánimo de muchos esta meta ha sido abandonada” (29), y había razones para ello en la formulación de las últimas compilaciones, pero lo cierto es que formalmente el Decreto de mayo de 1947 seguía vigente y la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 tomaba razón de que “se ha dado cima a las Compilaciones... que constituyen la primera etapa que ha de facilitar el logro de un Código general para España”, y era todavía posible formular propuestas metodológicas para alcanzar el objetivo indicado.

III. La Constitución de 1978 y sus consecuencias

1. El estado del Derecho foral y la deriva autonomista.

La llamada transición hacia la democracia desemboca en la redacción de una Constitución ratificada por los españoles en referéndum el día 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey ante las Cortes el día 27 de diciembre del mismo año. Este texto constitucional aportaba importantes novedades en el tema que nos ocupa, hasta el punto de que puede decirse que supone el abandono formal del objetivo de la unificación legislativa en materia civil como tendremos ocasión de comprobar. Pero además se inserta en un grupo de constituciones, las europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que son de aplicación directa, y de una gran incidencia en el Derecho privado (30).

Ahora bien, en orden a las competencias legislativas en materia civil, el Estado de las Autonomías, que es como se conoció en los medios de comunicación y vulgarmente la Organización Territorial del Estado que diseñaba su título VIII, la cuestión no era fácil de comprender, ni sus desarrollos posteriores eran todos absolutamente previsibles. En efecto, su artículo 148, apartado 1, al enumerar las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, no contempla las competencias legislativas en materia civil, sino que, por el contrario, reserva la competencia exclusiva en materia civil al Estado en su artículo 149.1.8.^a, con el siguien-

(29) MOZOS, J. de los: obra citada, p. 373.

(30) PERLINGIERI, P.: “Por un derecho civil constitucional español”, trad. por J. DE LA CUESTA, *Anuario de Derecho Civil*, número XXXVI, 1983, pp. 1 y ss., y del mismo autor y traductor, “Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 58 y ss.

te tenor: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias": 8.^a "Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del derecho foral o especial."

La impresión que produce al lector es que la opción del Constituyente —críticas a su defectuosa redacción aparte— es que se trata una opción de corte claramente foralista, en la que la competencia legislativa en materia civil, o es estatal, o está ligada a la existencia de Derecho foral en el territorio de una Comunidad Autónoma, y la extensión de esa competencia estará condicionada por las materias que contemple ese Derecho foral existente. Es decir, parece que la competencia legislativa en materia civil no es la norma para las Comunidades Autónomas, sino que es la excepción, y que *en todo caso* la excepción tiene a su vez una excepción que vendría a ser la competencia intangible del Estado reflejada en términos semejantes a los empleados por el artículo 15.1.^a de la Constitución de 1931.

Pero había demasiados guiños autonomistas en esa archicompleja regla 8.^a del artículo 149.1 CE, como para que la opción foralista fuese creíble y pacíficamente asumida, y la evolución posterior impulsada por el Tribunal Constitucional ha venido a sustituir sin prisa, pero sin pausa, una opción por la contraria: la opción foralista por la autonomista.

¿Cómo se ha producido el proceso? Es interesante comprobar que hace relativamente poco tiempo, en el año 1993, se fundaba una revista denominada *Derecho privado y constitución*, con la vocación expresada por su director en la presentación de ser un foro "institucional, específico y permanente para el estudio de esa recíproca incidencia de la doctrina privatista y constitucionalista" (31), y esta revista dedicó sus dos primeros números monográficamente al estudio del artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Estaban entonces recientes algunos fallos del Tribunal Constitucional que pueden resultar esclarecedores de las líneas de fuerza del proceso de inversión del significado del artículo 149.1.8.^a, algunas de las cuales estudia magistralmente el profesor BERCOVITZ, en cuya autoridad descansaré en las próximas líneas de este trabajo.

Los fallos del TC a que se refirió aquel trabajo son la sentencia 121/92, de 28 de septiembre, sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos

(31) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho privado y constitución*, I, 1993, p. 9.

de Valencia (ponente Sr. RODRÍGUEZ PIÑERO); la sentencia 182/92, de 16 de noviembre, sobre Ley de Prórroga de los Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia (ponente Sr. RODRÍGUEZ PIÑERO); la sentencia 88/93, sobre equiparación de hijos adoptivos en Aragón (ponente Sr. RODRÍGUEZ BEREJO), y la sentencia 156/93, sobre Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de Baleares (ponente Sr. GIMENO SENDRA).

Sin pretender abarcar las cuestiones tratadas habremos de fijar nuestra atención en algunos datos destacables. La primera de esas sentencias, la 121/92, se refiere a un territorio que no era considerado como foral y que en su Estatuto (LO 5/1982, de 1 de julio) había asumido competencia en materia civil, lo que contravenía el artículo 149.1.8.^a y el artículo 148.2 de la CE, ya que no habían transcurrido los cinco años exigidos para incorporar competencias del artículo 149 CE, circunstancia ésta que concurre en el resto de las sentencias citadas. Pues bien, esa cuestión ni siquiera fue suscitada por la Abogacía del Estado, por lo que la deliberación del TC se centró en si había un Derecho foral o especial valenciano que validase el ejercicio de esa competencia en relación con el artículo 150.2 de la CE, y la respuesta del TC fue positiva con argumentos que examinaremos, y en si era posible considerar que, en las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o Derecho propio, el ejercicio de esa competencia podía estar amparado por el artículo 148.1 CE, tesis que había sustentado el administrativista GARCÍA DE ENTERRÍA (32).

Creo con BERCOVITZ (33) que es insostenible tal interpretación, porque para ello debería existir una referencia en el artículo 148.1 CE a las competencias no mencionadas en el artículo 149 CE, lo que desde luego estaba muy lejos de la intención de sus redactores, pero es que incluso en

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 5 (1982), p. 89 y p. 100. Tal tesis consiste en que el artículo 149.1.8.^a CE prevé una competencia legislativa autonómica que no constituye desarrollo de unas bases estatales y no se articula como participación en una competencia exclusiva del Estado.

(33) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existen", *Derecho privado y Constitución*, número 1 (1993), pp. 25, 26 y 27. Reproduce similares argumentos en "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8.^a de la Constitución", en *Derechos civiles de España*, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 97 y ss. El argumento contrario sostenido por buena parte de los civilistas catalanes y especialmente por F. BADOSA COLL consiste en afirmar que el fundamento de la competencia legislativa civil de Cataluña está en la propia idea de autonomía que recoge el último inciso del artículo 137 de la CE: "Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses". En consecuencia, el "desarrollo del Derecho civil foral allí donde existiese" no se refiere al Derecho compilado, sino al "ordenamiento jurídico catalán", en su conjunto. BADOSA COLL, F.: "La reciente jurisprudencia constitucional sobre les competences de les CCAA en Dret civil", en *Iuris Quaderns de política jurídica*, 1994, pp. 11 y ss.

ese caso estaríamos ante la excepción de la excepción, ante “las bases de las obligaciones contractuales” en dos de estas sentencias, en las que, desde luego, por ser una competencia compartida no podría acudir al artículo 148.1 CE. Creo además que eso supondría utilizar la mera cuestión de hecho que es la existencia de Derecho foral no derogado por el Código, para dirimir qué comunidades autónomas tienen competencia legislativa en materia civil *ex* artículo 148 CE y cuáles no, lo que no deja de ser una interpretación discriminatoria de la CE.

Pero hay más consecuencias inmediatas en estos pronunciamientos: la sentencia 121/92 crea Derecho foral o especial donde no lo había, es decir, en Valencia, y lo hace con un argumento realmente discutible: la expresión “sin perjuicio de...” del artículo 149.1.8.^a CE “alcanza a las normas civiles de ámbito regional o local preexistentes a la Constitución de formación consuetudinaria”. El argumento es insostenible porque la costumbre es una fuente supletoria de primer grado en el Derecho común según el artículo 1 del Código Civil actual y según otros preceptos de su redacción originaria, y no tiene por qué ser Derecho foral o especial, y menos aún en materia de arrendamientos rústicos, materia en la que hay remisiones del Código Civil y la Ley arrendaticia a la costumbre (34).

En el caso de la sentencia 182/92, relativa a la Ley 2/1986 del Parlamento gallego, el argumento es perfectamente transferible porque, aunque se trata de una Comunidad Autónoma en la que existía Derecho foral, de nuevo se permite legislar no con base en tal preexistencia de Derecho foral, sino en la existencia de un Derecho consuetudinario al margen de la Compilación de Galicia, que además remitía al Código Civil, sólo que en este caso lo que se hace es ampliar las posibilidades de ejercicio de esa competencia legislativa (35).

Distinto juicio merece la sentencia 88/93, relativa a equiparación de hijos adoptivos en Derecho aragonés que carecía de disposiciones sobre filiación con anterioridad, porque tiende a delimitar la extensión del ejercicio de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con Derecho foral *ex* artículo 149.1.8.^a CE en un doble sentido: 1.º) Reconduce su ejercicio a este artículo de la Constitución y al correspondiente Estatuto de Autonomía y excluye la hipotética relevancia de la disposición

(34) El argumento se recoge en los votos particulares de don Carlos DE LA VEGA BENAYAS y don José GABALDÓN LÓPEZ, de la carrera judicial y fiscal respectivamente, pero el parecer mayoritario pronto se reflejó en Estatutos que asumieron competencia legislativa sobre materias reguladas por la costumbre en otras Comunidades Autónomas.

(35) La tendencia a partir del Derecho consuetudinario para transmutarlo en Ley era ya puesta de relieve por CUESTA SÁENZ, J. de la: “Reflejo del pensamiento de F. Gèny sobre la costumbre en la doctrina civilística española”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dirigidos por P. GROSSI, número 20 (1991), pp. 347 a 350.

adicional primera de la CE, que, de aplicarse al Derecho civil, podría hacer renacer todas las competencias legislativas de antiguos reinos. 2.º) Interpreta la palabra *desarrollo* del Derecho foral manteniendo una postura no limitativa al propio Derecho foral preexistente, pero tampoco expansiva a todo el ámbito material del Derecho civil, con excepción de las competencias reservadas al Estado en todo caso (36), sino por el contrario respecto de instituciones o materias conexas con las ya reguladas.

La “conexión”, que BERCOVITZ reconoce como una limitación indeterminada (37), a mi juicio sólo ha sido un débil y poco duradero obstáculo a la expansión completa, porque la interconexión de las instituciones civiles puede ser más o menos próxima e intensa, pero en último término es total o completa y produce la expansión de cualquier sistema jurídico (38), por lo que no hay, por desgracia, para la cada vez más lejana unificación legislativa ese punto intermedio que hubiese sido deseable entre limitar la competencia a las instituciones ya existentes, o abrirla por completo a nuevas instituciones.

Por último, esta misma argumentación sirvió en la sentencia 156/93, relativa a la reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares para declarar la constitucionalidad de su nuevo artículo 52 (Ley 8/1990), que eliminaba la exigencia de testigos en los testamentos abiertos, como luego hizo el propio Código Civil por Ley 30/1991, pero con variantes que contravienen la Ley del Notariado (39). La extralimitación era patente y en este caso dirigida contra la reserva de competencia exclusiva del Estado en materia de “instrumentos públicos”, de los que el testamento notarial es un claro exponente, según el artículo 144 del Reglamento Notarial (40),

(36) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, p. 50 y pp. 54 y ss. Es de notar que la sentencia de referencia tiene dos votos particulares de don Carles VIVER PI-SUNYER y don Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS, el primero de los cuales recoge la opinión dominante en la doctrina catalana según la cual cabe una interpretación *a sensu contrario* del artículo 149.1.8.ª CE, que permitiría legislar sobre todas las materias no contempladas en la segunda frase del precepto como en todo caso exclusivas del Estado, lo que en rigor hace innecesario acudir al “desarrollo de instituciones conexas” (F. BADOSA COLL, obra citada), mientras que el segundo disiente por muy diferentes y aun opuestos motivos.

(37) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, p. 59.

(38) Argumento similar esgrime el voto particular de GONZÁLEZ CAMPOS y, desde el punto de vista teórico, es una de las explicaciones de la recepción del Derecho romano, el “efecto de bloque” de su *Instituta*. Véase WATSON, A.: *The making of the civil law*, Harvard, University Press, 1984, parte I.

(39) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, p. 71 y nota 76.

(40) La redacción del artículo 149.1.8.ª de la CE procede de la enmienda presentada al Proyecto de Constitución en el Senado por el senador don Alberto BALLARÍN MARCIAL, ya que el Proyecto sólo mencionaba la ordenación de las hipotecas y los registros, como la Constitución de la II República. Véase MARÍN LÓPEZ, Juan José: “La ordenación de los registros e ins-

y pone de relieve que la conexión de materias, no sólo permite ampliar considerablemente la legislación civil de las Comunidades Autónomas con Derecho foral, sino que ha abierto alguna brecha, y podría abrir muchas más, en el reducto de la competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con la frase “en todo caso...” del artículo 149.1.8.^a de la CE por la vía de la interpretación aquí asumida por el Tribunal Constitucional.

En suma, y por lo que atañe a la contraposición foralismo-autonomismo, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional muestra una deriva autonomista poco o nada conforme con el texto constitucional. A tal efecto, hay que recordar la advertencia que formulaba el profesor BERCOVITZ en 1993 (41), que hoy tan sólo trece años después nos parece muy alejada en el tiempo, hasta convertirse en una referencia histórica. Y nos lo parece porque la interpretación *a sensu contrario* del artículo 149.1.8.^a CE ha dado lugar a una legislación civil en Cataluña que abiertamente pretende la redacción de un completo Código Civil (42), el CDCC (*Codi de Dret Civil de Catalunya*), cuya estructura y plan estableció el artículo 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña. Esta Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de abril de 2003 (Gobierno del Partido Popular), proceso que terminado por Auto del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2004, por el que el Pleno del citado Tribunal acuerda tener por desistido al Gobierno (ahora del PSOE) representado por el abogado del Estado, y por extinguido el proceso al no haber oposición de los personados (Parlamento y Generalitat), ni apreciar, como podía hacer de oficio, interés constitucional en que persista el proceso, lo que parece que permite pensar en que el Gobierno de España asume la interpretación autonomista del artículo 149.1.8.^a de la CE. Así pues, al tiempo presente tenemos ya vigentes la Ley Primera, la regulación de la familia y las sucesiones, y el Derecho civil patrimonial (obligaciones, contratos y derechos reales), con normas sobre prácticamente todo el Derecho civil, y en buena medida se ve consumada la deriva autonomista de

trumentos públicos como título competencial del Estado”, en *Derecho privado y Constitución*, número 2 (1994), pp. 133 y 134.

(41) “Conviene tener presente en todo momento este significado inicial del foralismo de nuestra Constitución actual, en legislación civil, frente al autonomismo, so pena de volver subrepticamente, y en forma parcial y discriminatoria a tesis autonomistas, es decir a tesis que únicamente podrían valer si nuestra Constitución hubiese decidido otorgar competencia legislativa en materia civil a todas las Comunidades Autónomas, salvo en determinadas materias, atribuidas al Estado (como hizo la Constitución de 1931)”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, p. 63.

(42) ESPIAU ESPIAU, Santiago: “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo”, *Derecho privado y Constitución*, número 14 (2000), pp. 78 y ss.

que se ha venido tratando, al haber sido asumida por el propio Gobierno de la Nación.

En consecuencia, el Derecho foral y el consuetudinario habría sido para algunos sólo un pretexto para señalar qué Comunidades Autónomas pueden tener su propio Código Civil, y cuáles no, tal y como preveía en 1993 el profesor BERCOVITZ al afirmar que “no cabe asumir el foralismo para determinar qué Comunidades autónomas pueden tener competencia en legislación civil, para luego apuntarse al autonomismo a partir de ese momento, a la hora de precisar las características y los límites de esa competencia” (43), de modo que la discriminación estaría consumada también en el momento presente.

Pero en la hora de la reforma de los Estatutos de autonomía aparecen datos todavía más concluyentes. Así, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Cataluña, contiene algunas previsiones en materia de Derecho civil, de las hay que destacar al menos dos:

1.^a El artículo 129, que establece lo siguiente: “Derecho civil. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.^a de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”.

2.^a El artículo 14, apartado 1, establece: “Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”.

Desde el punto de vista constitucional, y a riesgo de extralimitarme, creo que el artículo 129 no se compadece con el tenor de la STC 88/93 antes comentada, y que el artículo 14.1, puesto en relación con el artículo 115, apunta directamente contra la reserva de competencia del Estado, que comprende en “todo caso las reglas relativas a la eficacia y aplicación de las normas jurídicas”. Pero el Tribunal Constitucional, como siempre, tendrá la palabra, ya que se han presentado recursos de inconstitucionalidad, alguno de los cuales contiene tales argumentos entre sus fundamentos jurídicos.

No obstante, desde el punto de vista exclusivamente civil, el efecto derogatorio con relación a Cataluña de esta Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, sobre preceptos del título preliminar del Código Civil relativos a las fuentes y a la eficacia y aplicación de las normas, cuya importancia no es

(43) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, pp. 63 y 64.

preciso destacar, es indudable, comenzando por el propio sistema de fuentes del artículo 1 y terminando por las normas de conflicto interregional.

En suma, siempre hubo tras esta "cuestión foral", surgida a mediados del siglo XIX, una estrategia política, y no un problema exclusivamente jurídico (44), pero lo cierto es que la situación actual que ha venido gestándose en la doctrina del TC provoca una verdadera emergencia en el Derecho civil español, porque no de otro modo puede calificarse el que una Ley Orgánica predique la inaplicabilidad del sistema de fuentes regulado por el artículo 1 del Código Civil y concordante con el artículo 9.3 de la propia Constitución en una Comunidad Autónoma, y la eficacia extraterritorial de normas de una Comunidad Autónoma más allá de las que rigen cuestiones presididas por el llamado estatuto personal, y busque la legislación ordinaria previa al Estatuto un punto de conexión en la mera residencia de los extranjeros en el territorio. Incluso, en estos últimos casos, la regla de Derecho interregional contenida en el artículo 16.1.2.^a del Código Civil, según el cual no es aplicable a estos conflictos de normas lo dispuesto en el artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público, regla de lógica aplastante cuando sólo hay un Estado soberano detrás de esas normas en conflicto (45), ciertamente peligrá, más allá de lo que la

(44) Sin que ello suponga afirmar que se ha tratado siempre de una cuestión puramente ajena al pensamiento jurídico, como ha llegado a sugerir algún historiador del Derecho, como SCHOLZ, J. M.: "Acerca de la Historia del Derecho en España y Portugal", en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1982, p. 656. Muy al contrario, algunos de los debates del momento de la codificación civil revestían una cierta altura teórica, y fueron notablemente anticipadores. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la defensa del voto particular al artículo 5.^o del Proyecto de Ley de Bases de 1885, diametralmente opuesto al de M. DURÁN Y BAS, suscrito por M. ALONSO MARTÍNEZ, JOSÉ CANALEJAS MÉNDEZ y Germán GAMAZO CALVO, que llevó a cabo este último como alegato en favor de un sistema más propicio para la unificación legislativa, y que reseña LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la codificación española*, tomo 4-1, Madrid, 1979, pp. 466 y ss.

(45) Es muy ejemplarizadora de este pensamiento la ponencia en el *Congreso jurídico español* del año 1886 suscrita por G. AZCÁRATE, M. SILVELA y F. LASTRES, *Tipografía de M. G. Hernández*, un volumen de 14 páginas, Madrid, 1886, sobre el tema segundo, de cómo debe aplicarse a la pluralidad de legislaciones civiles coexistentes la doctrina de los Estatutos, es decir, sobre lo que hoy conocemos como Derecho interregional e interlocal. Los tres coautores introducen la ponencia ponderando la importancia del tema en tanto no se alcance la deseable unidad legislativa con un Código Civil de "sentido moderno, (su) texto claro, expresado en el lenguaje del día, frente a legislaciones respetables, sí, pero viejas al cabo, incompatibles en ciertos casos con los adelantos modernos, y a veces incomprensibles por aparecer escritas en idioma que sólo dominan los eruditos". Entrando ya en la materia, los coautores descartan el estatuto real, "pues a nadie se le ocurre desconocer la absoluta soberanía de España, sobre todo su territorio". La distinta ideología y militancia incluso de los firmantes (SILVELA era del Partido Conservador y llegó a ser su presidente y presidir el Gobierno de la nación, y AZCÁRATE fue diputado de adscripción republicana, aunque de diversos grupos políticos, y llegó a presidir el Instituto de Reformas Sociales, y LASTRES era del Partido Liberal) denotan la existencia de un cierto consenso entre los juristas españoles de distintas ideologías que participaron en aquel Congreso.

había hecho peligrar en cierta ocasión la incongruencia del legislador guiado por la apremiante obsesión de borrar cualquier discriminación por razón de sexo (46). Y pelagra no sólo por la existencia de enteros Códigos civiles autonómicos con normas de derecho patrimonial de la familia extraterritoriales, sin normas de conflicto claras, sino también y muy especialmente porque, como se verá más adelante, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre uniones de hecho y otras materias de índole civil, y lo han hecho con normas a las que los interesados pueden desear proporcionar efecto extraterritorial contrario a normas de orden público comunes o propias de otras Comunidades Autónomas (47).

En fin, no sólo el Estatuto de Cataluña al que nos hemos referido plantea este tipo de problema respecto de normas del título preliminar del Código Civil, porque hay algún otro Estatuto, como el de la Comunidad valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 abril), Comunidad Autónoma ésta cuyo ingreso entre las Comunidades Autónomas con Derecho foral proviene de la creatividad del Tribunal Constitucional, ya que no de su historia, como se vio con anterioridad, y aunque tal Estatuto no tiene aparentemente el mismo alcance, puesto que en su artículo 49.2 se limita a atribuir a la Generalitat valenciana la competencia para “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano”, respetando el tenor literal del artículo 149.1.8.^a de la CE, puede llegar a tenerlo (en virtud de la llamada comúnmente cláusula Camps), y, por otra parte, porque el artículo 7.1 anuncia que “el desarrollo legislativo de las competencias primará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fue-

(46) Basta, para notar tal incongruencia del legislador, observar la redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil por Ley 1/1990, de 15 de octubre. El apartado 3 nos dice que la validez de los pactos y capítulos matrimoniales se rige por la Ley aplicable a los efectos del matrimonio, es decir, según el apartado 2 inmediatamente anterior, se rige por la ley personal común a los cónyuges y en defecto de ley personal común, por la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de ellos elegida por ambos en documento auténtico antes del matrimonio, es decir, en capítulos matrimoniales. ¿Cómo se califica entonces la validez de esa elección hecha en capítulos matrimoniales? ¿Habría que acudir a los disparatados criterios subsidiarios que recoge el mismo apartado 3 a continuación como si no hubiese acuerdo entre los cónyuges? Es este un ejemplo grosero de *petitio principii*, de tautología o, si se quiere, de entrada en un círculo vicioso de remisiones, muy alejado de la racionalidad que debe caracterizar a las leyes merecedoras de tal nombre.

(47) Me refiero a la posibilidad real de que uniones de hecho registradas en una Comunidad Autónoma, cuya legislación establece un registro de parejas a las que permite pactar algún remedo de régimen económico matrimonial, pretendan que el Registro de la Propiedad publique tal régimen (v. gr., la ganancialidad) sobre bienes situados en ese o en otro territorio de Derecho común o con distinta legislación sobre uniones de hecho que sea más respetuosa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el patrimonio de las parejas de hecho, jurisprudencia que dimana de normas de orden público, como las que regulan los regímenes económico-matrimoniales, dando lugar a una seudoganancialidad, por ejemplo, oponible a terceros desde que acceda al Registro de la Propiedad.

ros del Histórico Reino de Valencia”, lo que no deja de ser una intención que, aunque no apunta textualmente de modo directo y prioritario al Derecho civil, tampoco permite excluir que pueda hacerlo en el futuro inmediato.

2. Las competencias legislativas en materia civil de las Comunidades sin Derecho foral.

Sería muy engañoso, sin embargo, difundir la idea de que la pluralidad legislativa en materia de Derecho civil dimana sólo y principalmente de la deriva del Derecho foral antes y después de la Constitución del año 1978, porque hay otra fuente todavía mayor de diversificación legislativa en materia civil que no radica en el artículo 149.1.8.^a de la CE y que no guarda, por ende, relación con la existencia previa de Derecho foral o especial.

Se trata ni más ni menos que de la diversificación procedente del ejercicio de competencias legislativas sobre algunas de las materias enumeradas en el artículo 148 de nuestra Ley de leyes, que como es sabido no dedica ninguno de sus apartados a permitir la asunción de competencias civiles por las Comunidades Autónomas, y que por virtud de la creativa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en parte, y en parte por la pura y simple osadía de todas las Comunidades Autónomas, ha dado lugar a un fenómeno si cabe todavía más preocupante por su extensión y progresión.

De nuevo, cronológicamente, el fenómeno surge poco tiempo después de la entrada en vigor de la Constitución, y de nuevo va a ser el Derecho agrario (como en los casos antes estudiados de Valencia y Galicia respecto de la conversión en leyes de costumbres no forales) el que sirva de punta de lanza de este bastante previsible movimiento legislativo de consecuencias tan predecibles como difíciles de racionalizar y encauzar (48). La ocasión, en efecto, la brindó la competencia recogida en el artículo 148.1.7.^a de la CE, relativa a “la agricultura y ganadería de acuerdo con la ordenación general de la economía”, con base en la cual la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria en Andalucía. La interposición de recurso de inconstitucionalidad por cierto número de senadores contra varios de sus preceptos tenía, entre otros fundamentos, el de la falta de competencia en materia civil de la Comunidad Autónoma de Andalucía, motivo que el TC desestimó en

(48) Aunque con argumentos menos taxativos, otras sentencias del TC precedieron a la que vamos a estudiar. Se trata de las SSTC 71/1982 y 88/1986, que permitieron el ejercicio de competencia legislativa civil en torno a las competencias de comercio interior y protección de consumidores y usuarios (art. 148.1.12 y 13 de la CE).

STC 37/1987 (ponente don Jesús LEGUINA VILLA) (49) fundándose en que “si la Comunidad Autónoma... es titular de una competencia específica para legislar en materia de reforma y desarrollo del sector agrario, como efectivamente así dispone el artículo 18.1.4.º de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley de Reforma Agraria impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el artículo 149.1.8.ª de la Constitución”.

De acuerdo con tal razonamiento, cualquiera de las competencias legislativas que enumera el artículo 148 de la Constitución, como agricultura, urbanismo y ordenación del territorio, medio ambiente, montes, y otras muchas, que sin duda afectan a la propiedad inmueble, y lo pueden hacer mediante normas administrativas, pero también mediante normas civiles, si están recogidas en un Estatuto de Autonomía, incluirían dentro de sí la posibilidad de legislar “sobre la propiedad de la tierra y su función social”, mediante una legislación civil cuya emanación será necesaria para ejercer la competencia legislativa de que se trate.

Ciertamente hay otros pronunciamientos más matizados y con mayor altura doctrinal y acierto, como el ya citado 182/1992, sobre arrendamientos históricos en Galicia, que afirma que el título competencial del artículo 148.1.7.ª “no habilita a las Comunidades Autónomas para legislar en materia civil”, o la STC 62/1991, de 22 de marzo, sobre protección de los consumidores en Galicia, que distingue entre los aspectos administrativos, cuya regulación por una Comunidad Autónoma difícilmente podrá exceder el título competencial correspondiente, y los aspectos jurídico-privados, en los que la competencia exclusiva del Estado podría ser invadida por una legislación autonómica. Pero lo cierto es que hay ya una muy abundante legislación autonómica, dotada de normas con efectos civiles,

(49) Se trata de una sentencia que ha sido objeto de una alabanza doctrinal, especialmente desde el campo administrativo, pero también, desde el punto de vista civil, absolutamente injustificada. No sólo ha servido para enardecer e incentivar las extralimitaciones de las CCAA en materia civil, sino que materialmente declaró constitucionales inmisiones en la propiedad por vías administrativas (la expropiación del uso y el arrendamiento forzoso) y tributarias (el impuesto de tierras infrutilizadas) absolutamente anacrónicas (como ya lo era la equivalente Ley estatal del año 1978, Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables), inaplicables e incompatibles con el Derecho de la Política Agrícola Común, que ya era el aplicable en el momento del fallo, con primacía sobre el Derecho interno. Hoy la simple lectura del artículo II 77 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que afirma en su último inciso que “el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”, está claro que vetaría una regulación del uso contraria a las normas de la Política Agrícola Común, si el texto llegase a tener vigencia. Pero en todo caso hay que recordar que el Proyecto de Constitución Europea ha sido aprobado en *referéndum* en España.

como lo pone de relieve la extensión de la obra *Derechos civiles de España*, en nueve volúmenes, dirigido por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y don Julián MARTÍNEZ SIMANCAS, en cuyo prólogo los codirectores aluden “al Derecho civil autonómico nacido del ejercicio de competencias legislativas sobre las más variadas materias” (50).

Ese Derecho civil de las Comunidades Autónomas tiene hoy un contenido muy extenso y muy variado, ya que abarca desde el Derecho de la persona (tutela legal de los desamparados), por remisión del propio Código Civil (arts. 172 y ss. redactados por la Ley 11/1987), Asociaciones, Fundaciones, Cooperativas, pasando por el Derecho de obligaciones y contratos (comercio minorista, protección de consumidores, responsabilidad por daños cinegéticos), propiedad urbana (Leyes del Suelo y Valoraciones), propiedad rústica (Concentración parcelaria, Montes, Espacios Naturales, Caza) e incluso relaciones familiares de hecho (Leyes sobre parejas de hecho).

Que muchas de las leyes autonómicas que regulan todas estas materias incurrir en notorias extralimitaciones es algo que no se puede dudar. Vamos a fijarnos en dos ejemplos muy extendidos y caracterizados, que son las llamadas leyes sobre uniones de hecho o parejas estables, y las leyes de caza, en cuanto que regulan aspectos relativos a la responsabilidad civil surgida de los accidentes causados por especies cinegéticas.

Sobre el problema de las uniones o parejas de hecho tiene especial interés el estudio publicado por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (51), en el que pasa revista a la abundante legislación autonómica. Para ello hay que partir de que la jurisprudencia del TC y del TS (52) rechaza la equiparación jurídica a efectos económicos de tales situaciones con el matrimonio, porque precisamente éste es el punto en que se apoya la competencia de las CCAA para legislar sobre tal materia. Pero estima el citado autor, y creo yo que con todo acierto, que además del bloque de normas administrativas que contienen estas leyes autonómicas, de cuya constitucionalidad no se puede dudar, aunque sí tal vez de su necesidad, hay otro bloque de normas que regulan el régimen económico e incluso el régimen sucesorio, y las relaciones personales derivadas de la convivencia, cuya constitucionalidad es más que dudosa por falta de título competencial. Y aunque las CCAA que no tienen competencia sobre partes del

(50) *Derechos civiles de España*, dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. MARTÍNEZ SIMANCAS, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 8.

(51) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*, número 17, 2003, pp. 61 y ss.

(52) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia...”, citada, p. 61, nota 1, cita dos autos y once sentencias del TC en tal sentido, y en la p. 62, nota 2, cita una larga serie de sentencias del TS.

Derecho civil, según el artículo 149.1.8.^a de la CE, son menos osadas a la hora de legislar (53), sobre lo legislado por ellas afirma BERCOVITZ (54) rotundamente: “Estas normas autonómicas sobre materia civil carecen de todo respaldo, tanto constitucional, como autonómico. Su inconstitucionalidad resulta indudable, por falta de competencia legislativa alguna de las Comunidades Autónomas correspondientes”.

“Ni siquiera nos encontramos en algún caso con la posibilidad de encajar semejante contenido legislativo, al menos en parte, en algún precepto de los Estatutos de Autonomía en cuestión del que derive una competencia legislativa, que, al menos formalmente pudiese esgrimirse para invadir materias como éstas, propias de la legislación civil” (55).

Podría pensarse que en las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil (56), la situación será diferente. Pero no es así, tal vez porque también es mayor su atrevimiento, y regulan una especie de régimen económico, semejante al contenido en los artículos 1.315 y siguientes del Código Civil, conocido como régimen económico matrimonial primario (gastos comunes, vivienda, derechos del supérstite, etc.), cuando está claro que ningún Derecho foral regulaba la materia de las uniones de hecho, ni materia alguna conexa con ella, de modo que no puede acudir al desarrollo del Derecho foral o especial existente. Y por si esto fuera poco, además se remiten, como también las leyes anteriormente estudiadas de CCAA sin Derecho civil propio, a la “convivencia marital”, a la “relación de afectividad análoga a la conyugal”, lo que apunta sin duda hacia una *causa civilis obligandi*, que sería la misma del matrimonio (57), sometiéndolo a una forma distinta de la del matrimonio en contra de lo prevenido en el artículo 13 del Código Civil, que declara su aplicabilidad a todo el territorio, y en el artículo 149.1.8.^a de la CE, que sin duda atribuye de modo inequívoco esa competencia exclusivamente al Estado.

El otro ejemplo al que anuncié que me remitiría es el relativo a la responsabilidad por los accidentes causados por las piezas de caza. Esta

(53) El citado autor incluye en este grupo las Leyes de Valencia, Asturias, Madrid, Andalucía, Canarias y Extremadura, “La competencia...”, citada, p. 68.

(54) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia...”, citada, pp. 69 y ss.

(55) Ninguno de los preceptos citados en las Exposiciones de Motivos contiene competencia legislativa ni sobre parejas de hecho, ni sobre materias directamente relacionadas. Así las Leyes extremeña, canaria, madrileña y valenciana se basan en la promoción del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, mientras que la Ley andaluza lo hace en su competencia sobre orientación familiar.

(56) R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO estudia, entre éstas, Cataluña, Baleares, Aragón, Navarra y País Vasco. Obra citada, pp. 72 y ss.

(57) Al menos, tal y como entienden el matrimonio las Leyes de reforma del Código Civil 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio.

materia estaba regida por una Ley estatal, la Ley de Caza del año 1970, pero tras la reforma de los Estatutos de Autonomía han sido muchas las CCAA que han legislado sobre la materia que les había sido atribuida en la reforma estatutaria, y lo han hecho de forma muy variada (58), y con muy diversos niveles de adecuación a la realidad.

Pero lo que aquí más directamente interesa es la adecuación de tal legislación a las competencias de las CCAA en materia civil, adecuación que desde tiempo atrás ha sido puesta en duda por la doctrina, ya que el artículo 148.1.11 de la CE, que se refiere a “la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial”, no cabe duda de que permite que los Estatutos de Autonomía consagren competencias legislativas exclusivas en materia de caza, pero tal competencia, indiscutible en cuanto a los aspectos administrativos (terrenos cinegéticos, licencias, etc.), resulta problemática respecto de los temas civiles, como la adquisición de la propiedad de las piezas de caza, la responsabilidad civil del cazador y la responsabilidad civil derivada de los daños generados por la caza, y ha sido puesta en duda, como ya se ha dicho, por muy fundadas opiniones doctrinales (59).

El resultado de esta generalizada asunción de competencias sobre la caza ha sido que, sobre todo en lo atinente a la responsabilidad civil por los daños ocasionados por las especies cinegéticas, de cuantía creciente por la irrupción de animales en toda clase de vías públicas, ha habido una tan gran dispersión, que F. CUENCA ANAYA postulaba la conveniencia de que el Estado hiciese uso de la facultad que le confiere el artículo 150.3 de la Constitución de dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones autonómicas (60).

Pero la cuestión, con fundamento en otro título competencial, ha sido más tarde abordada por la legislación estatal en la reforma de la Ley de Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial realizada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, que ha añadido una disposición adicional no-

(58) Tiene especial interés en esta materia el muy completo cuadro que ofrece F. CUENCA ANAYA en “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, *Revista Jurídica del Notariado*, número octubre-diciembre 2004, pp. 9 y ss.

(59) CABALLERO LOZANO, J. M.: “Responsabilidad civil cinegética en Castilla y León”, *Revista jurídica de Castilla y León*, número 2, 2003, pp. 193 y ss.; PARRA LUCÁN, M. A.: “La responsabilidad por daños producidos por animales de caza”, *Revista de Derecho civil aragonés*, número 2, 1999, pp. 29 a 31, aunque esta autora concede tal competencia a las CCAA que puedan desarrollar su Derecho civil foral. También, con nuevos datos, CABALLERO LOZANO, J. M.: “La nueva responsabilidad por daños causados por piezas de caza en Castilla y León tras la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas financieras”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, número 10 (2006), pp. 135 y ss.

(60) CUENCA ANAYA, F.: obra citada, p. 43.

vena (61), reguladora de la responsabilidad por los daños producidos por piezas de caza. La nueva regulación incide en la materia regulada por las Leyes de Caza autonómicas, algunas de las cuales se han adaptado inmediatamente (62), pero de nuevo lo han hecho de modos muy diferentes y contradictorios, con lo que el resultado bien puede calificarse de caótico.

El caso de Castilla y León es paradigmático, ya que nuestra Ley de Caza (Ley 4/1996, de 12 de julio) reguló la cuestión en su artículo 12, atribuyendo la responsabilidad a los titulares de los derechos cinegéticos (titulares de cotos de caza en cuyo plan cinegético existiese la caza mayor), y estableciendo un seguro de responsabilidad suscrito por la Administración autonómica, con una cierta franquicia. El incremento del coste del seguro fue exponencial, de modo que se incrementó en años sucesivos la franquicia a cargo del titular del coto, y por Ley 14/2001, de 28 de diciembre, se modificó el artículo 12 y se extendió la responsabilidad a todos los cotos de caza, incluidos los de caza menor y los vedados voluntarios. El problema continuó creciendo y con él el coste de los seguros para la Administración y los particulares, y es en este punto en el que incide la reforma de la Ley de Tráfico mencionada y ocasiona una nueva reforma del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, que en su primer apartado se remite a la legislación “estatal aplicable” (¿La Ley de Caza de 1970 o la Ley de Tráfico de 2005, o ambas a la vez?), y añade un segundo párrafo que establece que, cuando el accidente ocurra en terrenos vedados, la responsabilidad corresponderá al propietario de los terrenos.

En fin, decía nuestro eminente jurista clásico Francisco SUÁREZ que la Ley es “precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado” (63), y cabe preguntarse si las normas autonómicas en la materia que hemos citado cumplen uno solo aunque sea, de estos requisitos (64), pregunta de

(61) La citada disposición adicional novena atribuye en primer lugar la responsabilidad al conductor que hubiese infringido normas reglamentarias, al titular de los derechos cinegéticos sobre el terreno de que proviniese el animal si el accidente ocurre con ocasión de partidas de caza o por mala gestión del coto, o al titular de la vía pública carente de señalización adecuada.

(62) Es el caso de la Ley Foral 17/2005, de 22 de diciembre, de Caza y Pesca en Navarra, y del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, reformado por Ley 13/2005, de 27 de diciembre, sobre Medidas Financieras.

(63) SUÁREZ, F.: *De legibus*, libro I, capítulo 12, párrafo 2.

(64) Por lo que se refiere al artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, puede asegurarse que no cumple ninguna de tales exigencias. No es justa, porque ha atribuido la responsabilidad poco menos que siguiendo el azar y con la única preocupación de excluir de ella en lo posible a la Comunidad Autónoma. Tampoco es común, porque afecta sólo a un territorio. La estabilidad tampoco parece que pueda predicarse de una norma que ha tenido tres redacciones distintas en menos de diez años, y la promulgación suficiente, que pudo tenerla en su primera redacción, no la ha tenido en las sucesivas, ya que se trata de reformas introducidas en una Ley de Medidas Financieras, que ni siquiera se refiere a la Ley de Caza en su Exposición de Motivos.

respuesta seguramente negativa en muchos casos. Pero lo más llamativo es que las Leyes de Caza autonómicas de fines del año 2005, o reproducen la norma estatal de la Ley de Tráfico (adicional novena), como es el caso de la Ley Foral Navarra, o se remiten a la “ley estatal aplicable”, como hace el apartado 1 del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León en su redacción vigente. En este caso, el contrasentido es mayúsculo, porque siendo el título competencial con que se legisla el de la Caza, cuando se trata de actos cinegéticos, se aplica la Ley del Estado aunque el accidente no ocurra en una vía pública de titularidad estatal, y en los terrenos vedados, inhábiles para la caza, se establece una regulación propia de las resultas de un accidente que nada tiene que ver con la caza, en la que se hace responsable al propietario del terreno colindante a la vía pública, el cual, la mayor parte de las veces será la primera (y más perjudicada) víctima del tránsito por su predio (que puede ser rústico o urbano) de un espécimen cinegético susceptible de generar graves daños, ya que ni puede evitar el riesgo, ni contribuye en la más mínima medida a crearlo con su actividad agraria o no, pero en absoluto cinegética.

En fin, los ejemplos de legislación autonómica en materia civil que carecen de apoyo constitucional, y que influyen en derechos subjetivos de naturaleza privada, pueden ser infinitos. Se han traído a colación dos ejemplos preocupantes, para poner de relieve que no hay en absoluto control de las extralimitaciones de los legisladores autonómicos, que la situación es probablemente irreversible, y que el daño para los valores constitucionales, especialmente para los garantizados por el artículo 9.3 CE, puede ser cada vez mayor.

En efecto, frente a la extralimitación de las CCAA con Derecho foral, han sido frecuentes los recursos de los sucesivos Gobiernos ante el TC, con desigual fortuna, como se ha visto, e incluso con finalización por desistimiento en los últimos años. Pero ante la alarmante proliferación de extralimitaciones que acabamos de contemplar, ni ha habido reacción apreciable por parte del Estado, ni puede haberla por parte de los justiciables, que no están legitimados para combatir la constitucionalidad de una norma autonómica. En efecto, la Constitución de 1978 en su artículo 162.1.a) sólo concede legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad al presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a cincuenta diputados o cincuenta senadores, y a los ejecutivos y asambleas autonómicos.

El recurso de amparo que regula el artículo 162.1.b) de la CE, con más amplia legitimación activa, y la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, sólo proceden cuando se violen los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo II (arts. 15 a 29 CE), lo que deja fuera materias como el ma-

rimonio, la propiedad, la familia, la libertad de empresa: en suma, casi todo el Derecho privado.

Por último, la cuestión de constitucionalidad, que puede ser suscitada por cualquier órgano jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 163 CE, ni tiene efecto suspensivo, ni está siendo utilizada en la medida en que pudiera hacerse, porque su utilización es facultad del órgano jurisdiccional, que puede plantear de oficio la cuestión de constitucionalidad, o hacerse eco de las alegaciones en tal sentido de una parte, pero puede también en todo caso permanecer inactivo al respecto, postura ésta que cada vez resultará más cómoda. Queda, pues, claro que no hay seguridad alguna de que las normas, tal vez inconstitucionales, por las razones expuestas o por razones similares, vayan a ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

Además las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía tomarán buena cuenta de sus posibilidades de asumir competencias legislativas en materia civil. Buen ejemplo ofrece la Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 2 de mayo de 2006 (BOPA de 4 de mayo de 2006), que en su artículo 46.5 declara asumir “facultades normativas en el ámbito de la legislación civil cuando ello fuere necesario para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución”, que aunque sea mediante eufemismos y circunloquios, y protestando su respeto a las competencias exclusivas del Estado, lo cierto es que promete persistir en su actitud pasada, si no incrementar su atrevimiento.

IV. Breve toma de razón de los efectos de nuestra pluralidad legislativa

Llegada la hora de las conclusiones, hay que comenzar por señalar que la situación esbozada en los apartados precedentes afecta a todos y cada uno de los ciudadanos que sean sujetos de relaciones jurídico-civiles en España, cualquiera que sea su nacionalidad o su vecindad civil. Así, por ejemplo, casi todos nos desplazamos en automóvil y somos propietarios de bienes inmuebles, y somos por lo tanto posibles afectados por una colisión con una pieza de caza. Pues bien, según el lugar en que ocurra el accidente, nuestra suerte puede ser muy distinta, no sólo a la hora de sufragar los gastos derivados de los daños personales y de reparación del automóvil, sino también a la hora de hacer frente a alguna de las resultados de tales actividades (65).

(65) La legislación catalana, ahora incorporada al CDCC, pero procedente de una Ley autonómica catalana del año 1991, prevé que el derecho de retención de quien efectúa la reparación pueda llevar a la venta en pública subasta de la cosa mueble reparada como modo de

No se trata, por lo tanto, de un problema que afecte exclusivamente a los profesores del Área de Derecho civil, es decir, de una cuestión de las que se despachan despectivamente calificándolas como académicas. No obstante lo cual, es perfectamente lógico que seamos los profesores del Área los más conscientes de la situación y de sus previsibles desarrollos. Porque la aplicación de las normas del Derecho civil resulta ciertamente muy problemática en ocasiones; mucho más problemática de lo que impone un cabal entendimiento del artículo 9.3 de la Constitución, que afirma que “garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas... la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

No se trata, pues, solamente de una comprensible pereza y renuencia a estudiar y a enseñar una masa de normas que deja pequeña la existente en el momento final del Antiguo Régimen y en los comienzos del proceso codificador; es sobre todo que resulta poco menos que imposible verificar la validez de muchas de tales normas en términos de constitucionalidad y aún de jerarquía normativa: en el ejemplo propuesto de la responsabilidad por los accidentes debidos a atropello de piezas de caza concurren normas estatales y autonómicas altamente contradictorias. ¿Es posible la génesis de una doctrina segura y generalmente aceptada sobre la materia? Desgraciadamente, creo que no; ya hay numerosas resoluciones sobre las Leyes del año 2005 en materia de accidentes ocasionados por animales salvajes, contradictorias entre sí, y procedentes de diversos órganos jurisdiccionales, al igual que ocurría con anterioridad. Por razón de cuantía, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 impide, por lo general, el acceso a la casación de estos procesos y, por interés casacional, el Tribunal Supremo exige “jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales... exigiéndose dos o más sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes de diferente Tribunal de Apelación” (66), y ello sin contar con que es la propia Audiencia Provincial la que debe admitir a trámite en primera instancia el recurso de casación: en fin, es muy difícil que llegue a haber jurisprudencia unificadora de la doctrina, en éste y en otros muchos casos.

recuperar los gastos de la reparación, es decir, mucho más allá del alcance normalmente reconocido al derecho de retención del artículo 1.600 del Código Civil, sin base muy clara en la tradición jurídica catalana. Véase ESPIAU ESPIAU, S.: obra citada, pp. 122 y ss., y con un ejemplo muy gráfico YZQUIERDO TOLSADA, M.: “El Derecho civil ante la reforma de los estatutos de autonomía”, en *Notario del siglo XXI*, número 7 (2006), pp. 20 y ss.

(66) Auto de la Sala 1.^a del TS de 8 de enero de 2003, desestimando un recurso de queja contra el auto de la Audiencia Provincial.

Es pues, fundamentalmente, un problema de seguridad jurídica y de cumplimiento del resto de las garantías que ofrece el artículo 9.3 de la Constitución, aunque sea ésta una cuestión que involucra a otras áreas, como el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, en las posibles soluciones.

Por otra parte, el proceso que se ha venido bosquejando (67) no se ha caracterizado por un debate tan amplio, claro y profundo como hubiese sido deseable en el seno de las Cámaras legislativas. Por el contrario, en su momento, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, y el propio Código Civil, fueron objeto de amplia discusión en ambas Cámaras (68), y fuera de ellas en el Congreso Jurídico español de 1886 y en el Congreso Jurídico de Barcelona de 1888, por citar sólo los más próximos a la fecha del año de aprobación del Código Civil, en la que no se excluyó a ninguna fuerza política ni se silenció ninguna opinión, y en la que se tuvieron en cuenta muchas de las mejoras propuestas, mientras que, por el contrario, los procesos seguidos para las actuales modificaciones sólo han sido estudiados por las Cámaras estatales en pleno de modo muy superficial con ocasión del debate de los Proyectos de Reforma de los Estatutos de Autonomía a lo largo de este año 2006, y no han sido debatidos en reuniones científicas de ámbito nacional al efecto, ya que no han sido convocadas oficial ni privadamente, lo que en comparación con el proceso de elaboración del Código Civil, y en contraste con la opinión tan despectiva como infundada que se tiene sobre aquellos procesos legislativos del siglo XIX, ofrece un aspecto de cierto “déficit democrático”, y de mucho menor deseo de consenso, ya que incluso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que jalonan la evolución autonomista que se ha venido esbozando han sido ocasión de numerosos y jurídicamente muy bien fundados votos particulares (69).

(67) En tal sentido, F. DE CASTRO considera que el reconocimiento de los Derechos forales en 1888 “puede considerarse que fue una concesión de los liberales a la democracia, sacrificando sus ideales progresistas y unificadores al respeto de la opinión popular o de los núcleos políticamente dominantes en la mayoría de los territorios afectados”, *Estudio preliminar. Edición crítica del Código Civil*, de C. MELÓN y J. LÓPEZ, ICH, Madrid, 1969, p. 21. Hoy, más que un tributo a la democracia, que lo hubo, deberíamos pensar que fue sobre todo un noble gesto conciliador, y una búsqueda de consenso semejante existente entre los redactores del texto constitucional de 1978, es decir, una renuncia a aplicar sin más las consecuencias de la mayoría existente en las Cámaras.

(68) Discusión que ha publicado íntegra el Senado con ocasión del Centenario del Código Civil, y con amplio estudio introductorio de J. L. DE LOS MOZOS.

(69) La diferencia estriba seguramente en que, una vez asumido el enfoque autonomista, no hay necesidad de aprobación por parte de las Cámaras colegisladoras estatales del Derecho civil autonómico, a diferencia de lo que acaeció en el período de elaboración de las Compilaciones. Véase PUIG FERRIOL, L.: “El denominado problema foral desde la perspectiva del Centenario”, en *Centenario del Código Civil*, II, APDC, Madrid, 1990, pp. 1633 y ss.

Y no son estos los únicos problemas ajenos en parte al Derecho civil en cuanto a su solución, porque está claro que desde la Constitución de 1978, y especialmente a la vista de las interpretaciones de su artículo 149.1.8.^a que ha impuesto el TC, y más aún después de la aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía reformados en el año en curso, puede decirse que la competencia legislativa en materia civil se asume casi sin restricciones por la Comunidad Autónoma de Cataluña por el momento, y por la de Navarra en virtud de la propia esencia de su Fuero Nuevo y sin necesidad de reformar su Estatuto, lo que quiere decir que los representantes democráticamente elegidos para ambas Cámaras en las elecciones generales no tienen facultad alguna sobre el Dret civil català o el Derecho foral navarro, ni siquiera sobre su sistema de fuentes, ni tal vez sobre sus reglas de aplicación, mientras que los representantes de los votantes catalanes y navarros en las Cámaras colegisladoras del Reino sí que tienen competencia, y la ejercen bastante a menudo para proponer, modificar y aprobar el Derecho civil aplicable a los demás ciudadanos de otros territorios (70), problema éste muy arduo para los constitucionalistas del único Estado miembro de la Unión Europea en que existe algo semejante a nuestra pluralidad legislativa civil, ya que no en España, donde tienen tendencia a afirmar, sin querer entrar en el fondo del asunto (que no es otro que el principio de igualdad), que tal posibilidad es perfectamente lícita, puesto que todos los miembros de las Cámaras representan al pueblo español en su totalidad, lo que no deja de ser un formalismo bastante eufemístico en algunos casos.

Pero entrando ya en el ámbito puramente civil, el primer problema que plantea la diversidad legislativa civil en su estado actual es el problema del propio sistema de fuentes que contempla el artículo 1 del Código Civil. Si históricamente se llegó a admitir cada vez con más amplitud el

(70) Bajo el título “El Estatuto de Cataluña y la «West Lothian question»”, el profesor Luis María Díez-PICAZO explicaba en el *Diario Expansión*, 4 de noviembre de 2005, p. 70, el profundo debate suscitado en el Reino Unido por la posición de los diputados escoceses cuyos votos fueron decisivos para elevar sustancialmente las tasas universitarias de los ingleses, mientras permanecían invariables las de los escoceses, cuyo parlamento había asumido competencia exclusiva en la materia. En el Derecho civil español, el problema de la asimetría es antiguo (hay algún caso en la reforma de 13 de mayo de 1981 del Código Civil, como el párr. 2.º del art. 1.320 del CC, introducido por una enmienda del PSC), pero se ha intensificado recientemente, porque grupos parlamentarios han permitido tener una influencia decisiva a fuerzas nacionalistas catalanas en leyes estatales, como la LAR del año 2005, cuando es público y notorio que está muy avanzada la tramitación de una nueva Llei de pactes de conreu o cultiu, y una total regulación de esa materia en Cataluña por la Generalitat, aunque tal vez no llegue a aprobarse en esta legislatura catalana. Sobre el artículo 1.320-2.º del CC, véase CUESTA SÁENZ, J. de la: “La protección de la vivienda familiar habitual”, *Revista de Derecho Notarial*, número 119 (1983), pp. 129 y ss., y “Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario”, en *Libro-homenaje al profesor M. Albaladejo García*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 1159 y ss.

“blindaje” (71), como se ha hecho usual calificar en los medios de prensa, de sistemas de fuentes que anteponen la costumbre a la Ley, ¿qué significado tiene la garantía del principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución? ¿Es que puede haber territorios exentos del principio de legalidad aunque sólo sea en materia civil? (72). Pero ciertamente el artículo 129 del Estatuto de Cataluña, aunque dice literalmente que la Generalitat puede determinar el sistema de fuentes del Derecho civil catalán, y por ende anteponer la costumbre o los principios generales a la Ley, es seguro que no pretende tal cosa (73), porque vaciaría de poder a la Generalitat para entregárselo a los ciudadanos que espontánea y libremente podrían autorregularse, o a los aplicadores del Derecho. Su pretensión es muy distinta, y puramente negativa: consiste en expulsar el Código Civil de su carácter de Derecho civil común y general, de aplicación subsidiaria en todo el territorio, y en sustituirle por otra fuente subsidiaria, cosa que ya pretendía M. DURÁN Y BAS (74), y que F. DE CASTRO (75) impugna por razones históricas, y que ahora refleja el artículo 111.4 del CDCC al autoatribuirse el carácter de Derecho común de Cataluña, condición que, aunque referida a las materias reguladas por la vieja Compilación, nadie le habría discutido. Por otra parte, el artículo 111.3 del CDCC consagra normas de interpretación y aplicación distintas de las previstas en el título preliminar del Código Civil, y sobre este particular ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en las sentencias 14/1986 y 83/1986, e incluso *obiter dictum*, la ya citada sentencia 37/1987 (76).

(71) Como se ha visto desde la propia Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se admitió la vigencia de sus propios Derechos supletorios en los territorios forales que los tenían.

(72) Tal podría ser el caso de Navarra, ya que la Ley Segunda del Fuero Nuevo antepone la costumbre a la Ley sin más límites que los derivados de la Ley Tercera (la moral y el orden público), y de Aragón, en cuya Compilación los artículos 1, 2 y 3 dibujan un sistema de fuentes muy diferenciado.

(73) Además, el sistema de fuentes consagrado en la Ley Primera 29/2002, de 30 de diciembre, en su artículo 1.111, no difiere del reflejado en el artículo 1 del CC, aunque se refiere a leyes, costumbres y principios generales del Derecho de Cataluña.

(74) Obra y lugar citados, y también voto particular de 8 de junio de 1885, contra el Proyecto de Ley de Bases de M. Silvela, citado por CASTRO, F. de: obra citada, p. 218, nota 2 *in fine*. Se trata de un voto particular diametralmente opuesto al suscrito por ALONSO MARTÍNEZ, CANALEJAS y GAMAZO, que se mencionó más arriba en la nota 44, que atacaba la supletoriedad del Derecho canónico y del romano, por distintas razones (del primero por ser un Derecho extranjero y en trance a su vez de Codificación).

(75) CASTRO, F. de: obra citada, pp. 217 y 218, explica las dudas sobre la vigencia de la Constitución de Felipe II del año 1599, que indicaba como Derecho común supletorio para Cataluña el Derecho canónico, el Romano y la doctrina de los Doctores, y que la expresión del Decreto de 16 de enero de 1716 pudo parecer que dejaba vigente, y que fue utilizada para mantener la vigencia de usos por quienes no concedían virtualidad normativa a la costumbre, como los juristas de la Universidad Cervera.

(76) En tal sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, citada, pp. 124 y 125.

En segundo lugar, el sistema del llamado Derecho interregional resulta fuertemente comprometido desde el punto y hora en que hay por lo menos otro Código que regula la eficacia de las normas civiles y declara su posible extraterritorialidad, de un modo, cuando menos, poco determinado por el momento, así como la aplicabilidad del Derecho civil catalán, por el sólo hecho de la residencia, a los extranjeros que no lo excluyan voluntariamente (art. 111.3 CDCC), porque eso sin duda es directamente contrario a lo previsto por los artículos 13 y 16 (éste conecta el Estatuto personal a la vecindad civil) del Código Civil, que es aplicable en todo el territorio, y que parece ratificado por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Y también en este punto ha habido dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la sentencia 156/1993 ya citada y la sentencia 226/93, que han desautorizado la legislación autonómica sobre estas materias (77).

En tercer lugar, por las mismas y por otras razones, puede surgir la cuestión de la calificación, la remisión y el orden público que el artículo 16.1.2.^a del Código Civil excluía; ya hemos visto que puede incluso no ser posible determinar la validez de un pacto que elija la ley aplicable a los efectos de un matrimonio, pero es que puede haber tanto en familia, como en sucesiones, como incluso en materia contractual, conflictos interregionales de normas en que el punto de conexión sea regulado de manera diferente o en los que se dé efecto extraterritorial a normas inspiradas en una noción de orden público diferente, aunque ésta sea hoy por hoy una hipótesis de laboratorio.

Algo comprometida, por último, resulta la actitud de los civilistas españoles en orden a la unificación parcial del Derecho civil y mercantil en la Unión Europea, movimiento que ha surgido con fuerza en los años noventa, con ocasión de alcanzarse el llamado “mercado único”. El Parlamento Europeo impulsó este movimiento unificador y propició que surgiesen diversas iniciativas que se han plasmado en diversos textos que obedecen a distintas concepciones metodológicas (78). Respondiendo a la petición formulada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 15 de noviembre de 2001, la Comisión Europea aprobó un Plan de Acción que expone su Comunicación de 12 de febrero de 2003, sobre adopción de un Derecho europeo de contratos más coherente, que contempla cuatro medidas compatibles entre sí, la última de las cuales es iniciar una amplia reflexión acerca de la conveniencia de adoptar un instrumento no específico de carácter opcional en materia de Derecho europeo de Contratos,

(77) En tal sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, citada, p. 123.

(78) Un buen resumen de los grupos de trabajo y sus distintas concepciones del proceso codificador europeo lo ofrece VATTIER, C.: *Código europeo de contratos. Comentarios en Homenaje al profesor De los Mozos*, tomo I, pp. 14 y ss., Ed. Dykinson UBU, Madrid, 2003.

es decir, un Código de aplicación facultativa. Existe, pues, aunque en un momento sin duda germinal, un proceso codificador en materia civil y mercantil a nivel europeo, cuyos progresos han sido relativamente importantes, lo que sin duda significa que no se ha extinguido el impulso codificador en Europa, antes bien, presenta signos de pujanza (79), por más que se pueda ser escéptico sobre la pronta madurez de los frutos de esa ingente tarea (80).

En fin, a modo de resumen y colofón de esta pequeña explicación de nuestra peculiaridad legislativa en materia civil, podría parafrasearse aquella declaración malévola que se atribuye al presidente DE GAULLE durante la Guerra Fría, acerca de que su amor a Alemania le hacía preferir que hubiese dos Alemanias, diciendo ahora que la vocación hispana por la codificación civil es tan intensa que preferimos tener una gran variedad de códigos civiles, y trabajar con denuedo por un Código europeo que no sustituya a esa gran variedad de Códigos civiles, sino que venga a enriquecerla todavía más.

En fin, un proceso histórico sin duda contrario al vivido en la única confederación existente en Europa, la Confederación Helvética, que habiendo tenido importantes Códigos cantonales (81) y una gran diversidad étnica y lingüística (cuatro lenguas oficiales), y tras un larguísimo proceso que se inicia con la Constitución de 1789 (cantonalista), llegó, de la mano de su contrastada democracia y de un gran jurista como E. HUBER, a conseguir uno de los Códigos civiles unificadores más equilibrados que pueda concebirse (82).

(79) Si bien es verdad que lo sucedido con el Proyecto de Tratado constitucional y su refrendo, no cabe duda de que supone un importante revés en el movimiento integrador europeo, del que la codificación sería una etapa muy avanzada.

(80) Es este espíritu el que anima a quienes han participado en la tarea desde el Grupo de Pavia, como se desprende de las notas preliminares de J. DE LOS MOZOS, J. CARBONNIER, P. RESCIGNO, A. TUNC y K. W. CANARIS, entre otros, al libro *Code européen des contrats*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. XII y ss.

(81) Se trataba de Códigos civiles de muy diversas tendencias, algunos afrancesados (o incluso con vigencia en algún cantón del propio *Code civil*); otros, los de los cantones orientales con influencia del Código austríaco de 1811, y otros de tradición germánica, como el del Cantón de Zürich de 1855. Véase ROSSEL Y MENTHA: *Manuel de droit civil suisse*, I, Lausanne, 1922, pp. 9 y ss. La obra codificadora suiza tuvo un importante avance unificador mediante el Código federal de las obligaciones del año 1881. La Constitución confederal de 1898 proclama el principio de la unificación legislativa en materia civil (mucho más enérgicamente de lo que lo hizo la Constitución de 1802, que preveía un Código Civil único de aplicación opcional en los cantones), tras de lo cual se creó una Comisión revisora del Proyecto redactado por E. HUBER, de la Universidad de Berna, y se aprobó por la Asamblea federal el 1 de diciembre de 1907, entrando en vigor el 1 de enero de 1912, junto el texto revisado en 1991 del Código de las Obligaciones.

(82) Aunque como toda obra humana, hija de su época, sea el Código Civil suizo susceptible de crítica, como la llevada a cabo por CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho civil de España*, citado, p. 323, por desconocer la existencia de principios y valores objetivos extralegales.

Pero entendiendo que puede resultar inevitable la coexistencia de Códigos civiles de distintos niveles de eficacia territorial, ¿no sería más propio de ciudadanos libres el poder optar en cada relación jurídica negocial por la aplicación de la norma que se considere más justa o adecuada a los intereses de las partes?

Sin duda, eso no solucionaría todos los problemas apuntados, sino una pequeña parte de ellos, pues no se trata sólo de regular efectos de negocios jurídicos, pero coincide en parte con una de las posibilidades de codificación a nivel europeo señaladas por la Comisión en su Comunicación de 12 de febrero de 2003.

EL CÓNYUGE VIUDO COMO CONTADOR-PARTIDOR EN EL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL (ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL)

CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ
Profesora contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

Presentación

El artículo 831 del Código, modificado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (1), establece que: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior –esto*

(1) El artículo 10.6 de 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 (BOE número 277, de 19 de noviembre de 2003, pp. 40852-40863), ordena la modificación del Código Civil en materia de régimen sucesorio, de forma que el artículo 831 quedará redactado de la siguiente manera:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto suce-

es, la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro—, *podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*”.

Esto supone una excepción a la regla que consigna el artículo 670 del Código Civil español, en el sentido de que “*el testamento es un acto personalísimo*”, confirmada por el artículo 830, “*la facultad de mejorar no podrá encomendarse a otro*”.

sorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta posibilidad entiendo que tiene gran interés, ya que supone que el cónyuge sobreviviente que no contraiga ulteriores nupcias (2) y al que el difunto hubiera hecho el encargo, puede dilatar en el tiempo la aplicación de la última voluntad del testador, lo que lleva consigo o permite que aquél tenga más tiempo para sopesar y estudiar el futuro del patrimonio del causante. En suma, la institución que ahora es objeto de estudio supone que el cónyuge sobreviviente pueda: 1) Hacer atribuciones incluso en momentos distantes a los beneficiados por el testamento del causante, respetando siempre las legítimas. 2) Hacer atribuciones por actos *inter vivos* o *mortis causa*. 3) Mejorar a alguno de los hijos en los bienes del causante si lo estima necesario. 4) Distribuir a su prudente arbitrio los bienes del causante, lo que habilita al cónyuge sobreviviente para fijar el *quantum* y para señalar los bienes que lo integran.

A lo largo de este trabajo voy a tratar de examinar precisamente esta última utilidad, la función que realiza el cónyuge viudo como contador-partidor en la partición hereditaria, puesto que al recibir el supérstite el encargo de distribuir la herencia del causante, bien podemos entender que actúa como un auténtico comisario. Constituye un caso específico de contador-partidor nombrado por el testador, pero dotado de mayores facultades que las que tiene el contador-partidor del artículo 1.057 del Código Civil.

Especial análisis del artículo 831 del Código Civil tras las reformas de 1981 y de 2003

Establece este artículo una delegación de la facultad de distribución y de mejora que debe realizarse en testamento, siendo tal delegación revocable (3). No obstante, tal cometido no supone una transmisión vinculante de la facultad de distribución y mejora, ya que el delegante sigue manteniendo su facultad de disponer a su arbitrio hasta su fallecimiento.

La regulación que nuestro Código Civil hace de esta delegación de la facultad de mejorar obedece a un doble fundamento. De un lado, constituye una doble protección: al viudo o viuda para conservar la cohesión familiar a través de las múltiples circunstancias cambiantes de la vida (4);

(2) Las disposiciones de este artículo son de aplicación también al conviviente de hecho e incluso a la persona no conviviente con descendencia común, pero cesarán igualmente al contraer matrimonio o al mantener una relación de hecho análoga, o tener algún hijo no común.

(3) La facultad concedida al viudo es revocable desde luego si se otorgó en testamento. Por otro lado, la mejora es posible que el viudo la haga en acto entre vivos o en su propio testamento, y en este caso, también es revocable.

(4) En este sentido, GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Dere-

y al descendiente con discapacidad, permitiendo que el viudo o viuda posponga la partición de la herencia hasta el momento que considere más oportuno a la vista de las necesidades de su hijo o descendiente (5). De otro lado, se introdujo como una concesión en el Derecho común a los territorios forales cuyo Derecho había de derogarse (6).

Pero lo que aquí interesa en relación con el tema objeto de este trabajo es analizar la función que realiza el cónyuge viudo como contador-partidor en la partición hereditaria, puesto que al recibir el supérstite el encargo de distribuir la herencia del causante, podemos muy bien entender que actúa como un auténtico comisario.

El artículo 831 implica, junto con la facultad de mejorar, la de distribuir (7), según el prudente arbitrio del delegado, los bienes del difunto, implicando un poder particional, a nuestro juicio más amplio que la simple facultad de hacer la partición referida al contador-partidor en los términos generales del artículo 1.057 del Código Civil (8). En este sentido

cho Civil de Zaragoza, Cometa, Zaragoza, 1974, p. 357, afirmó que “los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria”, y continuaba “el amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción”.

Por su parte, la STS de 31 de enero de 1899 entiende que el espíritu o razón filosófica del artículo 831 supone “el propósito de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna faculta a los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que muriendo intestado uno de ellos, pueda el viudo mejorar en los bienes del difunto a los hijos comunes, no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora (...)”. RGLJ, tomo 36, enero-marzo 1899, pp. 148-152, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro LAVÍN.

(5) El nuevo artículo 831, tras la reforma de la Ley 41/2003, pretende potenciar las facultades familiares del cónyuge autorizado en testamento, en beneficio del interés más necesitado de protección. Junto a ello proporciona la Ley nuevas soluciones jurídicas para proteger a las personas con discapacidad: patrimonio protegido y ventajas fiscales, autotutela y poderes en previsión de la propia discapacidad, novedades sucesorias, contrato de alimentos, derecho de habitación...

(6) Al comentar el artículo 663 del Proyecto de 1851, precedente inmediato del artículo 831, decía GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 357: “en casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro”. Por su parte, ALPAÑÉS, E.: “La delegación de la facultad de mejorar”, RGLJ, tomo XXVI, marzo 1953, pp. 284-289, analiza detenidamente las distintas normas forales que el artículo 831 introduce en el ordenamiento civil.

(7) Entiende VALLET de GOYTISOLO, J. B.: “Comentario del artículo 831 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, tomo I, artículos 1 a 1.087, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2063, que la facultad de distribuir es supletoria de la que el premuerto dejó de ejercitar, ya que no era propósito del artículo 831 prevenir la indivisión hereditaria, sino el régimen intestado.

(8) En este sentido se pronuncia DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.: “El artículo 831 del Código Civil ante la doctrina de la *ratio decidendi*”, RGD, 1983, II, p. 1519, al decir que al viudo

podríamos considerar que el artículo 831 constituye una excepción (9) del artículo 1.057 del mismo Código, por las siguientes posibles razones:

a) El cónyuge viudo está autorizado para dividir los bienes del causante “*según prudente arbitrio*”, decía el viejo artículo 831, aunque el actual haya suprimido esta expresión en su punto tercero establece como únicos límites a la actuación del cónyuge las normas sucesorias de carácter imperativo y la voluntad del causante.

b) El cónyuge viudo puede distribuir los bienes del difunto cuando concurren determinadas circunstancias, pese a ser coheredero.

c) La distribución de esos bienes hereditarios se funda únicamente en testamento (10), mientras el contador-partidor del artículo 1.057 se encomienda por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

d) El cónyuge tiene facultades de administración de los bienes sobre los que penden las facultades de mejora, adjudicación o atribución, facultades que en ningún caso corresponden al contador-partidor del artículo 1.057 del Código Civil.

La anterior enumeración pone de relieve que el cónyuge viudo del artículo 831 constituye un caso específico de contador-partidor dotado de mayores facultades que las que tiene el contador-partidor del artículo 1.057, en cuanto encomienda la partición bajo el arbitrio de la equidad o según su prudente arbitrio. El cónyuge viudo puede dividir los bienes de su di-

“se le autoriza para efectuar la partición, con una función más amplia que la del contador-partidor, que se le ordena la ejecución del testamento (en su caso) del disponente, que ha de respetar y, a la vez, que dispone de la administración del caudal en el ínterin”.

(9) Para ROCA SASTRE el artículo 831 del Código Civil es una excepción del artículo 1.057 del mismo Código. ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, tomo II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1968, p. 627. Igualmente SECO CARO erige el artículo 831 en una norma excepcional que subsiste juntamente con otras que aparentemente contradice. Dice este autor: “Frente a los artículos 1.056 y 1.057 supone (el art. 831) que otra persona, un coheredero, tenga atribuida la facultad de disponer la división del caudal relicto. El causante puede encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la facultad de hacer la partición. El artículo 831 autoriza que el comisario (cónyuge viudo) reciba algo más que la simple facultad de hacer la partición. La comisión se le atribuye por acto *inter vivos* ya que el convenio se ha de constar en las capitulaciones matrimoniales. De lo expuesto resulta claro el carácter excepcional del artículo 831”. SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del CC español)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 119. En el mismo sentido se pronuncia CARBALLO FIDALGO, M.: *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Madrid, 1999.

(10) Con anterioridad a 1981 únicamente cabía que la delegación de que nos ocupamos se realizara en capitulaciones matrimoniales. Con la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se incluyó también la delegación vía testamento. En la actualidad, la Ley 41/2003 ha vuelto a modificar este aspecto, entendiendo que tal facultad debe conferirse solamente en testamento, suprimiendo por tanto esta facultad en capitulaciones matrimoniales.

funto cónyuge guiado únicamente por su prudente arbitrio. En este prudente arbitrio se encuentra implícita la posibilidad de realizar una división desigual, equiparable únicamente a la que puede realizar el testador del artículo 1.056 del Código Civil, sin que los artículos 1.061 y 1.062 del mismo Código constituyan ningún impedimento a esa desigual distribución (11).

La expresión que utilizaba el viejo 831, prudente arbitrio, ha dado lugar a múltiples interpretaciones en nuestra doctrina. A juicio de SÁNCHEZ ROMÁN el mencionado artículo no consiente esta distribución sin limitación, ya que “se atiende a que estas preferencias a favor de uno o de varios, con exclusión de los demás, pueden quedar satisfechas con las mejoras, ya al significado del verbo distribuir que sólo puede entenderse cumplido cuando todos los hijos, en más o menos, participan del tercio de libre disposición” (12). Por su parte, SCAEVOLA considera que el cónyuge viudo deberá actuar con “moderación” al repartir los bienes entre los hijos —hoy entendemos descendientes—, y “equidad”, procurando la posible igualdad entre ellos, en observancia a lo establecido en el artículo 1.061 del Código Civil (13). Para MANRESA, prudente arbitrio se identifica con prudencia, no con igualdad, ya que esta expresión implica “más bien una suposición de que el cónyuge, por su cariño e interés, ha de obrar reflexivamente, y no por capricho, como le aconseje la prudencia, y no con completa arbitrariedad”, puede decirse que le recomienda “la prudencia en la distribución, pero no como un mandato, sino como una recomendación, consejo o advertencia que no desvirtúa lo referente al hecho de distribuir a su arbitrio, ni mucho menos impone como imprescindible la

(11) El Derecho español le da al testador —dice la STS de 6 de marzo de 1945— “mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador tenga o no herederos forzosos, puede hacer la partición de sus bienes e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos por vía de delegación, según resulta del art. 831), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad no sólo en la composición cualitativa de los lotes permitida por el art. 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los arts. 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte)”, RGLJ, tomo X, marzo-mayo 1945, p. 50, ponente: Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS.

(12) Sin embargo, el citado autor reconoce que el precepto legal “parece que quiere decir libremente, ya que aquellas palabras (se refiere a la frase legal “a su prudente arbitrio”) no significan medida, tasa ni tipo de distribución, sino fórmula de equidad presumida por la Ley en el padre o madre que distribuyen”; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, volumen II, Establecimiento tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”, 2.ª edición, Madrid, 1910, p. 1221.

(13) SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil*, tomo XIV, artículo 858, Instituto Editorial Reus, 4.ª edición, Madrid, 1945.

igualdad" (14). "A lo sumo —dice SECO CARO— debe entenderse que se le recomienda prudencia o moderación al distribuir, o que se le advierte la conveniencia de que su distribución resulte fundada y equitativa. Pero en modo alguno podrá impugnarse la partición por faltar a la prudencia, ya que la división se abandona al criterio del viudo, y nadie está autorizado para juzgar su decisión ni los motivos personales que hayan inclinado su voluntad" (15). Respetando siempre las legítimas y las mejoras y demás disposiciones del causante. Más radical resulta la postura de MORRELL, para quien el tercio de libre disposición deberá distribuirse por partes iguales entre los hijos comunes (16), postura que hoy entendemos inadmisibles.

No obstante, podemos señalar otros aspectos en los que los artículos 831 y 1.056 del Código Civil guardan cierta similitud. De un lado, la posibilidad que se le ofrece al cónyuge supérstite de designar a una tercera persona para que realice la partición, siendo él únicamente quien designa las cuotas; de otro, la particularidad de que la partición que el cónyuge viudo realice no será rescindible por causa de lesión en la cuarta parte.

En relación con la posibilidad de nombrar un tercero para que realice la partición, resulta interesante observar que el cónyuge viudo puede, en el ejercicio de la facultad que le ha sido delegada, llevar a efecto la partición o bien designar las cuotas que permitan una posterior partición. Puesto que el viudo está ejercitando un poder propio, nada impedirá en

(14) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, volumen I, artículos 744 a 839, Instituto Editorial Reus, 8.ª edición, Madrid, 1973, pp. 837 y 831. Opinión seguida por ALPAÑÉS, E.: "La delegación de la facultad de mejorar", RGLJ, tomo XXVI (194 de la colección), segunda época, número 3, marzo 1953, pp. 312-313, quien manifiesta que como consecuencia de esto "el cónyuge viudo puede asignar todo el tercio libre a uno solo de sus hijos si es que así lo cree prudente y conveniente". También sigue esta postura GARRIDO DE PALMA: "Visión notarial del artículo 831 CC", *Estudios en homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, Madrid, 1977, p. 375.

(15) SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del CC español)*, cit., p. 156. Como señala este autor, p. 155, nota 29, "prudente arbitrio" no puede considerarse como un auténtico límite a la facultad del viudo, en cuanto el sentido propio de la expresión muestra que no es una limitación de carácter jurídico, "sino más bien una recomendación del legislador que presume la moderación o prudencia en el padre que distribuye".

(16) MORRELL, J.: "Mejoras", RGLJ, 1893, tomo LXXXIII, p. 273. Por su parte, DE LACOSTE entiende que el cónyuge viudo es apto para distribuir los bienes y no para designar extraños como herederos de una parte de los bienes. "Disponer con entera libertad del tercio de libre disposición, equivaldría a una institución de heredero o a una designación de legatario o fideicomisario hecha, no por el testador, sino en su nombre, por un tercero, lo que está prohibido por el artículo 670 del Código Civil. (...) Lo que equivale a decir que en la distribución de los bienes, lo mismo que en la mejora, los únicos beneficiados pueden ser los hijos comunes"; DE LACOSTE, J.: *La mejora*, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Hijos de Reus editores, Madrid, 1913, p. 245.

principio que designe un contador-partidor para el ejercicio de la misma, en cuanto éste sea mero ejecutor, con la simple facultad de contar y partir. Caso de partir el propio viudo, tendrá su acto la fuerza del artículo 1.056, pues ha de considerarse “como si” hubiese sido efectuado por el propio causante (17).

Unida a la posibilidad de nombrar el cónyuge supérstite contador-partidor de la herencia del premuerto, nos planteamos una cuestión de indudable trascendencia práctica, ¿podría el cónyuge viudo facultar al contador-partidor para partir la herencia del causante junto con la suya propia? Esta hipótesis reviste gran utilidad práctica porque permitiría que el partidor distribuyera ambas herencias de forma conjunta, evitando así la intervención de los herederos, puesto que para distribuir la herencia del causante es necesario previamente liquidar la sociedad de gananciales. Frente a la postura afirmativa, apoyada en la admisión de cualquier pacto moral que no atente a las legítimas ni a las mejoras realizadas por el causante (18), no falta quien contempla tal posibilidad con más cautela, permitiendo únicamente que el causante-delegante en su propio testamento nombre partidor para el caso de que su cónyuge no llegue a hacer uso de la delación, es decir, el delegante autoriza a su cónyuge a distribuir y a un contador-partidor para hacer la asignación de los bienes correspondientes; “si el supérstite, a su vez, nombra contador-partidor a la misma persona, la cuestión queda resuelta” (19).

En relación con el segundo supuesto, hemos de afirmar que la partición llevada a cabo por el cónyuge viudo no es rescindible por causa de lesión en la cuarta parte prevista en el artículo 1.074, sino únicamente por las causas previstas en el artículo 1.075, con la sola particularidad de estar sometido a la voluntad del causante —que en el caso de incumplirse, encajaría perfectamente en la segunda causa prevista en el mismo artículo 1.075, de “*que parezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*” (20)—. El párrafo 3.º del nuevo artículo 831.3 señala que se entienden respetadas las disposiciones del causante y las legítimas, aunque sean satisfechas con bienes pertenecientes únicamente al cónyuge que ejercita las facultades.

Sin embargo, estas similitudes señaladas entre los artículos 1.056 y 831

(17) DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, L. M.: “El artículo 831 del Código Civil ante la doctrina de la *ratio decidendi*”, RGD, 1983.II, pp. 1516-1517.

(18) SANS URANGA: “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”, RDN, número XCII, abril-junio 1976, p. 393.

(19) DÍEZ GÓMEZ, A.: “El nuevo artículo 831 del Código Civil”, RDN, número 117-118, julio-diciembre 1982, p. 421.

(20) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Comentario del artículo 831 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, tomo I, artículos 1 a 1.087, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2064.

desaparecen y ambas figuras se separan cuando se constata que el cónyuge viudo no puede señalar cuotas a sujetos no legitimarios. Su función divisionaria parece destinada a distribuir los bienes del difunto exclusivamente entre los descendientes comunes y mejorarlos (21), debiendo “*respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes*” (22) y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos (23) y (...) no alterando el régimen de las legítimas ni de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común”. La imposibilidad de que el cónyuge viudo pueda adjudicar cuotas a sujetos extraños se encuentra en el mismo artículo 831, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a una división entre descendientes comunes, ya que de lo contrario estaríamos ante una testamentificación activa sobre bienes no propios, que el artículo 670 reconoce solamente al causante testador (24).

Asimismo, la Ley habla de mejorar “a los hijos o descendientes comunes”. Esta matización es introducida en la última reforma del precepto,

(21) En este sentido, dice LACRUZ que este artículo “habilita al sobreviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios de primer grado (...); de otra, señalar los bienes que deben integrar cada cuota”. LACRUZ BERDEJO, J. L. - SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, 5.ª edición, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 382.

Por su parte, MANRESA afirma que “en la distribución y facultad de mejorar hay, por lo menos, una cosa de más: la facultad de hacer mejorar y aún puede sostenerse que la distribución comprende también algo más que la simple partición: la designación de porciones a los herederos legales”, MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, artículos 744 a 839, Instituto Editorial Reus, 7.ª edición, Madrid, 1956, p. 645.

(22) El legislador quiere dejar claro que cualquier disposición del causante, sea en actos *inter vivos* o por causa de muerte, limita las facultades del supérstite, como igualmente las limitan las que tenía el premuerto dimanantes de pactos sucesorios (art. 1.331), promesas de mejorar o de no mejorar (art. 826), del carácter colacionable establecido en sus donaciones entre vivos, etc. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Comentario del artículo 831 del Código Civil”, cit., p. 2065.

(23) La referencia al respeto de las legítimas no deja de ser una reiteración del principio de inviolabilidad de las legítimas consagrado en el artículo 813 del Código Civil. Sin embargo, ALPAÑÉS entiende que esta repetición del legislador obedece a un doble motivo: de un lado, el deseo del legislador de poner siempre de manifiesto ese necesario respeto a la cuota legitimaria de los herederos forzosos; de otro, dejar bien patente la diferencia entre este precepto, insito en nuestro Código Civil, y el foral de donde trae causa, en el cual las legítimas tienen entidad mucho menor no sólo en orden a su cuantía, sino en relación a su forma de pago. ALPAÑÉS, E.: “La delegación de la facultad de mejorar”, RGLJ, tomo XXVI, marzo 1953, p. 313.

(24) “El cónyuge viudo no debe nombrar heredero a persona distinta de aquella a quienes la ley atribuye tal carácter en la sucesión legítima”. SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del CC español)*, cit., p. 120. Por su parte, la sentencia del TS de 16 de junio de 1902 dice: “Todos los actos en que se desenvuelve la testamentificación son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el 670 que no puede dejarse de la formación del testamento, en todo ni en parte (...) al arbitrio de un tercero”. RGLJ, tomo 93, enero-junio 1902, pp. 980-991, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro LAVÍN.

ya que con anterioridad únicamente se refería a “hijos comunes”. No obstante, cuando citaba hijos se refería ya a hijos y ulteriores descendientes, pues, como otras tantas veces, la palabra “hijos” sobreentendía “descendientes”. Además, y en cualquier caso también antes de la reforma de 2003 el viudo podía mejorar a los nietos viviendo los hijos, pues lo que el viejo artículo 831 permitía es que el propio causante confíe al viudo lo que él mismo podría hacer legalmente, si bien como la facultad que se otorga al viudo es la de distribuir y mejorar, no la de instituir, nombrados sucesores por el difunto sólo los hijos, no podrá aquél mejorar a los nietos (25).

El contenido de esta facultad lo especifica el propio artículo 831 “*realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras (...) y en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos*”. Por tanto, la facultad de distribuir se extenderá a la totalidad de la herencia con la única limitación de la legítima corta, si bien limitada por los límites marcados en el mismo testamento y respetando sus disposiciones. Por tanto, tal facultad, aunque la Ley dice “mejorar”, alcanza, no sólo al tercio de mejora, sino también al tercio de libre disposición, pues mejorar en el caso presente significa poder disponer de todo lo que no es legítima estricta y, en su caso, lo ya dispuesto por el cónyuge premuerto.

Además, debemos señalar que la facultad de mejorar es complementaria a la facultad de distribuir, sin perjuicio de que tal facultad de distribuir pueda conferirse sin la de mejorar, bien por no convenirlo así el cónyuge viudo, bien porque el causante haya agotado ya con mejoras de cuota sin determinación de bienes (26).

Finalmente, debemos destacar la escasa aplicación práctica de este precepto, que nos permite comprobar cómo el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance, significado e interpretación del artículo 831 (27). Entre los motivos que apunta la doctrina

(25) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, volumen I, parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 377.

(26) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Comentario del artículo 831 del Código Civil”, cit., p. 2064.

(27) Sin embargo, no han faltado autores que han señalado la aplicación del artículo 831 en determinadas zonas de Derecho común con la finalidad de procurar la transmisión indivisa del patrimonio familiar. En este sentido, SANS URANGA: “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”, RDN, número XCH, abril-junio 1976, p. 381, apunta que en algunas comarcas rurales de Guipúzcoa, al amparo del artículo 831 en combinación con el artículo 1.056, la familia campesina conseguía organizarse en régimen análogo al de la familia vizcaína –que tienen poder testatorio y ninguna legítima individual.

En la actualidad, los distintos Derechos forales regulan de modo análogo la delegación de la facultad de distribuir y mejorar, ya sea establecida a favor del cónyuge viudo, ya de un tercero.

Así, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón, se

acerca de la poca aplicación práctica del precepto podemos señalar (28):

1.º El sistema de legítimas del Código Civil, que contrasta con la libertad de testar de las regiones forales en que se vive la delegación.

2.º La necesidad del viejo 831 de que la delegación se hiciera en capitulaciones matrimoniales, que habían de otorgarse antes del matrimonio, momento poco oportuno para tomar una decisión de este tipo. No obstante, con las reformas de 13 de mayo de 1981 y de 18 de noviembre de 2003 ha desaparecido ese obstáculo.

3.º Que la institución no es conocida por el público y los notarios no suelen aconsejarla.

A modo de conclusión

A nuestro juicio, la reforma del artículo 831 del Código Civil, tras la Ley de Protección de las Personas con Discapacidad, es de poca trascendencia en relación con el texto anterior. Lo que dice ahora la Ley estaba ya aceptado, si no en la letra, sí en el espíritu del 831 anterior, en el sentido de que la facultad de mejorar conferida al cónyuge fuese para poder mejorar no sólo a los hijos comunes, sino también a los demás descendientes comunes, así como que tal facultad fuese para mejorar tanto con

refiere en los artículos 124 a 148 a la posibilidad de que cada cónyuge pueda nombrar fiduciario al otro.

Por su parte, el artículo 164 de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación del Derecho civil del País Vasco, en lo relativo a Guipúzcoa ordena: *"1. El causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio. 2. El nombramiento de comisario únicamente será válido en los dos siguientes supuestos: 1.º Si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación. 2.º Si, a la falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos"*.

El artículo 141 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, del Derecho civil de Galicia, establece: *"Mediante testamento o incluso en capitulaciones matrimoniales, podrá nombrarse comisario al cónyuge no testador, al objeto de que pueda distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes sin perjuicio de las legítimas y mejoras que hubiese instituido ya el causante"*.

Y de forma similar lo establece el artículo 32 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco: *"El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos"*.

(28) Véase en este sentido, Díez GÓMEZ, A.: "El nuevo artículo 831 del Código Civil", RDN, número 117-118, julio-diciembre 1982, p. 409; PUIG BRUTAU, J.: Voz "Mejora", NEJ, tomo XVI, pp. 253-254; ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, p. 201; ALPAÑÉS, E.: "La delegación de la facultad de mejorar", RGLJ, tomo XXVI (194 de la colección), segunda época, número 3, marzo 1953, p. 273; SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del CC español)*, cit., pp. 110-111.

el tercio de mejora como con el tercio de libre y por supuesto, que el cónyuge sobreviviente podía utilizar esta facultad en un solo acto o en varios sucesivamente. Esto es así antes y ahora.

Sin embargo, es evidente que el 831 CC actual tiene algunas innovaciones respecto del viejo texto:

1.º La facultad se concede al cónyuge y al conviviente de hecho o persona (aun no conviviendo) con la que el fallecido tenga descendencia común.

2.º Se suprime esta facultad en capitulaciones matrimoniales y ahora solamente se puede hacer en testamento.

3.º El plazo ha variado. Y aquí es donde entiendo que cabría pensar que se puede llegar a ampliar el de dos años, como si el fiduciario-cónyuge fuera un albacea o contador-partidor. Pero no olvidando que es algo más que un contador-partidor. Por ello pienso que no son figuras iguales. No creo que el 831 viejo y actual sea excepción al 1.057 CC.

LA RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO EN EL *MANDATUM INCERTUM*

ALFONSO MURILLO VILLAR
Catedrático de Derecho Romano.
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ORIGEN ROMANO DEL *MANDATUM INCERTUM*. 3. SU DESARROLLO EN EL DERECHO HISTÓRICO PATRIO. 4. LA ACTUAL REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Aun cuando el origen del contrato de mandato es discutido en la doctrina, sin embargo, la opinión dominante mantiene que está relacionado con las exigencias del comercio internacional; su desarrollo más intenso se produjo a medida que los ciudadanos romanos negociaban el intercam-

bio de mercancías con *peregrini*, especialmente a partir del siglo III a.C. (1). Existe un gran consenso doctrinal en que el mandato procede del *ius gentium*, así como que contribuyó al despegue comercial y, por ende, al desarrollo económico de Roma. Las partes se vinculaban basándose en la lealtad y seriedad comercial, y se apoyaban en el principio de la buena fe como criterio fundamental que regía las relaciones entre extranjeros en la antigüedad.

El incremento de la actividad comercial sin duda motivó la necesidad de que determinados negocios, al no poder ser realizados por sus dueños, bien porque no querían, bien porque no podían, a veces por las distancias, fueran encargados a terceras personas de la máxima confianza, normalmente amigos. Cuando las personas de confianza no eran ciudadanos romanos, sino extranjeros, y no pudiendo éstos ser nombrados cognitores ni procuradores, ambas figuras del *ius civile*, surgió este contrato en el ámbito del *ius gentium*, siendo el acuerdo entre las partes, mandante y mandatario, quien generaba obligaciones para ambas recíprocamente (2).

Entre las obligaciones del mandatario se encuentra aquella de cumplir el encargo solicitado por el mandante, llevándolo a buen fin siguiendo las instrucciones que éste le hubiese dado. Es decir, el mandatario debe obrar como lo hubiera hecho el mismísimo mandante. Cuando el mandante no ha dado las instrucciones mínimas necesarias, la gestión deberá desarrollarse por el mandatario teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se ha obligado a realizar (3). Además, entre las obligaciones del mandatario está la de rendir cuentas de su gestión al mandante, así como comunicarle los resultados de la actividad que ha llevado a cabo. No es necesario que el mandatario realice la actividad objeto del contrato en persona, puede hacer que otras realicen dicha actividad, pero, eso sí, quedará él responsable del trabajo realizado por quien lo haya sustituido (4). La responsabilidad del mandatario, según la doctrina mayoritaria, alcanzaba en época clásica al dolo y en época justinianeana a la culpa (5).

Es obvio que la gestión que el mandatario se ha comprometido a realizar ha de ser conforme a los principios generales que rigen para toda prestación, es decir, ha de ser lícita, posible, determinada o determina-

(1) PROVERA, G.: *s.v. mandato (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXV, Varese, 1975, p. 312.

(2) VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. esp., Madrid, reimpre-sión, 1991, p. 526; TORRENT, A.: *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 2002, p. 475.

(3) VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 528.

(4) Vid. SANFILIPPO, C.: "Esecuzione del mandato mediante sostituto", en *Annali Seminario Giuridico*, Catania, 1947, pp. 167 y ss., y ARANGIO-RUIZ, V.: *Il mandato in diritto romano*, ristampa, Napoli, 1965, p. 161.

(5) Vid. LITEWSKI, W.: *La responsabilité du mandataire*, en *Index*, 12, 1983-84, pp. 106 y ss.

ble (6) y, además, dice PETIT (7), es preciso que el mandante tenga un interés pecuniario en la ejecución del mandato. Si no está determinado, pero es determinable, habrá que analizar si la determinación será objetiva o subjetiva. Si fuere objetiva no habrá especiales dificultades, puesto que no dependerá del mandatario. Ahora bien, cuando la determinación tenga que ser a través de criterios subjetivos surgirá el caso que nos ocupa en esta *sedes materiae*, el mandato incierto, capaz de generar obligaciones para ambas partes: mandante y mandatario.

Para comprender la institución jurídica del mandato incierto hay que partir de que el mandante confía en el buen hacer del mandatario el desarrollo de una gestión, quien, sin embargo, carece de las pertinentes instrucciones dadas por el mandante. No todas las gestiones admiten unas instrucciones taxativas, sino que en determinados negocios la discrecionalidad del mandatario es más que necesaria, por ejemplo, la adquisición de un animal entre varios que a juicio del mandatario ninguno reúne la calidad que necesita el mandante; en otros casos se pueden encomendar gestiones en las que tampoco se den instrucciones porque el mandante confía en el buen hacer del mandatario, buen hacer mostrado con anterioridad en gestiones similares. Se observa en estos casos que mientras el mandante es el titular del “interés”, es decir, del resultado de la gestión, el mandatario lo es de la “voluntad”. En consecuencia, la cuestión radica en que el mandatario deberá ajustar la declaración de voluntad del mandante, por supuesto carente de instrucciones, al interés que él, el mandante, persiga.

2. El origen romano del *mandatum incertum*

A lo largo de la historia del Derecho romano existió tanto el mandato cierto como el mandato incierto (8); sin embargo, lo que se discute en la doctrina romanística es si este último, el *mandatum incertum*, tuvo su vigencia ya en época clásica o fue de origen bizantino (9). La polémica

(6) La dificultad va a estar en establecer los límites de la indeterminación para la validez o invalidez del mandato. Vid. MARTÍN, R.: “El mandato”, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 641, número 14.

(7) PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho romano*, trad. esp., 17 ed., México, 2001, p. 413.

(8) No obstante, TORRENT: *Manual de Derecho privado*, cit., p. 473, niega que se admitiera el *mandatum incertum*, posición que mantiene, igualmente, en *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, s.v. *mandatum incertum*, p. 677. GUARINO, A.: *Diritto privato romano*, 12 ed., Napoli, 2001, p. 931, parte de que la actividad del mandatario debía ser suficientemente determinada, por ello que no fuera válido el mandato indeterminado (*mandatum incertum*).

(9) Para PROVERA: s.v. *mandato (storia)*, cit., p. 316, el *mandatum incertum vel plurium causarum* aparece en la compilación.

doctrinal se centra, sobre todo, en saber si los clásicos conocieron o no el *mandatum incertum* y, especialmente, en saber si podría exigirse responsabilidades al mandatario por su gestión en los casos en que no hubiera recibido instrucciones del mandante.

En nuestra opinión, no se puede descartar que en época clásica tuviera ya su vigencia el mandato indeterminado; sin embargo, apenas existen textos que puedan ratificarlo, y los pocos que conocemos, que seguidamente analizaremos, han sido objeto de numerosas críticas interpolacionísticas. Entre los autores que defienden que los textos están alterados se encuentran BESELER (10), ALBERTARIO (11), DONATUTI (12) y TORRES (13), llegando a la conclusión de que en época clásica el *mandatum incertum* no se reconoció. Sin embargo, defienden su existencia en período clásico, entre otros, LONGO (14), SANFILIPPO (15), ARANGIO-RUIZ (16) y VOCI (17). Otros, como SCAPINI (18) y CAMACHO (19), aceptan que en época clásica se produjo el embrión de lo que más tarde sería el conocido como *mandatum incertum*, aunque reconocen la alteración bizantina de los textos.

Las fuentes sobre las que la tradición se ha apoyado para configurar el mandato *incertum*, como una institución jurídica, desde Roma hasta el Derecho actual, y sobre las que existen profundas divergencias de interpretación, son las siguientes: D.17.1.46 y D.17.1.35.

D.17.1.46 (Paul. 74 ad ed.).— Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: "si Stichum non dederis, centum milia dabis?" et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum milium stipulatio committatur, constat posse eum mandati

(10) BESELER, G.: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, Tübingen, 1910, p. 84, y en el III, Tübingen, 1913, pp. 106 y 144.

(11) ALBERTARIO, E.: *Contributi alla critica del Digesto*, Milano, 1940, p. 42.

(12) DONATUTI, G.: "Mandato incerto", en *BIDR*, 33, 1924, pp. 168 y ss.; también se puede consultar en sus *Studi di diritto romano I*, Milano, 1976, pp. 159 y ss.

(13) TORRES, M.^a J.: *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, 1998, pp. 111 y ss.

(14) LONGO, G.: "Sul mandato incerto", en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, 1947, pp. 138 y ss.; también en *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, vol. II. *Parte speciale*, Roma, 1954, pp. 237 y ss.; y en *Nov.DI*, X, ristampa, Torino, 1982, s.v. *mandato (diritto romano)*, pp. 105 y ss.

(15) SANFILIPPO, C.: "Esecuzione del mandato mediante sostituto", cit., pp. 169 y ss.

(16) ARANGIO-RUIZ: *Il mandato in diritto romano*, cit., pp. 112 y 161.

(17) VOCI, P.: *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio I, I*, Milano, 1969, p. 211, nota 57.

(18) SCAPINI, N.: "Appunti per la storia del *mandatum incertum*", en *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, Milano, 1973, pp. 1195 y ss.

(19) CAMACHO, M.: "El *mandatum incertum*", en *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudios* (coord. R. HERRERA y M. SALAZAR), Jaén, 1999, pp. 137 y ss.

agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.

De estos comentarios de PAULO al Edicto, tal y como está redactado el texto, se infiere una clara distinción entre el *mandatum certum* y el *mandatum incertum*. No reconocer el *mandatum incertum* es presuponer que el mandante siempre dará unas estrictas reglas de actuación al mandatario, transformándose éste en un mero ejecutor de aquéllas. Pues bien, aceptar esto es lo que llevó, entre otras cosas, a DONATUTI (20) a entender como interpolado desde *igitur* hasta el final (21). Sin embargo, ha sido precisamente esta parte *igitur-actio* la que ha influido en la recepción de un modo directo.

Así, si el mandato es cierto, dice el texto, no debe apartarse uno de la forma, es decir, no hay que apartarse de él; ahora bien, si es incierto o comprende varias causas (22), aunque se haya cumplido la causa del mandato con otras prestaciones que estaban contenidas en el mismo mandato, si hubiera convenido al mandante se dará contra él la acción de mandato. Es obvio, pues, el reconocimiento del *mandatum incertum* y, por ende, la gestión del mandatario desarrollada sin instrucciones evidentes del mandante. Nos encontramos, en definitiva, ante un mandato en el que falta la determinación del objeto.

En apoyo de la presunta interpolación de D.17.1.46 se ha utilizado D.17.1.5 *pr.* (Paul. 32 *ad ed.*).—*Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt*, queriendo ver una contradicción entre la información que aporta el mismo jurista, PAULO, en ambos textos. Así lo apunta DONATUTI (23), quien afirma que la regla de PAULO no podía ser más clara: en todos los mandatos el mandatario debe observar “*fines mandati*”, los cuales derivan de la declaración de voluntad del mandante; es decir, afirma DONATUTI, son los actos que el mandante quiere que el mandatario cumpla y que éste a su vez ha aceptado cumplir. Este mismo planteamiento es seguido

(20) DONATUTI: “Mandato incerto”, cit., p. 182, y en “Contributi alla teoria del mandato in diritto romano I. L’actio mandati dell’adpromissor”, en *Studi di diritto romano I*, Milano, 1976, p. 299.

(21) Opinión que parece compartir KASER, M.: *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das Alerömische, Das Vorklassische und Klassische Recht.*, 2.^a ed., München, 1971, p. 577, nota 12.

(22) Para SCAPINI: “Appunti per la storia del *mandatum incertum*”, cit., p. 1225, y CAMACHO: “El *mandatum incertum*”, cit., p. 141, el *mandatum plurium causarum* es un tipo de mandato distinto del *mandatum incertum*.

(23) DONATUTI: “Mandato incerto”, cit., p. 170.

por TORRES (24) al afirmar que PAULO estableció que debían respetarse con diligencia los límites del mandato, y en caso de hacer cosa distinta se colige que el mandatario no ejecuta el mandato. Es decir, afirma RANDAZZO (25), que no cabe ninguna excepción a la correspondencia entre la rígida voluntad expresada por el mandante y la actuación, en cumplimiento de la misma, por parte del mandatario. Por ello, concluye (26), los textos examinados muestran con gran claridad la permanente rigidez del principio de determinación del objeto del mandato, elemento esencial y perfil caracterizador del contrato.

Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN (27), la postura de DONATUTI (28), y debe añadirse de TORRES y RANDAZZO, no pueden ser aceptadas, en cuanto es posible admitir un cierto grado de indeterminación en las indicaciones y límites impuestos al mandatario para el cumplimiento del encargo encomendado. En nuestra opinión, las cuestiones que se regulan en D.17.1.5 *pr.* y en D.17.1.46 no son la misma cosa. El primer texto se refiere a los supuestos que la doctrina conoce generalmente como de “exceso de mandato” (29), es decir, aquellos casos en que el mandatario no respeta los límites impuestos por el mandante. Por el contrario, el segundo texto, párrafo 46, se dedica a establecer la distancia entre el mandato cierto y el incierto. Es verdad que la cuestión del exceso de mandato y la del *mandatum incertum* están próximas, pero no deben confundirse, a pesar de que formalmente D.17.1.46 levante serias sospechas de interpolación.

Por otro lado, DONATUTI (30) insiste en no reconocer el mandato incierto como causa obligatoria del Derecho clásico, ya que para él se trata de una tendencia jurídica desarrollada fuera del marco del Derecho clásico. Es más, según el ilustre romanista italiano, el fundamento de la obligatoriedad del *mandatum incertum*, en el que se deja al mandatario la determinación de la prestación, fue afirmado en las Basilicas: Bas.14.1.48 (31). En este texto se especifica que cuando la determinación de la prestación

(24) TORRES: *El mandato de crédito como garantía personal*, cit., p. 112.

(25) RANDAZZO, S.: *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 179.

(26) RANDAZZO: *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, cit., p. 184.

(27) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.: “Acerca del mandato de comprar cosa que es en parte propiedad del mandatario”, en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo VI*, Madrid, 1988, p. 157, nota 25.

(28) DONATUTI: “Mandato incerto”, cit., pp. 182 y ss.

(29) Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.: “Un supuesto polémico a propósito de exceso de mandato”, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*, Madrid, 1988, pp. 1293 y ss. y bibliografía allí indicada.

(30) DONATUTI: “Mandato incerto”, cit., p. 183.

(31) Bas. 14.1.48 (= D.17.1.48.2). –Scolio 10.– *Non valere mandatum, si dixerō, quemlibet fundum mihi eme. Aliud est, si mandaverō tibi, ut negotia mea, prout volueris, geras: hic enim*

se deja en manos del mandatario, éste debe actuar *boni viri arbitratus*. Por ello, afirma DONATUTI (32), la remisión, aunque tácita, al *arbitrium boni viri* del mandatario fue una condición necesaria y suficiente para que el *mandatum incertum* fuese obligatorio. Consecuentemente, si el mandatario obra como un *vir bonus* se reconocerá aquel mandato en el que el mandante difiere la determinación de la acción al mandatario (33).

En definitiva, una vez aceptada la institución del *mandatum incertum*, apoyado en Bas. 14.1.46 (= D.17.1.46), dice DONATUTI (34) que la certeza de la declaración del mandante dejó de ser un requisito del contrato de mandato, y se estableció como límite del *arbitrium boni viri* del mandatario el interés del mandante. Conviene no olvidar que la remisión de la determinación de la prestación al mandatario, también en época clásica se medía por el *arbitrium boni viri* (35). Frente a la postura interpolacionística de DONATUTI, ratificada en parte por SCAPINI (36) y RANDAZZO (37), entre otros, se encuentra LONGO (38), que aun aceptando que el texto no está exento de críticas formales, sustancialmente no puede considerársele alterado. Entiende LONGO que el jurista PAULO, opinión a la que nos sumamos, una vez que resolvió el caso práctico, tuvo ocasión de exponer la regla formulando un principio teórico que le permitía distinguir entre *mandatum certum* y *mandatum incertum*. Esta contraposición, a juicio de ARANGIO-RUIZ (39), no era desconocida por la jurisprudencia clásica, quien hizo un uso oscilante de los dos adjetivos, por ejemplo, *stipulatio certi* o *incerti*, *intentio certa* o *incerta*, *condemnatio certa* o *incerta*, *actio certa* o *incerta*, *condictio certi* o *incerti*, *dies certus* o *incertus*, *obligatio certa* o *incerta*, etc.

Para LONGO, la actual redacción es el resultado de una reducción del texto original, lo cual obligaba a ciertas modificaciones de forma, en el que el jurista apuntaba los requisitos de validez del mandato incierto. Además, los textos de las Basilicas que aporta DONATUTI para demostrar las

mandatum valet et bonam fidem mandatarii exigit, ut dig. 60 disces. Et ratio manifesta est. Nam si tibi dixero, quemlibet fundum mihi eme, ab initio res vel corpus, ad quam quodve mandatum pertinet, incerta sunt: sin autem dixero, negotia mea, prout volueris, gere, res, ad quam mandatum spectat, statim certa est, administratio autem ab arbitrio mandatarii pendet. Praeterea aliud est, si non dixi, quemcunque, sed, qualem volueris fundum, mihi eme: tunc enim mandare ei videor, ut boni viri arbitratu fundum emat.

(32) DONATUTI: "Mandato incerto", cit., p. 184.

(33) Bas. 14.1.2 (= D.17.1.2) Scolio 2.

(34) DONATUTI: "Mandato incerto", cit., p. 185.

(35) ARANGIO-RUIZ: *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 114.

(36) SCAPINI: "Appunti per la storia del *mandatum incertum*", cit., pp. 1200 y ss.

(37) RANDAZZO: *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, cit., pp. 187 y ss.

(38) LONGO: "Sul mandato incerto", en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, cit., p. 141.

(39) ARANGIO-RUIZ: *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 112.

alteraciones del párrafo 46, ninguno tiene relación directa con el texto afectado; y más destacable aún es que no presenta ningún texto paralelo entre D.17.1.46 y las Basilicas. El otro texto que ha servido de fundamento en la polémica doctrinal ha sido D. 17.1.35 (*Nerat. 5 membran.*).

D.17.1.35 (Nerat. 5 membr.).— Si fundum, qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emeris mihi, verum est mandatum posse ita consistere, ut mihi ceteris partibus redemptis etiam tuam partem praestare debeas. Sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quanticumque aliorum partes redemeris, sic et tua pars coartabitur, ut non abundet mandati quantitatem, in quam tibi emendum totum mandavi: sin autem nullo certo pretio constituto emere tibi mandaverim tuque ex diversis pretiis partes ceterorum redemeris, et tuam partem viri boni arbitratu aestimato pretio dari oportet.

En este texto se admite con meridiana evidencia la figura del *mandatum incertum*. Se trata de un supuesto en el que el mandante encarga al mandatario la adquisición de un fundo, en el que una parte era del propio mandatario. Lo que el mandante pretende es la adquisición de un fundo que se halla en régimen de copropiedad (40), encargándose al mandatario gestionar dicha compra a todos y cada uno de los restantes *socii*, de tal forma que, una vez que se haya concluido la gestión, entregue todo el fundo, incluida su parte, al mandante (41).

NERACIO resuelve el caso planteando una doble hipótesis, cuyo resultado dependerá de si el mandante estableció o no el precio global que está dispuesto a pagar por todo el fundo. Así, si hubiera ordenado adquirir todas las partes (cuotas) que conforman el fundo por un cierto precio, es decir, un precio máximo, la parte del mandatario se verá reducida en su precio teniendo en cuenta el pagado por las demás partes, a fin, dice el jurista, de que no sobrepase aquella cantidad del mandato por la que se mandó comprar el fundo. En la segunda hipótesis, es decir, cuando se manda comprar el fundo pero sin señalar un precio determinado, y el mandante hubiera comprado las partes (cuotas) de los demás en diversos precios, la estimación de la parte del mandatario, dice NERACIO, se determinará conforme al criterio del *arbitrium boni viri* (42).

(40) Entendemos que se habla de un fundo como unidad y la referencia a partes es en concepto de parte intelectual, es decir, cuota, y no de parte física. Vid. MURILLO, A.: *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000.

(41) Sobre el mandato de compra de cosa en régimen de copropiedad, hecho a uno de los copropietarios, vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: "Acerca del mandato de comprar cosa que es en parte propiedad del mandatario", cit., pp. 141 y ss., y más recientemente KLINGENBERG, G.: "Das mandatum zum Kauf eines fundus communis", en *Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz I*, Varsovia, 2000, pp. 365 y ss.

(42) Esta parte final está alterada por los compiladores justinianeos. Vid. GREINER, R.: *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, pp. 95 y ss., pero no para LONGO: *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, vol. II. *Parte speciale*, cit., pp. 241 y ss.

Dejando a un lado la polémica a propósito de si el anterior texto se halla alterado o no por los compiladores bizantinos, lo más cierto es que la figura del mandato *incertum* fue reconocida y regulada. Otra cosa es que fuera en época clásica; en nuestra opinión no es descartable, pero con la escasez de textos de que disponemos es difícil responder afirmativamente. Defienden su alteración compilatoria ALBERTARIO (43) y DONATUTI (44), desde *sed* hasta *oportet*, por razones de carácter formal. No obstante, SCAPINI (45) cree que el texto contiene un núcleo sustancialmente genuino, lo que no quiere decir que el *mandatum incertum* sea de factura clásica. Sin embargo, LONGO (46), apoyándose precisamente en este texto, defiende la clasicidad del *mandatum incertum*.

Parte de la doctrina (47) ha utilizado C.5.13.1.5 para ratificar que el *mandatum incertum* es de origen bizantino.

C.5.13.1.5: Imperator Justinianus.— ... Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio (a. 530 d.C.).

Este texto forma parte de una constitución única recogida en el título 5, 13, en la que se abordan los problemas relativos a la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio y el reembolso al marido por los gastos útiles. La doctrina dominante, apoyándose en este fragmento, defiende la existencia de un requisito subjetivo tanto en Derecho clásico como en Derecho posclásico prejustiniano. En ambas épocas fue requerida la *voluntas mulieris* para todo gasto útil hecho por el marido; sin embargo, Justiniano, para favorecer al marido, cuando faltase dicho requisito subjetivo, le concedió la *actio negotiorum gestorum*.

Con la expresión “*si quidem voluntas mulieris intercedat*”, se advierte que aquella regla clásica, según la cual el mandatario quedaba vinculado por la voluntad declarada del mandante, ahora se puede entender en un sentido más amplio, en un sentido que se refiere a la más genérica *voluntas*, en todo caso presumible. En realidad, lo que pretenden demostrar los

(43) ALBERTARIO: *Contributi alla critica del Digesto*, cit., p. 42.

(44) DONATUTI: “Mandato incerto”, cit., p. 189.

(45) SCAPINI: “Appunti per la storia del *mandatum incertum*”, cit., pp. 1212 y ss.

(46) LONGO: “Sul mandato incerto”, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, cit., p. 142.

(47) DONATUTI: “Mandato incerto”, cit., pp. 192 y ss.; SCAPINI: “Appunti per la storia del *mandatum incertum*”, cit., p. 1220; CAMACHO: “El *mandatum incertum*”, cit., p. 139.

citados romanistas es que en época clásica la *voluntas* tenía que ser declarada expresamente, de tal modo que bien el marido a la hora de gastar de los bienes dotales, bien el mandatario a la hora de concluir la actividad encomendada, debían seguir expresamente las indicaciones bien de la mujer bien del mandante. En cambio, partiendo de C.5.13.1.5, entienden que ahora la *voluntas* del mandante es, en todo caso, presumible y no sólo aquella declarada. Pues bien, en esta modificación justiniana se basan para afirmar que el *mandatum incertum* fue configurado en época bizantina.

En nuestra opinión, C.5.13.1.5 no puede servir para justificar la figura del *mandatum incertum* por un cambio en los criterios de interpretación de la *voluntas*. Justiniano, dice GUIZZI (48), se refiere exactamente, en el mencionado texto, a la situación clásica y posclásica prejustiniana, sobre todo porque el emperador no podía tener ningún interés en eliminar de los textos clásicos la mención de la *voluntas mulieris*. Ello significa que el marido, para requerir a la esposa una compensación por los gastos útiles, debía hacerlo con su consentimiento. El mismo LONGO (49), al comentar la tesis de DONATUTI, considera que no debe confundirse la creación del *mandatum incertum* con la teoría de la voluntad, y excluye cualquier posibilidad de que las modificaciones en un campo puedan influenciar al otro, y viceversa. En definitiva, nos parece que DONATUTI quiso aplicar al *mandatum incertum* sus conocimientos de la teoría de la voluntad (50), simplemente porque entendía que para Justiniano en C.5.13.1.5 *voluntas mulieris* significaba mandato.

Si hubiera que admitir en C.5.13.1.5 la figura del mandato, consideramos que no sería tanto un supuesto de *mandatum incertum* como de mandato tácito. Que Justiniano conceda al marido la *actio negotiorum gestorum*, no parece una prueba evidente de la admisión del *mandatum incertum*. Más bien parece un recurso para justificar la disminución en la restitución de la dote por los gastos útiles que le hubiera ocasionado al marido. Si tenemos en cuenta la idea bizantina de que el marido en la práctica no pasa de ser un usufructuario, mero administrador, de la dote y lo ponemos en relación con la expresión “*si quidem voluntas mulieris intercedat*”, que desde luego apunta una cierta admisión de la mujer de los actos de administración del marido, resulta difícil deducir conexiones con un mandato, en el sentido de existencia o inexistencia de instrucciones del

(48) Vid. GUIZZI, F.: “La restituzione della dote e le spese utili”, en *Labeo* 3, 1957, pp. 248 y ss.

(49) LONGO: *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, vol. II. Parte speciale, cit., pp. 239 y ss.

(50) Vid. DONATUTI, G.: “Dal regime dei verba al regime della voluntas”, en *BIDR*, 34, 1925, pp. 185 y ss., también en *Studi di diritto romano*, Milano, 1976, pp. 209 y ss.

mandante; de ahí que ese cierto consentimiento de la mujer Justiniano lo recubra con la *actio negotiorum gestorum*.

Como sabemos, la recepción se ha producido sobre la base del Digesto, en donde se reproduce fielmente el Derecho justiniano; cuestión distinta es si este Derecho es clásico o no, pero lo que sí es posible es analizar la proyección histórica del instituto a partir de los datos recogidos en el *Corpus iuris civilis*. El *mandatum incertum* o indeterminado no es ni más ni menos que un mandato normal, al que le faltan unas instrucciones precisas dadas por el mandante al mandatario, en las cuales debieran haberse establecido los criterios por los que ha de regirse en la ejecución de la gestión. El *mandatum incertum* es un mandato normal, pero con objeto indeterminado.

El contrato de mandato, como fuente de obligaciones, requiere que la prestación, es decir, el comportamiento del deudor, en este caso del mandatario, esté perfectamente determinado o por lo menos que sea determinable. Ya lo hemos dicho, en el *mandatum incertum* la prestación no está determinada, lo cual no impide que al menos sea determinable. ¿Quién habrá de determinar el contenido de la prestación, es decir, el objeto del mandato? Evidentemente, el mandatario. ¿Con qué criterios? La respuesta a esta cuestión no puede ser única, pues dependerá de la gestión encomendada, cuyo cumplimiento podrá depender del mandatario (criterio subjetivo) o de un tercero, o de unos criterios más o menos generales dados por el mandante.

Todos aquellos supuestos en los que se deja al mandatario un cierto margen de discrecionalidad convierten el mandato en un *mandatum incertum*. Pueden servir de ejemplo los clásicos de “*compra el fundo Corneliano al mejor precio que puedas obtener*”; “*compra un fundo que presente unas determinadas características*”; “*compra un esclavo*”, etc. Todos ellos son supuestos en los que la decisión final depende del mandatario, quien habrá de concluir la gestión aun sin contar con las exactas instrucciones del mandante.

Para SCAPINI (51), los mandatos así concebidos no puede decirse que sean objetivamente indeterminados, porque la actividad del mandatario no se habría dejado a su determinación, sino que presentaba ciertos límites (mejor precio, ciertas características, que el precio no exceda de una cuantía), expresamente declarados por el mandante y susceptibles de valoración conforme a la *bona fides*. No podemos compartir esta opinión de SCAPINI porque la diferencia entre un *mandatum certum* y un *mandatum incertum* reside precisamente en la conclusión de la gestión. Por ello, si el mandante ha dado todas las instrucciones que la gestión requiere —*man-*

(51) SCAPINI: “Appunti per la storia del *mandatum incertum*”, cit., p. 1224.

datum certum—, el mandatario es un mero ejecutor, sin ninguna posibilidad de maniobrar a la hora de concluir la gestión encomendada. Por el contrario, si el mandatario puede negociar el precio con el vendedor del fundo Corneliano, poner condiciones u otras cláusulas que puedan surgir en el proceso negociador, es evidente que nos hallamos ante un *mandatum incertum*. Si el decidir las características del fundo: extensión, situación, calidad del terreno, tipología de cultivo al que está dedicado, lo hace el mandatario, es obvio, nuevamente, que se trata de un *mandatum incertum*. Si el elegir entre un esclavo u otro, o entre varios, sin ninguna instrucción, salvo, por ejemplo, que el dueño lo quiera para dedicarlo a la enseñanza de sus hijos, una vez más la concreción dependerá del mandatario; por lo tanto, estamos ante un *mandatum incertum*.

En definitiva, no entendemos cómo SCAPINI pretende convencer de que el *mandatum incertum* no es una figura clásica tomando como punto de referencia las comentadas argumentaciones. El mismo autor (52), siguiendo a DONATUTI, manifiesta que en la compilación justiniana el *mandatum incertum* adquiere un significado distinto, derivado del *mandatum plurium causarum* clásico, por cuanto se considera como válida *causa obligationis* la especificación del objeto, teniendo en cuenta el *arbitrium boni viri* del mismo mandatario. No obstante, para GROSSO (53), en el contrato de mandato el *arbitrium boni viri* pierde solidez como criterio de determinación del objeto, por convertirse en regla del modo de proceder del mandatario al determinar el objeto.

En caso de absoluta indeterminación de la prestación debida no surgiría la obligación, al igual que sucede en los casos de imposibilidad de ejecución del encargo; sin embargo, cuando al mandatario se le permite una esfera más o menos amplia de discrecionalidad en la ejecución de la gestión, es obvio que nos hallamos con un *mandatum incertum*, en el que ambas partes podrán exigirse responsabilidades. Un ejemplo muy elocuente de lo que acabamos de afirmar lo encontramos en el siguiente texto de PAULO:

D.17.1.3.1 (Paul. 32 ad ed.).— *Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emereres, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur.*

Comenta PAULO que la condición del mandante no puede nunca empeorarse y a continuación añade que, si ciertamente hubiera mandado al mandatario que le comprara alguna cosa sin haber establecido nada acer-

(52) SCAPINI: "Appunti per la storia del *mandatum incertum*", cit., p. 1225.

(53) GROSSO, G.: *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alter-native e generiche*, 3 ed., Torino, 1966, p. 141.

ca del precio y, sin embargo, la cosa fuere comprada, nace acción para ambas partes (54). Este mandato, del tipo *mea gratia*, ha sido estudiado por parte de la doctrina como ejemplo de exceso de mandato; sin embargo, compartimos la opinión de LONGO (55) de que este texto sirve para designar un mandato incierto. Si ponemos en relación el caso visto en D.17.1.35 con éste de D.17.1.3.1 se observa que en ninguno de los dos se ha fijado ningún precio cierto (*nullo certo pretio*); por tanto, si en el primer supuesto nadie ha puesto en duda que nos hallamos ante un caso de *mandatum incertum*, tampoco encontramos razones para que este segundo supuesto no lo sea.

La determinación del contenido de la prestación, en caso de *mandatum incertum*, también puede tener carácter objetivo, bien atendiendo a un hecho cierto o bien a una circunstancia que tenga tal carácter, como pudiera ser que el precio fuera el dinero que tengo en tal o cual cuenta, o el precio de mercado en tal fecha. Sería una determinación *per relationem*. La determinación también podría hacerse remitiendo la decisión final a la voluntad de un tercero (*arbitrium boni viri*), criterio que, como hemos visto, también se utiliza cuando la decisión la adopta el propio mandante (D.17.1.35). En consecuencia, la determinación de la prestación en el contrato de mandato, especialmente en el *mandatum incertum*, supone un poder discrecional tan amplio que implica un modelo de comportamiento en el mandatario; ello se debe a que el mandante le confía la gestión de su negocio porque normalmente le conoce su forma de actuar. Evidentemente, la discrecionalidad no puede ser tan amplia que suponga un encargo absolutamente impreciso e indeterminado, como es el recogido en D.17.1.48.2 (*Cels. 7 dig.*) (56): “Si yo te mandase que me comprases un fundo cualquiera, ello está ya fuera del tipo de mandato”, porque en tal caso no surge ninguna obligación.

3. Su desarrollo en el Derecho histórico patrio

Antes de proceder a estudiar el *mandatum incertum* en nuestro Derecho patrio, con especial énfasis en el análisis y valoración de los artícu-

(54) A este texto se le reconoce universalmente como genuino: WATSON, A.: *Contract of mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, pp. 95 y ss.; CHOE, B. J.: “Die Schulkontroverse bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf”, en *Mandatum und Verwandtes*, Berlin/Heidelberg, 1993, p. 125.

(55) LONGO: “Sul mandato incerto”, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 2, cit., p. 142.

(56) D.17.1.48.2 (*Cels. 7 dig.*).— *Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuius credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.*

los 1.719 del CC y artículos 254, 255 y siguientes del CCom, veamos el Derecho intermedio a fin de poder conocer si se ha producido o no la recepción de la figura jurídica que nos ocupa desde el Derecho romano hasta la actualidad. Como es obvio, el *mandatum incertum* surge cuando no existen instrucciones del mandante al mandatario, frente a lo que sucede en los denominados mandatos ciertos.

Desde un punto de vista teórico, sí se puede diferenciar entre *mandatum certum* y *mandatum incertum*, lo cual no significa que, admitida la posibilidad legal de encontrarnos con mandatos sin instrucciones, el ordenamiento jurídico le vaya a negar la protección jurídica pertinente. Ahora bien, que haya una regulación expresa sobre el *mandatum incertum* no es lo razonable, porque ello podría conducir a que en un número de casos superior al deseable, en razón de la confianza que une al mandante con el mandatario, se pudiera dejar el cumplimiento del encargo a la voluntad de este último, lo cual podría conducir a unos resultados absolutamente imprevisibles. En consecuencia, ni en Roma, ni en el Derecho intermedio, ni en la actualidad, vamos a encontrar una regulación expresa del *mandatum incertum*. Ello no significa que *de facto* el supuesto no pueda presentarse, en cuyo caso será necesario buscar soluciones jurídicas, aquellas que hemos visto surgieron en Roma, se aplicaron en el Derecho histórico español y, por supuesto, se aplican en la actualidad.

La ausencia de instrucciones del mandante genera lo que denominamos un *mandatum incertum*, pero esa ausencia se refiere al modo de cumplir el encargo, no al encargo en sí. Ello significa que el incumplimiento o inobservancia del encargo hace que el mandante pueda exigir responsabilidades al mandatario; esta circunstancia nos aproxima a los supuestos de responsabilidad por exceso de mandato, si bien ya dijimos que son cuestiones que no deben confundirse. La distinción entre “límites del mandato” (exceso de mandato) e “instrucciones del mandante” en teoría son fácilmente distinguibles. Los límites se refieren al objeto del mandato, es decir, al negocio que se encarga; las instrucciones, en cambio, se refieren a las modalidades accesorias del negocio. A pesar de todo, el tema es muy debatido en la doctrina y frente a quienes lo ven perfectamente diferenciado se hallan quienes lo consideran sinónimos. En definitiva, el mandatario va a responder tanto en los casos en que el mandante le haya dado unas instrucciones imperativas, si éstas no son cumplidas a plena satisfacción de aquél, como en los casos en que, careciendo de instrucciones, el mandatario intenta suplir la voluntad del mandante con su propia voluntad.

Nuestras fuentes históricas no dedican expresamente ningún título al contrato de mandato. Eso sí, lo enmascaran bajo la figura del personero: Fuero Juzgo 2,3 y Fuero Real 1,10 o dentro del título de las fiaduras: Partidas 5,12. Hasta el Proyecto de Código Civil de 1851, en su artículo 1.610,

no se reguló, salvo error por nuestra parte, cómo debía actuarse en aquellos supuestos de contratos de mandato en los que no hubiera instrucciones fehacientes del mandante. La solución nos la brinda Benito GUTIÉRREZ, quien dice que nos hallamos ante una de las muchas instituciones que se rigieron por la fuerza de la costumbre (57); es decir, si la base que sustenta este contrato es la confianza, más le valdría al mandatario cumplir lo que sin estar obligado aceptó, que incumplir.

En este orden de ideas es como debe interpretarse que en las Leyes de Partidas no se halle mención expresa al *mandatum incertum*; sin embargo, no resulta difícil intuir que en aquellos supuestos de evidente ausencia de instrucciones, todo, absolutamente todo, gira en torno al comportamiento discrecional del mandatario.

P.5.12.21.— De la cosa que manda fazer alguno, a pro de otro tercero tan solamente, o a pro de si, e de otro.

Mandando un ome a otro fazer alguna cosa, que non fuesse a pro de aquel que lo mando, nin de el que recibio el mandado, mas de otro tercero, ... E esto seria como si dixesse: Mandote, que recibas las cosas que ha fulan en tal lugar; o que le compres, o que le hagas tal cosa diziéndolas señaladamente, o que entre fiador por el; o le mandasse fazer otra cosa semejante destas. Ca, si aquel a quien mandan fazer esto, recibiesse el mandado, por fazer gracia, e amor aquel que gelo manda, devese trabajar de cumplirlo, quanto pudiere bien e lealmente. ... Quando manda fazer un ome a otro alguna cosa, por pro de si mismo, e de otro tercero alguno. ... Si aquel a quien mando fazer esto, recibe el mandado, tenuto es de lo cumplir bien e lealmente.

El código alfonsino, fiel a sus precedentes romanos, recoge las cinco maneras en que puede constituirse un contrato de mandato: *mandatum mea gratia* (58); *mandatum aliena gratia* (59); *mandatum mea et aliena gratia* (60); *mandatum tua et aliena gratia* (61) y *mandatum tua gratia* (62). Pues bien, tanto en los supuestos de *mandatum aliena gratia* como en los de *mandatum mea et aliena gratia* se le indica al mandatario que lo que se le encargue deberá hacerlo “bien e lealmente”. Podríamos decir que es la forma castellana de interpretar el viejo principio romano del *arbitrium boni viri*. Tanto el principio romano, *arbitrium boni viri*, como el principio alfonsino, “bien e lealmente”, afectan al mandatario en su recto pro-

(57) GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, 1 ed., tomo 4.º, Madrid, 1869, p. 501.

(58) P.5.12.20.

(59) P.5.12.21.

(60) P.5.12.22.

(61) P.5.12.21.

(62) P.5.12.22 y 23.

ceder; ambos tratan de acotar la discrecionalidad excesiva en que pudiera incurrir el mandatario al llevar a cabo el encargo encomendado. Es cierto que nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, pero no lo es menos que desembocarán en el más preciso, aún dentro de la vaguedad, de “*buen padre de familia*” plasmado en nuestro Código Civil, artículo 1.719.

En P.5.12.24, “*En que manera deve ser fecho el mandado*”, se indica que los contratos de mandato pueden ser hechos de muchas maneras; sin embargo, no se precisa nada a propósito del *mandatum incertum*, pero deja entrever que los mandatos tienen que ser hechos con palabras precisas y claras. Destaca extraordinariamente la importancia que tiene la intencionalidad del mandante a la hora de querer obligarse. Lo importante es que en P.5.12.24 no se rechaza la constitución de contratos de mandato indeterminados, pues el mandante, se afirma en dicha Ley, quedará obligado de cualquier manera que aparezca que quiso obligarse (63).

4. La actual regulación en el Código Civil y en el Código de Comercio

Como antecedente inmediato de la actual regulación española, plasmada en el artículo 1.719 del Código Civil, tenemos el artículo 1.610 del Proyecto de Código Civil de 1851, cuya redacción no varió absolutamente nada respecto de la actual.

Artículo 1.719.— En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

Merece destacarse que las palabras “*a falta de ellas*”, se entiende de las instrucciones, significan la tácita aceptación de la validez del *mandatum incertum*. No nos dice el legislador que cuando falten las instrucciones el contrato de mandato será nulo, no; dice que si no existieran instrucciones del mandante, el mandatario deberá aplicar la solución que,

(63) P.5.12.24.— “... Por qualquier de tales palabras como estas, o por otras semejantes dellas, por que se puede entender, que el que faze el mandamiento, lo faze con entencion de se obligar, vale el mandamiento, e finca por ello obligado el mandador, a aquel que recibe el mandado. E si por aventura, alguno, después que oviesse fecho el mandamiento por tales palabras como estas que de suso diximos, quisiere dezir, que lo non fiziera con entencion de obligarse, non deve ser oydo. Fueras ende, si pudiere provar, por aquellos ante quien fue fecho, que assi es, como el diz, que non lo fizo con entencion de obligarse, mas de otra manera; lo que seria grave de provar.”

conforme a la naturaleza del negocio, un buen padre de familia hubiera adoptado. Ello significa, creemos, que si efectivamente el mandante consiguiera demostrar que el mandatario no ha obrado como lo hubiera hecho un buen padre de familia, podrá exigirle la pertinente responsabilidad. En caso contrario, si el mandatario ha obrado como lo hubiera hecho un buen padre de familia, podrá exigirle al mandante la responsabilidad que le compete como ordenante de una determinada gestión.

Según Benito GUTIÉRREZ (64), si el mandato hecho por el mandante no prescribe al mandatario reglas precisas y determinadas para la gestión, sus facultades tienen por único límite su prudencia y su buena fe: investido de una libertad que descansa sobre la confianza, debe procurar el beneficio del mandante con la diligencia de un buen padre de familia. Para GARCÍA GOYENA (65), nuestro artículo recoge con claridad y concisión lo bueno de otros códigos civiles europeos coetáneos. Así se explica que en primer lugar aparezcan las instrucciones del mandante, porque el mandatario obra en su nombre y por poder suyo; en segundo lugar, si aquéllas faltaran, se atenderá a la naturaleza del negocio combinada con la diligencia de un buen padre de familia. Según Domingo DE MORATÓ (66), el mandatario está obligado en defecto de instrucciones a desempeñar el negocio no sólo como lo exija su naturaleza, sino también teniendo en cuenta el objeto del mismo negocio.

De lo anterior puede colegirse que el artículo 1.719 establece un orden de prelación de la conducta que el mandatario debe observar. Evidentemente, no recoge el primer orden, que es el de ajustar su conducta a los términos concretos del mandato. Esto supondría que el mandato es imperativo y, por lo tanto, no dejaría el menor resquicio al ejercicio discrecional del mandatario; estaríamos, pues, ante un mandato en el que se recogerían todas las cualidades y características del negocio encargado, de las cuales no podrá salirse dicho mandatario. Sí recoge el artículo 1.719 las que podríamos denominar conductas a seguir en ausencia de un mandato expreso. Así, en el mencionado orden de prelación, en segundo lugar, dice MARTÍN-RETORTILLO (67), el mandatario debe observar las instrucciones del mandante, que unas veces serán complemento y otras suplirán al propio mandato, y, en tercer lugar, a falta de ellas, conforme a la natu-

(64) GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, tomo 4.º, cit., p. 510.

(65) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II, reimpresión, Zaragoza, 1974, p. 842.

(66) DOMINGO DE MORATÓ, D. R.: *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, tomo II, 2 ed., Valladolid, 1877, reimpresión, Pamplona, 2002, p. 462.

(67) MARTÍN-RETORTILLO, C.: "Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante", en *Revista de Derecho Privado*, 37, 1953, p. 734.

raleza del negocio encomendado, observará la conducta de un buen padre de familia. La terminología empleada en este artículo, dice ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (68), es algo rancia, y apenas la utiliza ya el Tribunal Supremo. Entiende como más adecuada la terminología recogida en otros artículos en relación con los deberes de conducta, los cuales pueden resumirse en dos, lealtad y diligencia: "Artículo 1.714 CC, «no traspasar los límites»; artículo 1.718 CC, «terminar el negocio comenzado»; artículo 1.720 CC y 260 CCom, «dar cuenta de sus operaciones»; artículo 1.727 CC, «cumplir las instrucciones del mandante»; artículo 1.733 CC, «a la devolución del documento en que conste el mandato», «deber de consulta», 255 y 258 CCom, etc."

Sin embargo, nos preguntamos, ¿qué habrá de entenderse por instrucciones? Entendemos que son aquellas que le haya dado expresamente el mandante; puede suceder que no le haya dado ninguna, en ese caso el mandatario deberá suplir la voluntad del mandante; puede ser que las instrucciones que haya dado el mandante fueran insuficientes, en este caso sucede exactamente lo mismo, el mandatario deberá imaginar cuál era la voluntad del mandante. Como dicen MARTÍN-RETORTILLO (69) y BONET RAMÓN (70), las instrucciones han de interpretarse según la presumible voluntad del mandante y según los usos del tráfico. Lo dicho se refiere al primer inciso del artículo 1.719, pero el problema surge cuando se carece absolutamente de instrucciones. Entonces es cuando entra en funcionamiento el segundo inciso: se concluirá el negocio como lo haría un buen padre de familia.

Con el artículo 1.719 el legislador se ha limitado a indicar al mandatario que se las arregle con las instrucciones, muchas, pocas, alguna o ninguna, que le haya podido dar el mandante. Es decir, que interpretar la expresión "*instrucciones del mandante*" crea muchos problemas, sobre todo de índole económica, cuando la gestión encomendada exige participar en el mundo de la contratación, donde los precios varían a una gran velocidad. Ello sin olvidar que las instrucciones del mandante son parte del mandato y que salirse de ellas sería extralimitarse, como prescriben los artículos 1.714 y 1.715 (71). Así, pues, dice MARTÍN-RETORTI-

(68) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997, p. 189.

(69) MARTÍN-RETORTILLO, *loc. ult. cit.*

(70) BONET RAMÓN, F.: *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, 2 ed., Madrid, 1964, p. 1356.

(71) No obstante, PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., en sus notas como traductores a ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, tomo II - 2.º, vol. I, 3 ed., Barcelona, 1966, p. 602, entienden que aunque no esté prevista en el Código Civil la posibilidad de apartarse de las instrucciones del mandante, no ven inconveniente en admitirlas en las condiciones que señala el texto (art. 1.719) y que son, en lo esencial, las mismas que establece

LLO (72), las instrucciones son aquellas determinaciones posteriores complementarias del contrato que el mandante va comunicando a su sustituto, es decir, al mandatario, para que se atenga a ellas en la actuación encomendada. Estas instrucciones son como apéndices del contrato principal.

Ahora bien, si no se ha previsto nada en cuanto al modo de ejecución del mandato, el mandatario está obligado, conforme a la naturaleza del negocio, los usos y todas las circunstancias que rodean dicha ejecución, a actuar como si el negocio fuera suyo. Es decir, cuando el mandatario al intentar cumplir el mandato se encuentre sin instrucciones que le dirijan su actuación, deberá comportarse como un buen padre de familia. Otra cosa distinta es qué se entienda por un buen padre de familia; en estos casos, creemos, habrá de concretarse en una diligencia *in concreto*, es decir, la diligencia que pone en sus propios negocios. De todos modos, la situación ante la que se halla el mandatario es muy difícil: tiene que suplir la voluntad del mandante y para ello ha de interpretar dicha voluntad, ha de indagar cuál sea esa voluntad.

Nos encontramos, pues, como dice ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, con que la función esencial del mandatario es la de ser un intérprete autorizado de la voluntad del mandante, lo cual supone reconocer al mandatario la más amplia disponibilidad del contenido del contrato (73). En definitiva, dice MARTÍN-RETORTILLO, “el mandatario queda obligado a ejecutar el mandato conforme a las instrucciones del mandante, estimando que dichas instrucciones vienen a integrar dicho mandato, bien como constitutivo del propio contrato, o, lo que es más frecuente, como complemento y apéndice del mismo, debiendo obrar con diligencia y celo en el cumplimiento de esas normas adicionales para no incurrir en responsabilidad, no solamente civil, sino incluso de índole criminal” (74).

Habremos de entender, pues, que el mandante, cuando encarga la gestión de un asunto propio a otro, no se desliga de él hasta que el mandatario le presente el resultado de aquella gestión. Decimos esto porque el interés gestionado es del mandante y, por lo tanto, le corresponde la di-

el articulado del CCom. Tal posibilidad puede defenderse porque es una consecuencia de la buena fe. En opinión de MARTÍN-RETORTILLO: “Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante”, cit., p. 735, la buena fe es un criterio decisivo y preferente para valorar la actuación del mandatario; es decir, es preferible atender al criterio subjetivo derivado del análisis de la conducta del mandatario que del meramente objetivo marcado por resultados económicos dependientes muchas veces de causas externas que implican resultados adversos.

(72) MARTÍN-RETORTILLO: “Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante”, cit., p. 735.

(73) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *El mandato y la comisión mercantil*, cit., p. 25.

(74) MARTÍN-RETORTILLO: “Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante”, cit., p. 736.

rección del asunto a lo largo de todo el tiempo que dure la gestión. En consecuencia, el mandatario no sólo ha de atenerse a las instrucciones iniciales que pueda darle el mandante, y después a falta de ellas suplir su voluntad, sino que requerirá a aquél cuantas veces sea necesario para informarle del desarrollo de la gestión e intercambiar todas las instrucciones que sean necesarias. Como dice DE PABLO CONTRERAS (75), “ello significa que el mandatario tiene el deber de comunicar al mandante la marcha de sus gestiones y de consultarle, en demanda de nuevas instrucciones, cuando hubiere incidencias que lo hicieren necesario, deberes éstos que, aún no previstos expresamente en el Código Civil se infieren de la naturaleza del mandato como relación de confianza” (76).

Las instrucciones se pueden recibir durante la constitución del contrato de mandato, separada, pero simultáneamente, en cualquier forma, o posteriormente a petición del mandatario, e incluso a propuesta del mandante, siempre que no agraven la posición del mandatario, en cuyo caso podrá renunciar a su compromiso, puesto que lo importante es concluir la gestión encomendada de la forma más satisfactoria posible para las partes. Las instrucciones recibidas después de la ejecución del mandato es obvio que son ineficaces. Otro supuesto es aquel que apuntan BLANCO y ROLDÁN, que consiste en que el mandante también puede ordenar al mandatario que se ajuste a las instrucciones de un tercero interesado en la ejecución del mandato, en cuyo caso, si el mandatario se atiene a dichas instrucciones, no responderá ante el mandante por ese motivo (77). Frente al Código Civil, que no prevé la posibilidad de solicitar nuevas instrucciones al mandante, como acabamos de decir, el Código de Comercio sí que lo prevé expresamente en sus artículos 254, 255 y 260 al regular la comisión mercantil.

Art. 254 CCom: El comisionista que en el desempeño de su encargo se sujete a las instrucciones recibidas del comitente, quedará exento de toda responsabilidad para con él.

Art. 255 CCom: En lo no previsto y presente expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio.

Mas si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio. En el caso de que un acciden-

(75) DE PABLO CONTRERAS, P., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. et alii: *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 2000, p. 664.

(76) *Vid.* STS 20 de mayo de 1988.

(77) BLANCO GIRALDO, F. L. - ROLDÁN MONTAUD, F. J.: *Código de Comercio, tomo II, artículos 116 al 572. Concordancias, Jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid, 1992, p. 335.

te no previsto hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta.

Art. 260 CCom: El comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, participándole por el correo del mismo día, o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado.

Ante todo, debemos empezar por realizar una precisión. El comisionista mercantil es un profesional remunerado (78) y, por tanto, una figura distinta de la del mandatario civil. A pesar de las analogías que existen entre el mandato civil y la comisión mercantil, presentan dos diferencias fundamentales: a) el mandato es gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1.771 CC), mientras que la comisión es retribuida (art. 277 CCom); b) la índole del servicio, encargo u operación que constituye su objeto será, en la comisión, necesariamente de carácter mercantil (79). Según el artículo 254 CCom, cuando las instrucciones del comitente sean claras, precisas y se refieran a todo el asunto, si el comisionista se atiene a ellas no va a responder por nada; ahora bien, si el comisionista se aparta de las mencionadas instrucciones responderá por los daños y perjuicios que pueda ocasionar, no por no haber cumplido el encargo, sino por haber actuado de forma contraria a las instrucciones recibidas. “Consecuentemente, dice GARCÍA LUENGO (80), las instrucciones son el expediente técnico para asegurar que la prestación del comisionista responde a los intereses concretos del comitente, no obstante los obstáculos de tiempo y distancia.”

Cuando el comitente hace una disposición expresa, el comisionista no puede concluir ningún acto que sea contrario a dicha disposición, incluso aunque perjudique los intereses del comitente, como parece desprenderse del artículo 256 CCom cuando dice: “*En ningún caso podrá el comisionista proceder contra disposición expresa del comitente, quedando responsable de todos los daños y perjuicios que por hacerlo le ocasionare*”. Este precepto no dispone una consecuencia jurídica análoga a la que establece el artículo 1.124 del CC, sino que limita su alcance a una indemniza-

(78) Artículo 277 Código de Comercio.— “*El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de la comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión.*”

(79) URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 28 ed., Madrid, 2001, p. 720. MENÉNDEZ, A., et alii: *Leciones de Derecho mercantil*, Madrid, 2003, p. 556.

(80) GARCÍA LUENGO, R.: “Contratos en distribución”, en *Contratos mercantiles*, A. BERCOVITZ (director), 2 ed., Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 366.

ción por daños y perjuicios, lo que significa, dice GARCÍA-PITA (81), “que el contrato puede seguir siendo ejecutado en su plenitud, a satisfacción de ambas partes”.

Pero inmediatamente surge la pregunta: si la disposición no es expresa y clara, *mandatum dubium*, ¿podrá suplirla el comisionista? (82). Si la naturaleza del negocio, según el artículo 255, permite realizar la consulta al comitente, el comisionista no podrá decidir por su cuenta. Pero, si careciendo de instrucciones expresas, fuere imposible realizar la consulta, el comisionista deberá actuar conforme le dicte la prudencia y el uso del comercio, como si el negocio fuera propio (83). Como dice LEÓN ALONSO, “obviamente con ello se consigue dotar a todo el proceso gestorio de una coherencia y utilidad superiores a las que puedan esperarse con la simple remisión del C. Civil al estándar de la diligencia” (84). En definitiva, el Código de Comercio obliga al comisionista (mandatario) a consultar cualquier gestión confusa al comitente, lo que demuestra, dice CAMACHO, el mayor rigor del Código de Comercio respecto del Código Civil (85).

Se retoma aquí aquella vieja división de la responsabilidad romana que distinguía entre *culpa leve* “*in abstracto*” y *culpa leve* “*in concreto*”, dependiendo de la diligencia que en cada caso se le exija al comisionista, inclinándose el legislador por la última a la hora de exigir responsabilidades. Se imputa, pues, al comisionista, dice GARRIGUES (86), la *culpa leve* “*in concreto*”, en lugar de medirla por la norma abstracta de la diligencia de un ordenado comerciante. Es más, según el mismo artículo 255, si el comisionista apreciar que la ejecución del negocio pudiera ser perjudicial para

(81) GARCÍA-PITA, J. L.: “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, p. 2854.

(82) Así lo formula SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado*, tomo XXVI, vol. II, Madrid, 1951, p. 89.

(83) “Lamentablemente nuestro C. Civil se halla muy lejos de apuntar soluciones análogas, aproximándose únicamente a ellas en los supuestos de mandatos no representativos en los que, por actuar el mandatario en su propio nombre, le impone una diligencia *in concreto*, como si el asunto fuera personal suyo, *quam suis*”, asevera LEÓN ALONSO, J. R.: *Comentario del Código Civil*, tomo II (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, p. 1550, lo mismo en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 2, Madrid, 1986, p. 220. Para GARRIDO, J. M.: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, p. 112, nota 300, “la diferencia se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la *distancia loci* figura como elemento condicionante del contrato de comisión, pero no del mandato”.

(84) LEÓN ALONSO: *Comentario del Código Civil*, tomo II (Ministerio de Justicia), cit., p. 1549; lo mismo en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 2, cit., p. 220.

(85) CAMACHO: “El *mandatum incertum*”, cit., p. 145.

(86) GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 8 ed., Madrid, 1983, p. 107. Sobre la diligencia *quam suis* y la del ordenado comerciante, vid. GARRIDO: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., pp. 117 y ss.

el comitente si se ejecutare conforme a sus instrucciones, “podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta” (87); lo cual resulta acorde con lo establecido en el artículo 258, en donde se responsabiliza al comisionista de comportamientos más onerosos para el comitente: “El comisionista que, sin autorización expresa del comitente, concertare una operación a precios o condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza a la fecha en que se hizo, será responsable al comitente del perjuicio que por ello le haya irrogado”. En definitiva, lo que pretende el Código de Comercio es proteger al comitente de la arbitrariedad y del abuso de las facultades del comisionista (88).

5. A modo de conclusión

Llegados a este punto, observamos que la trayectoria histórica del *mandatum incertum*, desde Roma hasta la actualidad, es la de una institución a la que se le otorga plena validez jurídica, por cuanto viene a suplir la defectuosa constitución de un mandato cierto al que le faltan las instrucciones necesarias para que el mandatario pueda concluir su gestión. Nunca a lo largo de la historia se ha anulado un contrato de mandato por carencia o escasez de instrucciones; muy al contrario, se le ha otorgado protección legal, permitiendo que el mandatario supliera la voluntad del mandante.

En Roma, la actividad del mandatario se ajustaba al *arbitrium boni viri*, en el Derecho intermedio se le exigía que se comportara *bien e lealmente*, hasta que el Código Civil exige que, conforme a la naturaleza del negocio, actúe como *un buen padre de familia*. Sin embargo, tuvo que ser en el Código de Comercio donde, soslayando al mandato civil basado en la gratuidad y confianza de las partes, se incluyera el contrato de comisión convenientemente remunerado, lo cual obliga a precisar cómo ha de ser el comportamiento del comisionista cuando por las dificultades del tráfico mercantil no pueda recibir o consultar al comitente. Al comisionista se le exige que actúe con prudencia conforme al uso del comercio y cuidando del negocio como si fuera propio.

En Derecho romano, obviamente, no se conoció la comisión mercantil como contrato retribuido, cuyo objeto es un acto u operación mercantil

(87) Aplicable por analogía al mandato civil en aquellos casos en que circunstancias sobrevenidas hagan perjudicial para el mandante cumplir las que recibió. DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9 ed., Madrid, 2002, p. 423.

(88) GARRIDO: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., pp. 115 y ss.

y en el que una o ambas partes son comerciantes, sino que se conoció el mandato como contrato basado en la mutua relación de confianza y gratuito, teniendo especial trascendencia las cualidades del mandatario y la diligencia que pone en sus propios asuntos. Pues bien, si se parte de las características propias de cada tipo de contrato, no debe extrañar que en los supuestos de ausencia o deficiencia de instrucciones, el Código de Comercio sea mucho más exigente y riguroso respecto de la conclusión del negocio que el Código Civil; ello explica que la comisión sea un mandato cualificado.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL EN MÉXICO

GI SELA MARÍA PÉREZ FUENTES

*Doctora. Profesora investigadora.
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **1.** ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO MEXICANO. **2.** CONCEPTO DE DAÑO MORAL. **2.1.** Bienes jurídicos que tutela el daño moral en la legislación civil federal y en las principales legislaciones estatales. **2.2.** Elementos o requisitos del daño moral. **3.** LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO MEXICANO. **4.** CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. **4.1.** Los derechos lesionados y grados de responsabilidad. **4.2.** Situación económica de la víctima. **4.3.** Las demás circunstancias del caso. **4.4.** ¿Cláusula penal por daño moral? **5.** LA COLISIÓN DEL DERECHO AL HONOR Y LA INTIMIDAD FRENTE AL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO FUENTE DE DAÑO MORAL. BIBLIOGRAFÍA. LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Introducción

A pesar de que la mayoría de los juristas y estudiosos mexicanos clásicos defienden la presencia y raíces del Derecho francés en México, no puede negarse el marcado carácter español del Derecho Civil, especialmente patrimonial, en consideración a la influencia del Proyecto de Código Civil de don Florencio GARCÍA GOYENA, que fue determinante para la aprobación de un Código Civil en México.

El verdadero intento y producto jurídico de carácter civil que marca la nueva historia del Derecho Privado mexicano lo constituyó el Código Civil de 1870, que entró en vigor el primero de mayo de 1871, bajo la denominación de Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. La fuente interesante para el Derecho español de este Código lo constituye el Proyecto de GARCÍA GOYENA (1), que fue adoptado por casi todos los Estados. El Código Civil de 1884 siguió la misma línea en cuanto al proyecto de GARCÍA GOYENA.

La revolución mexicana de principios del siglo XX tiene, sin embargo, una expresión jurídica de carácter social y jurídico, en primer lugar, por la Constitución de 1917 y en segundo lugar por el Código Civil de 1928 (2), que es en verdad la primera norma civil con carácter nacional, aunque con innegable formación y contenido romano-francés y español en las instituciones de carácter patrimonial. Con respecto al Derecho de la persona y la familia, surgen nuevas figuras jurídicas con un fondo o carácter social. En el tema del daño moral se incorpora el artículo 1.916, no previsto en el Código Civil español. Sin embargo, lo interesante del estudio que a continuación presento es la cercanía de fenómenos jurídicos que encontramos en países americanos con raíces en definitiva comunes; el daño moral es en el tema de la persona el fenómeno más internacional en estos momentos, por ello, desde otra perspectiva normativa, vale la pena el análisis de esta figura en uno de los principales países de América como es México.

(1) Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, José María: "La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas", publicado en el *Libro-Homenaje al Profesor Juan Roca*, Murcia, 1989.

(2) El Código Civil de 1928, válido para el Distrito Federal con carácter supletorio para todos los demás Estados, rigió hasta 1999, cuando se produce una reforma constitucional cuando el Congreso de la Unión consideró legislar la materia civil en el orden federal, en tanto que fue asignado a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal hacer lo propio para la Entidad, por lo que en el 2000 el Código Civil de 1928 surgió como Civil para el Distrito Federal y Código Civil Federal con carácter supletorio para toda la República.

1. Antecedentes legislativos del daño moral en el Derecho mexicano

En relación a los Códigos Civiles de 1870 y 1884 antes enumerados, puede decirse que en la primitiva legislación civil mexicana, antes de 1928, nunca se contempló ni existió alguna referencia al agravio extrapatrimonial. No obstante, el Código Civil de 1928 sí reflejó la figura del daño moral, pero supeditada su existencia a la del daño patrimonial.

Así, en el Código Civil de 1870 sólo se hacía referencia al daño patrimonial, posición que nuevamente se encuentra presente en el Código Civil de 1884.

Los artículos referentes al daño patrimonial estipulaban lo siguiente:

“Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.”

“Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.”

En cuanto al daño moral, sí es cierto que el Código Civil de 1928 lo contempló en el artículo 1.916; para realizar un análisis objetivo del daño moral en México, debemos identificar dos etapas, las que abordo a continuación.

PRIMERA ÉPOCA

En el Código Civil de 1928 se introdujo el artículo 1.916, que expresaba lo siguiente:

“Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil (3). Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1.928.”

De la aportación del artículo 1.916 en el Código Civil de 1928 se destacan los siguientes aspectos:

(3) Nótese que la alusión a la responsabilidad civil implica solamente responsabilidad patrimonial.

1. La legislación civil mexicana admite por primera vez la reparación moral de manera genérica (4) y condicionada (5).

2. La reparación moral no es autónoma, pues se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de la naturaleza patrimonial, es decir, si no existe daño patrimonial, no podrá existir un daño moral.

3. El monto de la indemnización fijada por el juez se limitará a las dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial como máximo.

4. El daño moral se deriva de un hecho ilícito penal, descartando el daño moral derivado de la responsabilidad contractual y la responsabilidad objetiva.

La valoración judicial del daño moral en esta etapa se circunscribió a la esfera extracontractual, es decir, a los actos y omisiones extracontractuales, como única fuente de daño moral; así quedó marcado en la sentencia siguiente: "*DAÑOS Y PERJUICIOS, RESPONSABILIDADES, PROVENIENTES DE LOS. La responsabilidad por daños y perjuicios, según nuestra ley civil, pueden provenir de hechos, actos y omisiones contractuales o extracontractuales pero dicha ley reserva expresamente las cuestiones de daño moral sólo para casos de responsabilidad extracontractual*" (6).

De esta primera época puede destacarse como excepción de autonomía del daño moral la referida al artículo 143 del Código Civil de 1928, en caso de incumplimiento de matrimonio (7).

(4) No se identifica con la teoría de los derechos de la personalidad, ni menciona cuáles bienes extrapatrimoniales protege.

(5) La interpretación del poder judicial de la Federación marcó hasta la reforma de 1982 la dependencia del daño moral al patrimonial, y cito como ejemplo la siguiente tesis jurisprudencial: DAÑO MORAL, REPARACIÓN DEL. NUESTRA LEGISLACIÓN NO LA ADMITE SINO COMO PRESTACIÓN ACCESORIA DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO Y DEL DISTRITO FEDERAL). Aun cuando se acredite la comisión de actos ilícitos consistentes en publicaciones y fijación de avisos que afectan las buenas costumbres, las cuales no admiten que públicamente se desprestigie una persona, y que tales actos sean imputables a los demandados, quienes no contradijeron haberlos realizado, sin embargo, al no acreditarse la existencia de los daños y perjuicios, ni su cuantificación, no es posible la condena a título de reparación moral, en virtud que nuestra legislación no admite tal reparación sino como una prestación accesoria de la reparación de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil por actos ilícitos. "Época Octava". Fuente: *Seminario Judicial de la Federación*, tomo 1, segunda parte, p. 595.

(6) *Vid.* Fuente: *Seminario Judicial de la Federación*, tomo LXIX, p. 2826.

(7) Señala el artículo 143.- El que sin causa grave a juicio del Juez rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento pagará los gastos que la otra parte hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales. También pagará el prometido que sin causa grave faltare a su com-

La novedad del artículo fue el de considerarlo autónomo al daño patrimonial y constituye el primer antecedente legislativo de la formación del daño moral como figura independiente hasta la reforma de 1982, cuando se da un tratamiento más importante a la figura.

Es interesante también destacar en este estudio legislativo y jurisprudencial cómo el tribunal federal fue realizando interpretaciones “extensivas” en cuanto a la dependencia legislativa del daño moral; así en sentencia de la quinta época, el poder judicial federal valora el daño moral por la lesión a la propia mujer que sufre una violación, sin entrar a valorar el daño patrimonial sufrido; la sentencia que merece la pena citar es la siguiente:

“DAÑO MORAL: Entendemos por «Daño Moral» aquel que sufre la víctima de un delito con resultado no en su patrimonio, de manera directa ni en sus bienes materiales, sino en otros órdenes jurídicos, de naturaleza subjetiva como la reputación, la integridad sexual, la paz y seguridad de las personas... la ofendida como consecuencia de su desfloración, ha sufrido un daño moral... dado el criterio moral de nuestra sociedad, que la desfloración de una mujer produce en ella un sentimiento de devaluación de sí misma... En las condiciones anteriores, estimamos al daño moral originado por el hecho de autos y creemos conveniente fijar una indemnización por tal concepto cuyo monto no equivaldrá en modo alguno al perjuicio causado pero sí tiene que regularse atendiendo a las posibilidades económicas del causante del hecho y al medio social que pertenece tanto aquél como a la ofendida... al pago de cuatro mil pesos” (8).

En igual sentido, para determinar la cuantificación del daño moral, se hacía indispensable fijar la cuantía del daño patrimonial, pero el poder judicial de la federación resolvió en ocasiones difíciles, cuando no existían suficientes pruebas para valorar el daño material; al respecto cito una tesis jurisprudencial muy ilustrativa, que es la siguiente:

“DAÑO MORAL. LA FALTA DE PRUEBAS SOBRE EL DAÑO MATERIAL NO IMPIDE AL JUZGADOR FIJAR UNA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LA VÍCTIMA. En efecto el daño moral no puede valorizarse exactamente. Su reparación económica no es posible medirla con precisión y su monto o importancia pecunia-

promiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización del juez será prudentemente fijada en cada caso teniendo en cuenta los recursos del prometido y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

(8) Vid. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, “Quinta Época”, Instancia, primera sala, tomo CXVI, p. 1164.

ria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una venganza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente, tomando en cuenta la capacidad económica del obligado, la naturaleza del daño y las constancias relativas al proceso” (9).

En diversas sentencias, el tribunal federal, incluso antes de la reforma de 1982, dictaminó sobre el necesario prudente arbitrio de los tribunales al momento de fijar la cuantía del daño moral, determinando que: *“La reparación del daño moral es una cuestión subjetiva que no es posible acreditar, ni mucho menos estimar su monto mediante elementos de prueba corpóreos, tangibles, comunes como los establecidos por la ley procesal...”* (10).

Lo interesante de estas valoraciones de cuantificación sobre el daño moral es el encontrar similitudes de interpretaciones judiciales en España y México, recordando la sentencia española de 1912, que marca un hito en la figura del daño moral en el Reino.

SEGUNDA ÉPOCA

El 28 de diciembre de 1982 se aprobó el Decreto que reformó diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal de 1928, entre ellos el artículo 1.916. La reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de 31 de diciembre de 1982, comprendió la reforma del artículo 1.916, adicionó el 1.916 bis y reformó el 2.116.

El propósito principal de la reforma, aparte de lograr una autonomía a la compensación equitativa para resarcir a la víctima o a sus familiares de los hechos ilícitos, independiente que sean o no constitutivos de delitos, fue el de ampliar la hipótesis de daño moral para la procedencia de la reclamación a aquellos casos en que, a través de cualquier medio, incluyendo los de difusión, se ataque a una persona atribuyéndole determinados actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad.

La primera reforma fue aprobada el 2 de diciembre de 1982, e incluía solamente la modificación de los artículos 1.916 y 2.116.

El artículo sobre daño moral quedaba en los siguientes términos:

(9) Vid. *Seminario Judicial de la Federación*, “Época Sexta”, Instancia Primera Sala, tomo CXI, segunda parte, p. 39.

(10) Vid. *Seminario Judicial de la Federación*, “Época Sexta”, Instancia Primera Sala, tomo XCIX, segunda parte, p. 60.

Artículo 1.916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1.913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1.928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por actos entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando éstos hayan intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos de los lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor reputación o consideración, el juez ordenará a petición de ésta y con cargo a la responsable, la publicación de un extracto de la sentencia, que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los informativos. El juez ordenará que los mismos den publicidad del extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Artículo 2.116. Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1.916.

Pero en la Cámara de Diputados y en la opinión pública nacional en general, movido por los medios de difusión, se levantó una fuerte discusión sobre la limitación de la libertad de expresión que podían generar los artículos 1.916 y 2.116 (11); ello provocó que se aprobara el 28 de diciembre el siguiente artículo:

Artículo 1.916 bis. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República.

(11) En las actas de la Cámara de Diputados aparece al respecto la siguiente valoración sobre el artículo 1.916: "Consideramos pues la iniciativa de reforma a los artículos 1.916 y 2.216 del Código Civil, que con esto se pretende acordar o constituir una mordaza gravemente atentatoria a los derechos elementales e inalienables de la libertad de expresión y también se pretende constituir una patente de corso para cualquier presunto servidor público o persona, para acallar cualquier medio de difusión..."

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

A partir de ese momento se concibe el daño moral de una manera autónoma de cualquier tipo de otra responsabilidad civil o penal.

El artículo 1.916 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, se volvió a reformar mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de febrero de 1994, en la que únicamente se agregaron veintitrés palabras al primer párrafo y once más al segundo del citado artículo 1.916.

En la reforma se adiciona: *Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*

Lo significativo de la reforma se encuentra en el primer párrafo, ya que la modificación que se hizo al segundo párrafo consiste simplemente en el cambio de denominación de funcionarios por el de servidores públicos, y en el reenvío adicional al artículo 1.927 del mismo ordenamiento civil.

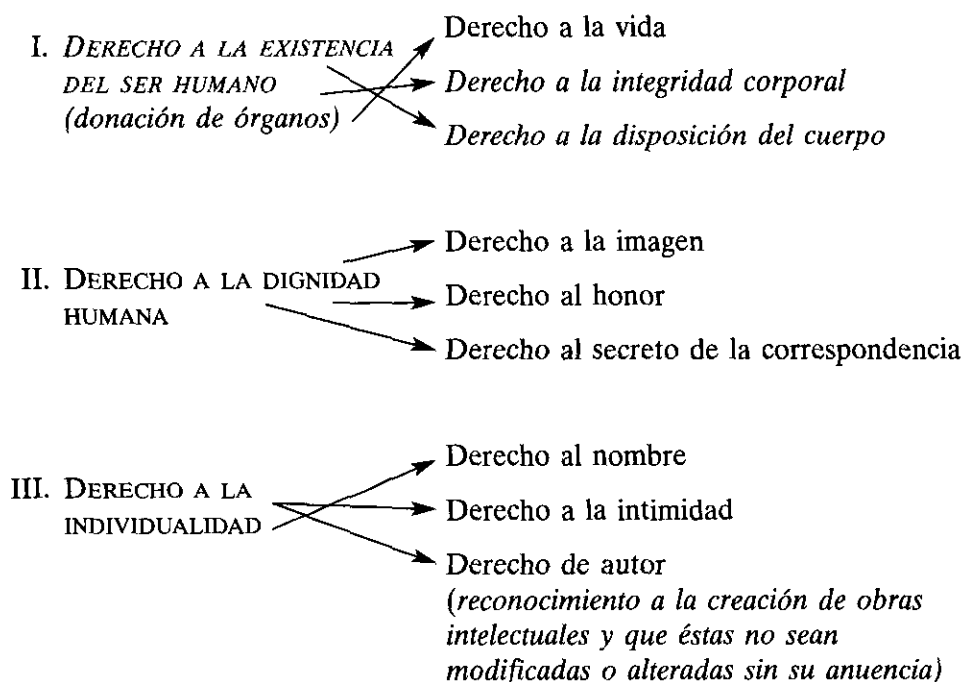
2. Concepto de daño moral

Para el Derecho mexicano, el daño moral se tipifica como la lesión originada a los derechos de la personalidad, no vistos en forma genérica, sino como los determinados e identificados en el artículo 1.916. En el sistema jurídico mexicano, se confunde la teoría de los derechos de la personalidad con lo que DE CASTRO denomina bienes corporales o psíquicos secundarios, como los sentimientos, creencias; así se mencionan entonces, como derechos de la personalidad, según sentencia del Poder Judicial de la Federación, al decoro, honor, creencias, sentimientos, configuración, aspectos físicos. El concepto legislativo confunde también la teoría de los derechos de la personalidad como fuente de daño moral cuando cita entre las fuentes del daño moral tanto a determinados derechos propios de la persona como el honor o vida privada e incluye a otras consecuencias psíquicas o físicas del hecho ilícito que afecta a la persona, como fuentes del daño moral, dentro de la teoría de los derechos de la personalidad (12).

(12) Vid. *Seminario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, "Novena Época", tomo XVII, abril de 2003, p. 1073, tesis, 1, 4.º, C, 58, C, número registro: 184,505. de rubro: "DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO".

Algunos autores mexicanos han trabajado la teoría de los derechos de la personalidad dentro de sus obras, sobre la Parte General del Derecho Civil; así, por ejemplo, ROJINA VILLEGAS expresó: “El daño moral consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito, o sea, por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta, o en la esfera jurídica de otra, que no esté autorizada por la norma jurídica” (13). En la concepción de ROJINA no se desarrollan los valores espirituales afectados y se obvian los derechos sobre la esfera corporal, como el derecho a la vida y a la integridad física.

El autor mexicano que realmente mejor trata los derechos de la personalidad desde el concepto de persona es Jorge Alfredo DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (14). Este autor realiza la siguiente CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD:



Reitero que en el Derecho mexicano no existe una fuerte teoría doctrinal sobre los derechos de la personalidad, ni en general se vincula a éstos con los derechos fundamentales, pero algunos Códigos Civiles, a los

(13) Cfr. ROJINA VILLEGA, Rafael: *Derecho Civil Mexicano*, tercera edición, tomo II, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 128.

(14) Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 165.

que nos referiremos posteriormente, los determinan como fuentes de daño moral.

En algunas sentencias mexicanas encontramos varias consideraciones o subtipos de daño moral, así se denomina *daño moral directo* aquel que lesiona o afecta a bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmateriales y que es en definitiva el verdadero daño moral; pero también se hace referencia al daño moral indirecto cuando por la afectación de un bien de naturaleza extrapatrimonial se causa un menoscabo de naturaleza material, o cuando la afectación de un bien de naturaleza patrimonial se lesionan bienes del patrimonio inmaterial, es el caso de la ganancia dejada de percibir, por ejemplo, en una sociedad mercantil por resultar afectado su prestigio profesional.

2.1. Fuentes de daño moral.

Antes de la reforma de diciembre de 1982, en el artículo 1.916 del Código Civil no se precisaban los derechos de la personalidad que podían resultar protegidos por la indemnización otorgada a título de reparación moral; a partir de la reforma, se definen diversos bienes extrapatrimoniales, de carácter moral afectivo o subjetivo, entre los que se encuentran: afectos, creencias, sentimientos, vida privada, configuración y aspectos físicos, decoro, honor, reputación y la consideración que de la persona tienen los demás.

En los Códigos Civiles mexicanos, el tema de las fuentes del daño moral aparece en general circunscrito a los casos expresados en el Código Civil para el Distrito Federal, tal es el caso del Código Civil de Tabasco (15). En otros Estados (16) excepcionalmente se establece una relación directa entre la violación de los derechos de la personalidad como fuentes de daño moral, así por ejemplo el Código Civil de Quintana Roo (17) dispone que: *Patrimonio moral es el conjunto de los derechos de la persona-*

(15) El artículo 2.051 del Código Civil de Tabasco dispone: El daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás.

(16) El Código Civil de Coahuila de Zaragoza estipula: La violación de los derechos de la personalidad produce daño moral y económico. Por su parte, el Código Civil de Jalisco, en su artículo 34, establece: "La violación de los derechos de la personalidad, bien sea porque produzca daño moral o daño económico, es fuente de obligaciones".

(17) El Código Civil del Estado de Puebla utiliza similitud legislativa al Código Civil de Quintana Roo; por ejemplo, en su artículo 76-1 es idéntico al 668-1, el 83 es idéntico al 676 y el 86 es substancialmente igual al 678 del Estado de Quintana Roo a que se hizo alusión en líneas precedentes. En esa entidad federativa sólo se reguló en forma relevante en su legislación civil el derecho de disposición de las partes del cuerpo y del cadáver, como materia que corresponde al Estado de Puebla y no a la Federación.

lidad (18). En el mismo ordenamiento, respecto del honor, se establece que: *toda persona tiene derecho a que se le respete: 1.- Su honor o reputación y en su caso el título profesional que haya adquirido* (19).

En igual sentido el artículo 676 fija que: *El honor, el respeto al secreto y a la imagen de los difuntos se protegen en beneficio de los deudos de éstos.*

La normativa civil de Quintana Roo marca así la fuente de daño moral concluyendo con el precepto: *“La violación de los derechos de la personalidad pueden producir daño moral y daño económico”* (20).

Para completar esta protección, se determina en el artículo 676 que: *“La violación a los derechos de la personalidad por actos de un particular o de una autoridad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, de acuerdo con lo dispuesto en este código, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación”.*

2.2. Elementos del daño moral.

Para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos:

- a) La existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora.
- b) Que el hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona en cualquiera de los bienes que tutela el artículo 1.916 del Código Civil para el Distrito Federal; y
- c) Una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

LA CONDUCTA LÍCITA QUE GENERA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, ¿PUEDE PROVOCAR DAÑO MORAL?

En el Derecho mexicano se define la responsabilidad objetiva de una persona, en los casos de que ésta utilice como poseedor originario o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos, substancias o bienes peligrosos por sí mismos por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras de causas análogas. La persona en cuestión responderá objetivamente del daño que cause, aunque no obre ilícitamente o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre

(18) Artículo 600 Código Civil de Quintana Roo.

(19) Artículo 668-1 Código Civil de Quintana Roo.

(20) Artículo 677 Código Civil de Quintana Roo.

que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Sólo la culpa o negligencia inexcusable de la víctima exime de este tipo de responsabilidad (21).

En cuanto al daño moral, ¿se necesita probar la ilicitud del hecho en caso de responsabilidad objetiva?

El Poder Judicial de la Federación también ha valorado esta circunstancia, considerando que:

“Si bien es cierto que la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1.913 del Código Civil para el Distrito Federal no requiere para la procedencia de la acción correspondiente la realización de una conducta ilícita, y de que en contraposición al daño moral que refiere el numeral 1.916 del propio cuerpo normativo sí exige la realización de hecho u omisión ilícito para que opere el resarcimiento respectivo, no lo es menos que el ejercicio conjunto de tales acciones no incurren en incongruencia legal alguna por el hecho de que se demande la indemnización del daño por concepto de la responsabilidad civil objetiva al haberse usado substancias o instrumentos peligrosos, así como por el daño moral ocasionado en la configuración y aspectos físicos de una persona por la realización de una conducta ilícita, pues lo que no está permitido según jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenida en la publicada en la página dos mil seiscientos setenta y dos, de la Segunda Parte del último Apéndice del Seminario Judicial de la Federación de rubro: «RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO IMPLICA LA REPARACIÓN MORAL» es que con motivo de la actualización de la responsabilidad objetiva, como consecuencia se considere ilícito el daño correspondiente y por ende también se condene a la reparación por daño moral, pero no que ambas acciones se ejerciten al mismo tiempo y, probados los elementos que la integran, proceda la indemnización respecto de cada una de ellas; tan es así que el segundo párrafo del artículo 1.916 del Código Civil, en la parte conducente, dispone” ... “Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1.913” (22).

Otros Estados han seguido el mismo grado de interpretación judicial, en cuanto a la independencia del daño moral de la responsabilidad objetiva (23).

(21) Vid. artículo 1.913 del Código Civil Federal de México. En otros Estados se señala expresamente además que el caso fortuito o la fuerza mayor no excusan de esta responsabilidad, vid. artículo 2.070 Código Civil de Tabasco.

(22) Vid. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, “Novena Época”, tomo I, mayo de 1995, p. 401, tesis 1.8.º, C. 10 C, número de registro 205,257, de rubro: “RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACIÓN POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VÁLIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO”.

(23) Así, por ejemplo, el artículo 2.058 del Código Civil de Tabasco. Los tribunales estatales, al valorar el daño moral en caso de afectación por secuelas de accidente de tránsito, se pronuncian por la ilicitud o no del demandado para determinar la ilicitud del hecho y por tanto la existencia de daño moral.

El Poder Judicial de la Federación, sin embargo, a consideración de la autora, está dando una mayor amplitud interpretativa a la aceptación del daño moral, en primer lugar en cualquier tipo de responsabilidad, sea ésta contractual o extracontractual, subjetiva u objetiva, esta última derivada de mecanismos peligrosos. Así en más reciente sentencia, interpretando la legislación civil del Estado de Chihuahua, la Corte se ha pronunciado en los términos siguientes:

“El artículo 1.801 del Código Civil (24) del Estado de Chihuahua prevé en relación a la reparación del daño moral, que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual, así como que igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva; de lo expuesto con antelación es factible deducir, que en el citado numeral se establece la procedencia de una indemnización en dinero, sea cualesquiera de las clases de responsabilidad que dieran lugar a ese tipo de daño, esto es, la objetiva o de riesgo creado o bien derivado de hecho ilícito, pues no otra cosa se deduce cuando el dicho precepto se expresa «igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1.798, el responsable deberá pagar una indemnización en dinero a quien corresponda recibir la misma, a no ser que se demuestre, como lo refiere el último numeral citado, que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la misma»” (25).

En reciente sentencia, la Suprema Corte de Justicia mexicana (26) ha fijado definitivamente los elementos imprescindibles para la reclamación por daño moral, los cuales son:

(24) El Código Civil del Estado de Chihuahua fue publicado en *Periódico Oficial del Estado* número 39, el 17 de mayo de 1989, y ha tenido una última reforma aplicada mediante Decreto 559-021, publicada en *Periódico Oficial* número 31, 2003/04/16. Pero el artículo 1.801 sufrió una reforma publicada en *Periódico Oficial* número 46, de 9 de junio de 2001, quedando a la letra: “Artículo 1.801.— Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tengan los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícito produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero con independencia de que se haya causado daño material tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva con al artículo 1.798...”.

(25) *Seminario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, “Novena Época”, tomo XI, marzo de 2000, p. 980, número de registro 192,291, de rubro: “DAÑO MORAL, PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN EN DINERO COMO REPARACIÓN DEL, INDEPENDIENTEMENTE DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL QUE HAYA DERIVADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA)”.

(26) *Vid. Seminario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, “Novena Época”, tomo XIX, junio de 2004, tesis 1.11, C. 103, C, p. 1431 de rubro: DAÑO MORAL. HIPÓTESIS PARA LA PROCEDENCIA DE SU RECLAMACIÓN.

- 1) La existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona.
- 2) Que produzca una afectación a la persona en cualquiera de los bienes tutelados en el artículo 1.916 del Código Civil Federal; y
- 3) Que exista una relación de causa-efecto entre el daño moral y el hecho u omisión ilícitos, por lo que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que se genere la obligación resarcitoria.

La última hipótesis establece la acción autónoma de la reclamación del daño moral. La segunda hipótesis permite considerar que el obligado haya incurrido en responsabilidad objetiva; así la jurisprudencia mexicana valora que, en ese caso, debe reclamarse la indemnización del daño moral simultáneamente a la reclamación de la responsabilidad civil objetiva, debiendo acreditarse esta última para que la víctima tenga derecho a la indemnización del daño moral; ello significa que en este supuesto no debe acreditarse la ilicitud del hecho u omisión que ocasionó el daño, ni la relación de causa-efecto entre el hecho y el daño causado, aunque sí debe demostrarse que se transgredió cualquiera de los bienes jurídicos tutelados por el referido artículo 1.916.

La tesis jurisprudencial valora también la procedencia de la reclamación del daño moral en contra del Estado cuando los servidores públicos causen un daño moral a una persona por hechos u omisiones ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, supuesto en el cual deben acreditarse cuatro elementos, que son:

- 1) La existencia de un hecho u omisión ilícitos.
- 2) Que ese hecho realizado o la omisión se imputen a un servidor público en el ejercicio de sus funciones.
- 3) Que produzca una afectación a determinada persona en cualquiera de los bienes tutelados en el artículo 1.916 del ordenamiento invocado; y
- 4) Que exista una relación de causa-efecto entre el hecho u omisión ilícitos y el daño causado.

3. La prueba del daño moral en el Derecho mexicano

Desde la Exposición de Motivos del Decreto que reformó en 1982 el artículo 1.916 del Código Civil del Distrito Federal, se explica el interés del legislador por admitir la valoración objetiva del daño moral en el sistema jurídico mexicano.

La jurisprudencia mexicana ha fijado una valoración a la reforma del artículo 1.916 para el Distrito Federal en cuanto a la interpretación y los

requisitos del daño moral, marcando al efecto que los bienes que tutela la figura del daño moral en el Código Civil Federal se refieren a: a) afectos; b) creencias; c) sentimientos; d) vida privada; e) configuración y aspectos físicos; f) decoro; g) honor; h) reputación, e i) consideración que de uno tienen los demás. Expresa el tribunal federal mexicano que: "... Estos derechos no pueden ser tasables o valorables perfecta ni aproximadamente en dinero, por referirse a la persona en su individualidad o intimidad. Por esta razón, la legislación mexicana adopta **la teoría de la comprobación objetiva** del daño y no la subjetiva, es decir, basta la demostración de:

1) La relación jurídica que vincula el sujeto activo con el agente pasivo o agraviado.

2) La existencia de un hecho u omisión ilícitos que lesionen uno o varios de los bienes que tutela la figura, enunciados con anterioridad. Entonces no se requiere la justificación de la existencia efectiva ni la extensión o gravedad del daño, lo cual conduciría a una prueba imposible y esa tasación se dejan al prudente arbitrio del juzgador (27).

La consideración objetiva del daño moral ha ido ganando terreno en las sentencias de la Corte de Justicia mexicana, a la vez que se van familiarizando con la figura desconocida casi totalmente hasta 1982. Es positiva en ese sentido la consideración de los tribunales federales en valorar el dolo civil como razón de existencia del daño moral, por lo que no es excluyente de responsabilidad civil la no existencia del mismo; en ese sentido, la Corte de Justicia mexicana ha expresado:

"No es cierto que para que a un sujeto pueda imputársele la causación de un daño moral, resulte necesario que sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, habida cuenta de que los artículos 1.916 y 1.916 bis en ningún momento exigen como requisito de la acción respectiva

(27) Vid. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, "Novena Época", tomo XVII, abril de 2003, p. 1073, tesis, 1, 4.º, C, 58, C, número registro: 184,505 de rubro: "DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO". En ese mismo sentido, en sentencia anterior, el Poder Judicial de la Federación había señalado: "... para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos: a) la existencia de hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el artículo 1.916 del Código Civil para el Distrito Federal y c) que haya una relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño."

Cfr. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, "Novena Época", tomo XVI, noviembre de 2002, p. 1131, tesis 1.3.º, C, 368, C, número de registro 184,505 de rubro: "DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)."

la mencionada imputabilidad, sino que sólo prevén la causación de un daño, que éste sea consecuencia de un hecho u omisión lícitos, y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos” (28).

En reciente tesis jurisprudencial (29) se ha fijado que la sola materialidad del ataque a la integridad física significa una violación al derecho de la personalidad y tal ataque es suficiente para acreditar y exigir el pago del daño moral a título de indemnización de orden económico.

4. Cuantificación del daño moral

La indemnización del daño moral que lleva implícita su reparación debe cuantificarse en dinero, a excepción de la vulneración del honor, en donde puede ordenarse la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. La cuantificación por daño moral es totalmente independiente de la que se pueda causar por daños materiales, ya sea que provengan de responsabilidad contractual, extracontractual u objetiva.

A partir de la modificación de 1982, el Código Civil Federal y los otros Códigos Civiles estatales han establecido criterios de cuantificación en cuanto al daño moral, atendiendo a:

- Los derechos lesionados.
- Grado de responsabilidad.
- Situación económica del responsable y de la víctima.

El órgano jurisdiccional debe apreciar en la determinación de la cuantificación: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos del sujeto activo y pasivo. La cuantía fijada significa una reparación por equivalente y satisfactoria en tanto, aunque en dinero, la reparación moral no admite respecto de los bienes que tutela evaluación en dinero.

4.1. Los derechos lesionados y grados de responsabilidad.

La valoración de la prueba en cuanto a los derechos lesionados está vinculada a la determinación de intromisión ilegítima de dichos derechos. A partir de aquí, el juez determinará la gravedad del daño para fijar la cuantía económica indemnizatoria.

(28) *Vid. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, “Novena Época”, tomo I, mayo de 1995, p. 355, tesis 1, 8.º, C. 9, C, p. 355, número registro: 205,201 de rubro: “DAÑO MORAL”.

(29) *Vid. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, “Novena Época”, tomo XIX, abril de 2004, p. 1411, tesis, V1, 2.º, p. 57, P, número registro: 181,748 de rubro: “DAÑO MORAL”.

Los derechos lesionados pueden ser de carácter objetivo o subjetivo; como objetivo, en la definición mexicana del artículo 1.916, sólo existen dos supuestos, que se identifican en configuración y aspectos físicos, y la vulneración o menoscabo ilícito de la libertad o integridad física o psíquica.

En cuanto al grado de responsabilidad del causante del daño moral, implica la determinación de si tal daño fue causado en forma dolosa o culposa o simplemente por negligencia o ignorancia u omisión inexcusable del responsable; al respecto se ha señalado que en el Derecho mexicano no se valora la conducta dolosa para eximir de daño moral, primando la valoración de ilicitud más que de intención.

4.2. Situación económica de la víctima.

En la vida judicial ha sido la situación económica el elemento más valorado y tratado por los abogados y por supuesto los tribunales mexicanos. Como se ha señalado, la reparación por este tipo de daño cumple una función satisfactoria, por el dolor moral causado, que podrá incrementarse si perjudica el considerado patrimonio social en el que se clasifica el prestigio y honor de la víctima.

Para efectos prácticos judiciales, se demandaba que el demandante debía ofrecer pruebas sobre la capacidad económica del responsable, elemento *sine qua non* para determinar el daño moral, según han fijado los tribunales, criterios seguidos que a continuación cito:

“En cuanto a la reclamación de la indemnización del daño moral, que se ocasionó al quejoso, es inoperante el agravio expresado, si no se adujo ninguna prueba para poder fijar económicamente la cuantía de esos daños morales a fin de poder resolver sobre el monto de los mismos” (30).

“Para determinar el monto a cubrir por concepto de reparación del daño moral es requisito indispensable valorar la capacidad económica del sentenciado, en virtud de que así lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia emitida por la Primera Sala del rubro: «Reparación del daño, fijación del monto de la» y cuando no se atiende tal presupuesto, procede conceder el amparo para que se estudie y valore la capacidad económica del sentenciado” (31).

En atención a la situación económica de la víctima, debe en primer término considerar el juzgador si la víctima requiere o requerirá de re-

(30) *Vid. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, “Quinta Época”, tomo Civil, p. 913, de rubro: Reparación del daño moral.*

(31) *Cfr. Tesis “Octava Época”, Fuente Seminario Judicial de la Federación, tomo XIII, enero, p. 302. De rubro: REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, FIJACIÓN DEL MONTO DE LA.*

cursos económicos para solventar atención médica especializada o tratamientos psicoterapéuticos o psiquiátricos; también debe estimarse en base a las pruebas alegadas si la víctima quedó en posibilidad de desempeñar el mismo cargo laboral que antes del daño tenía, y la posibilidad real de obtener o mantener su *status* económico. Debe estimarse además la necesidad de una reubicación del domicilio de la víctima, para con ello minimizar el impacto que por rechazo social pueda sufrir. Para el Derecho mexicano la reparación moral es:

- Equivalente. Se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se tratará de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía. La compensación opera normalmente entregando una suma de dinero, que es el medio más aceptado para reparar un daño, por ser el más idóneo; no puede existir en los casos del daño patrimonial la entrega de un bien similar al dañado.
- Satisfactoria. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes morales.

4.3. Las demás circunstancias del caso.

Deben estimarse como aquellas situaciones en las que se haya infringido el daño moral, además de analizar el *status* social y cultural que tenían tanto la víctima como el responsable, así como el lugar y momento en que se causó el daño moral, lo que implica que este concepto esta íntimamente ligado al del grado de responsabilidad.

4.4. ¿Cláusula penal por daño moral?

El artículo 1.840 del Código Civil Federal estipula y admite la cláusula penal en caso de incumplimiento contractual por responsabilidad patrimonial. ¿Será válido también en un contrato el pacto de cláusula contractual por daño moral?

Los doctrinarios mexicanos, a partir de la modificación legislativa de 1982, donde se le concede autonomía al daño moral, consideran inaceptable esta posibilidad. Ciertamente en la legislación mexicana es el órgano jurisdiccional el que tiene la facultad exclusiva, potestativa y discrecional para fijar el monto de la indemnización, con lo que se excluye a los particulares de fijar una convención previa entre partes (32).

(32) Cfr. Tesis "Octava Época", Fuente *Seminario Judicial de la Federación*, tomo XIV, primera parte, julio, p. 527, rubro: "DAÑO MORAL. FUACIÓN DEL. De lo estipulado por el artícu-

5. La colisión del derecho al honor y la intimidad frente al derecho a la información como fuente de daño moral

En diciembre de 1977 se reformó el artículo 6 (33) de la Constitución Política mexicana como forma de proteger y regular el derecho a la información.

El artículo 7 de la Constitución mexicana, por su parte, sanciona:

“Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, papeleros, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.”

La reforma de 1982 y la incorporación del artículo 1.916 introdujo en los medios de comunicación sociales nacionales una inconformidad por miedo a la restricción de la libertad de expresión que aparecía por otra parte como garantía constitucional, tema al cual se hizo referencia, en cuanto provocó la incorporación del artículo 1.916 bis.

Así que cuando los medios de difusión mexicano se encontraron con la noticia de aprobación de la figura del daño moral organizaron una fuerte campaña argumentando que dicha reforma constituía un ataque a la libertad de expresión.

El artículo 1.916 bis fue la respuesta jurídica a la presión de los medios de difusión mexicanos con bastante desconocimiento sobre el tema. Si analizamos el artículo 1.916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, comprobamos una orientación y reenvío legislativo en forma de recomendación de dicho Código Civil a la Constitución mexicana.

En un principio se pensó que el artículo 1.916 bis daba inmunidad a

lo 1.916 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en materia federal en toda la República se concluye que el monto de la reparación del «Daño Moral» debe ser fijado por el Juzgador a instancia de manera potestativa...”

(33) Después de la reforma constitucional el artículo 6 ha quedado redactado en los siguientes términos: Artículo 6.— La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público, el derecho a la información será garantizado por el Estado.

la prensa, pero la jurisprudencia ha marcado un margen de interpretación en el mismo.

La libertad de expresión consagrada en la Constitución mexicana en los artículos 6 y 7 no constituye un derecho absoluto, y por tanto su ejercicio oral, escrito, artístico, mímico, o de expresión corporal no puede atacar la moral o los derechos de terceros si éstos provocan algún delito, vulnera la vida privada, o violan el orden o la paz pública.

Sostiene Salvador OCHOA OLVERA (34), en contra de LÓPEZ AYLLÓN, que en el Derecho mexicano no existe inmunidad teórica o práctica para el gremio periodístico.

Ciertamente, en un primer momento después de la reforma de 1982, el poder judicial mexicano se pronunció en una posición conservadora y confusa cuando en tesis aislada de la 9.^a Época, de diciembre de 1996, señaló: *DAÑO MORAL NO SE ESTÁ OBLIGADO A LA REPARACIÓN DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINIÓN, CRÍTICA Y EXPRESIÓN DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ART. 6 CONSTITUCIONAL. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1.916 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que no se está obligado a la reparación del daño moral cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas, en los términos del artículo 6 Constitucional* (35).

El Poder Judicial de la Federación en esta sentencia no mencionó las limitaciones que marca el artículo 6 constitucional vinculado con que nadie puede expresar sus ideas provocando algún delito o perturbando el orden público.

Pero la posición anterior ha sido subsanada por otras sentencias más recientes, así, por ejemplo, la siguiente de abril de 2000 se convierte en tesis jurisprudencial, determinando lo siguiente:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS.

El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6 de la Constitución Federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como reserva de información... en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la informa-

(34) Cfr. OCHOA OLVERA, Salvador: *La demanda por daño moral*, Editorial Montealto, México, 2000, p. 95.

(35) *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, "Novena Época", tomo IV, diciembre de 1996, p. 385, tesis, 1, 6.º, C, número registro: 199,883 de rubro: "DAÑO MORAL".

ción en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales... por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados (36).

Las tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le daban una prioridad al derecho a la información de dicho artículo, pero en las últimas sentencias de la Corte se retoma la posición que la libertad de expresarse tiene límites de cuya trasgresión derivan consecuencias jurídicas. Tales límites son que la opinión no debe atacar la moral, porque las ideas que se exterioricen no deben tender a destruir el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes, que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona, y han fijado así esta posición los tribunales mexicanos (37).

El derecho a la información en el sistema jurídico mexicano contiene libertades de carácter individual, como la libertad de expresión y de imprenta. También tiene libertades sociales, como el derecho de los lectores, escuchas y espectadores a recibir información objetiva y oportuna y el acceso a documentación pública.

VALORACIÓN DE LAS PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS COMO FUENTE DE DAÑO MORAL

El artículo 1.830 del Código Civil para el Distrito Federal establece que es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Por ello, la jurisprudencia mexicana ha marcado la necesidad de que los medios de comunicación impresa, para no incurrir en tales transgresiones, estén obligados a corroborar la veracidad de las notas informativas que pretendan publicar para estar en aptitud de publicar una información objetiva y veraz y no afectar el honor o reputación de las personas, causándoles un demérito en su prestigio, pues en relación con el artículo 1.º de la Ley de Imprenta mexicana (38) constituiría un ataque

(36) *Vid. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, "Novena Época", tomo XI, abril de 2000, número registro: 191, 967.*

(37) Sentencia de la Novena Época, de marzo 2001.

(38) El artículo 1 de la Ley de Imprenta mexicana, Ley de 1917, dispone: Constituyen ataques a la vida privada:

I. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por

a la vida privada, única limitante a la libertad de expresión según la Constitución de México.

La Corte de Justicia (39) ha señalado además que los medios deben ajustarse a la verdad de la nota informativa, cuidando además los términos que emplean al redactarlas.

En la vida judicial mexicana hacemos mención a través de un caso real a la valoración que de las publicaciones ha realizado la Corte, así en el caso de un boxeador mexicano famoso se publicó por un periódico de índole nacional la siguiente nota periodística:

“Uno de los más grandes boxeadores de todos los tiempos, JC, a sus 34 años está en el ocaso de su carrera y podría dar al traste con sus huesos en la cárcel igual que varios de sus más fervientes admiradores y amigos: el clan AF y Héctor Luis, el Güero...”

Por su popularidad, JC está inevitablemente vinculado a incómodas personalidades como los capos de la droga más perseguidos en México y Estados Unidos.”

El actor alegaba, acompañando las publicaciones, violación a su honor e intimidad, esgrimiendo falsedad en esa información.

La periodista demandada se defendió alegando su derecho a la libertad de prensa, fundamentado en el artículo 7 constitucional, y argumentando que no intentaba hacer daño, pues al boxeador no se le nombra como otro traficante y, en cuanto a si existía equivocación en fotos publicadas donde se prueba que no era el actor dicha persona, la periodista argumenta que esto es un error de apreciación.

El Tribunal mexicano valoró en primer lugar que la publicación se había realizado en la sección de Deportes del periódico *El Financiero*, alegando seguidamente lo siguiente:

correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses.

II. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren.

III. Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos.

IV. Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

(39) *Vid. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, “Novena Época”, tomo XI, mayo de 2000, número registro: 191,835.*

“... los demandados, con la publicación mencionada rebasan los límites que la Constitución y la Ley secundaria (ley de imprenta) le marcan, esto es, atacan directamente la vida privada del actor, entendiéndose por ésta, lo relativo a las actividades del individuo como particular en relaciones a amigos, ingresos económicos, cuestiones personales, en contraposición a la vida pública, que es propiamente su carrera como boxeador, siendo esto último lo que únicamente debió tocar la parte demandada en su publicación...”

El Tribunal mexicano en cuestión analiza la veracidad de la noticia valorando la fuente:

“... resulta también ilícita la nota mencionada en el sentido de que la misma no señala que sea motivo de una fuente, de un informador o de algún expediente judicial, sólo se refiere a una opinión del catedrático Fernando Castilla Tapia que dice que «el narcotráfico mueve sus recursos a través de iglesias, casas de cambio, hoteles y deporte» y es muy importante este detalle porque el relato se hace en primera persona donde se vincula directamente a JC.”

El juez sancionó, en definitiva, la información como una conducta ilícita al imputar por medio de la prensa a JC, hechos que violaron su honor y se alejaron, esto es muy importante, de la actividad pública que el actor desempeñaba, es decir, la deportiva. Por lo que fueron sancionados por daño moral tanto el director del periódico como la periodista.

El juez, sin embargo, consideró no tener elementos para cuantificar el daño moral, pero sí condenó a los representantes de la prensa ofensores a publicar la ejecución de la sentencia en tres periódicos nacionales en el mismo día de la semana que había comenzado la publicación en litis.

En otro caso, valorado por los tribunales mexicanos, se lleva a consideración la violación del derecho a la intimidad de “LUIS MIGUEL” al publicarse el libro *Luis Miguel el gran solitario (biografía no autorizada)*, alegando el cantante que en dicha publicación también se publicaron fotos no autorizadas, violando así el artículo 16 de la Ley Federal de Derecho de Autor, que señala: “La publicación de la obra fotográfica puede realizarse libremente con fines educativos, científicos, culturales o de interés general pero en su reproducción deberá mencionarse la fuente o el nombre del autor. El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con fines lucrativos con su consentimiento expreso, el de sus representantes o causahabientes”.

En la demanda, los representantes del cantante argumentan dos pedidos:

1. La existencia del daño material causado al actor por la publicación y venta del libro sin su autorización, y por lo cual se solicita condene a la Editorial a pagar al actor el 40 por 100 de la venta al público de

cada ejemplar de libro vendido o multiplicado por el número de ejemplares que se hubiesen editado. Asimismo se solicitó la retirada del libro con prohibición de venta, decretándose el aseguramiento de los ejemplares que quedaran en bodegas.

2. La reclamación por daño moral del cantante, la cual se basaba en violación a los derechos de intimidad y honor, pues en el libro se trata al actor como “super sexy” o que es objeto sexual y que es un hombre carente de sentimientos, porque la autora de la obra había manifestado en el texto que sus sentimientos se cotizan en bolsa.

El juez negó la existencia de daño moral, pues valoró:

Primero. En cuanto al primer argumento, que el propio cantante en entrevista a un programa de televisión, coincidente con la demanda, reconoció que no le molestaba ser considerado como símbolo sexual.

Segundo. Que el propio actor reconoció las palabras de la contraportada del libro, donde se señalaba: “Claudia penetra hasta lo más recóndito del alma del artista y descubre a un Luis Miguel humano, inteligente, sencillo, tierno, ...” el comentario de la autora, según el juez, resultó de carácter metafórico, teniendo en cuenta las personas que tienen interés en mantener relaciones con el cantante.

En definitiva, en esta sentencia el juez no reconoció daño moral, pues consideró que el actor no había sufrido gran pena por la publicación realizada.

A nuestro entender, la sentencia citada aborda sin éxito el conflicto de derecho a la información *vs* vida privada. El caso entra en un escabroso conflicto moderno e internacional en cuanto a considerar si tienen o no vida privada las figuras públicas. En el Derecho mexicano, en sentencias posteriores, se ha demostrado que tienen vida privada las personas públicas, lo contrario atentaría contra el sistema jurídico mexicano en sus artículos constitucionales 6, 7 y 16, así como el artículo 1.810 del Código Civil para el Distrito Federal, para marcar así los límites de moral, interés público y buena fe.

El daño moral debe contemplar el derecho que tiene toda persona para ser dejado en soledad. Pero en el Derecho mexicano, como en cualquier sociedad democrática, existe la garantía constitucional de formular críticas y opiniones, lo que no se puede es imputar hechos falsos. En cuanto a la vida privada, ciertamente no se puede decir con certeza que hubo violación a la intimidad y, por tanto, daño moral cuando la persona ofendida ha publicitado en otro medio parte de la vida privada que se discute en una demanda.

A través de este trabajo se ha intentado probar que la sola transgresión del derecho de la personalidad es causa suficiente de daño moral, no es necesario el aspecto subjetivo porque no es posible, por otra parte, la existencia de una prueba idónea para saber si una persona alega un sufrimiento.

Bibliografía

- CIENFUEGOS SALGADO, David: "Aproximación a los derechos de la personalidad en México", UNAM, enero 2000.
- DE CUPIS, Adriano: *El daño*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: *El daño moral*, Ed. Jurídica de Chile, 2000.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Derecho Civil, parte general*, Ed. Porrúa, México, 2000.
- GARCÍA LÓPEZ, Rafael: *Responsabilidad civil por daño moral*, Editorial Bosch, Madrid, 1990.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*, 36 ed., México, Editorial Porrúa, 1984.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: *Protección de la Privacidad frente al Estado*, IJ-UNAM (InfoJus), Cuadernos interdisciplinarios, México, 1998.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto: *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- LÓPEZ RAMOS, Neófito: "El daño moral, contenido y alcance", *Colección Reflexiones jurídicas*, Ediciones SA de CV. Impreso en México.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge: *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1987.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M.: *Genética Humana y derecho a la vida privada*, IJ-UNAM (InfoJus), Cuadernos interdisciplinarios, México, 1998.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León, y TUNC, André: *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil y contractual* (traductor: Carlos Valenzuela Estrada), Colmex, México, 1945.
- MEDINA GUERRERO, Manuel: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Editorial Tirant, Valencia, 2005.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Ed. Siglo XXI, 5.ª ed., México, 1999.
- OCHOA OLVERA, Salvador: *La demanda por daño moral*, ed. Monte Alto, México, 1999.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto: *Sobre el Derecho a la Intimidad de los Incapaces y en especial de los no nacidos*, IJ-UNAM (InfoJus), Cuadernos interdisciplinarios, México, 1998.
- RIVERA, Minerva: "Nuevo Derecho de la Información", en *El mundo del abogado*, año 4, número 26, México, 2001.
- SANTOS CIFUENTES: "El daño moral y la persona jurídica", en *Derecho de daños* (Obra colectiva), Buenos Aires, 1989.
- TORRES DULCE LIFANTE, Eduardo: *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, Aranzadi, 2.ª ed., 2003.
- ZANNONI, Eduardo, A.: *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

Legislación consultada

- “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.
- “Código Civil de Chihuahua”, publicado en *Periódico Oficial del Gobierno Libre y soberano de Chihuahua* el 23 de marzo de 1974, última reforma 20 de julio de 1992.
- “Código Civil de Quintana Roo”, publicado en *Periódico Oficial* del 8 de octubre de 1980, última reforma 15 de marzo de 2002.
- “Código Civil Distrito Federal” (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*: 16 de enero de 2003).
- “Código Civil Puebla”, publicado en la *Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado*, número 35, el 30 de abril de 1985, última reforma 14 de septiembre de 1998.
- “Código Civil Querétaro”, publicado en *Periódico Oficial* el 22 de noviembre de 1990, última reforma 21 de septiembre de 2001.
- “Código Civil Tabasco”, publicado en el *Periódico Oficial* suplemento número 5.696 del 9 de abril de 1997, con última reforma *Periódico Oficial*, suplemento número 6.374, del 8 de octubre de 2003.
- “Código Civil Tlaxcala”, publicado en *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala* el 20 de octubre de 1976, última reforma 3 de abril de 1998.

**UNA PRIMERA APROXIMACIÓN
A LA PERSONIFICACIÓN
DE LAS SOCIEDADES CIVILES
DESPUÉS DE LA LEY DE SOCIEDADES
PROFESIONALES**

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

*Doctor en Derecho.
Universidad de Málaga*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES Y SU TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. **III.** LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES: POSIBLES MODIFICACIONES CONCEPTUALES. **1.** La personificación de la sociedad civil en el CC. **2.** La personificación de la sociedad civil profesional. **3.** Recapitulación final de ideas.

I. Introducción

Hace ya algún tiempo dedicamos nuestra atención a una cuestión polémica, aunque muy sugerente, de nuestro Derecho, como es el modo y momento de personificación de las sociedades civiles en el CC español (1), y también hemos tratado con algo más de detalle el estudio general de la sociedad civil sin personalidad jurídica (2). Sin embargo, pese a ello, debido a la aprobación de la Ley de Sociedades Profesionales, Ley 2/2007, de 15 de marzo, resulta necesario volver a repensar esta cuestión, como consecuencia de las modificaciones que dicha norma puede haber producido en este tema. Sin ir más lejos, el artículo 8.1 de la Ley señala expresamente que “la escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica”. Esto conlleva un importante cambio, si también las sociedades profesionales que se constituyan como sociedades civiles deben inscribirse en el Registro Mercantil.

En su día, ya lo hemos indicado, nos detuvimos en el modo general de personificación de la sociedad civil en nuestro Derecho, y la cuestión parecía meridianamente clara, a pesar de la relativa oscuridad legal: la regulación en el CC no era la más adecuada, pero parecían perfectamente criticables las visiones que vinculaban la personificación de la sociedad civil con la inscripción en el Registro Mercantil de la misma, con la existencia de publicidad de hecho de ella o con su consideración de sociedad irregular. Concluíamos que la visión acertada de la cuestión era la teoría estructuralista: las sociedades civiles nacen con o sin personalidad jurídica según sea la voluntad de las partes expresada en el contrato constitutivo. Recordaremos estos argumentos en su momento, pues con la aparición en el firmamento jurídico español del artículo 8 de la Ley de Sociedades Profesionales, que exige esa inscripción registral para que toda sociedad profesional se personifique, puede modificar (cuando menos, parcialmente) las argumentaciones expuestas en nuestros trabajos anteriores, pues dicho precepto incluye también a las sociedades civiles profesionales.

En definitiva, ¿cómo influye esta nueva regulación en la construcción general ya expuesta? Será el objeto del presente trabajo. Vamos, en primer lugar, a conocer qué establece el citado artículo 8, en general, cómo se ha llegado a la redacción del mismo y, a continuación, repasaremos los

(1) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: “Configuración de las sociedades sin personalidad jurídica en el Código Civil español”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 56, octubre-diciembre 2005, pp. 183-231.

(2) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2007.

efectos que tal precepto puede tener en la teoría general de la personificación de las sociedades civiles en nuestro Derecho.

II. El artículo 8 de la Ley de Sociedades Profesionales y su tramitación parlamentaria

El **artículo 8** aparece redactado en el Proyecto de Ley 121/000077 en los siguientes términos (3):

“Artículo 8. Inscripción registral de las Sociedades Profesionales.

1. La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica.

2. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, *por la normativa vigente* para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2, y, al menos, los siguientes extremos:

a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.

b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.

c) Otras actividades profesionales, diferentes de la sujeta al Colegio de que se trate, que en su caso constituyan el objeto social.

d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.

e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

3. Cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

4. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los solos efectos de su incorporación al mismo y de que *éste pueda ejercer* sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 de este artículo. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier mo-

(3) Proyecto de Ley 121/000077, de Sociedades Profesionales, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 10 de febrero de 2006, número 77-1, p. 4.

dificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

5. Bajo la dependencia del Ministerio de Justicia se establecerá un portal en Internet, que informará del contenido actualizado de los Registros de Sociedades Profesionales.

A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales.

6. En el supuesto regulado en el artículo 3, la sociedad profesional se inscribirá en los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto, quedando sometida a las competencias de aquél que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso.”

A este artículo deben unirse los párrafos cuatro a sexto del apartado II de la **Exposición de Motivos de la Ley**, que se expresaban en los términos que vamos a ver. El párrafo cuarto establecía que: “Además, y en coherencia con lo que antecede, se someten las sociedades profesionales a un régimen de *inscripción constitutiva* en el Registro Mercantil en todos los casos, *incluso cuando se trate de sociedades civiles*, además de la instauración de un *novedoso sistema registral* que se confía a los Colegios Profesionales a fin de posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas”.

El párrafo quinto, alusivo a la intervención de notarios y registradores mercantiles en el proceso, indicaba que: “Ciertamente, junto a los notarios, los registradores mercantiles están llamados en estos casos a garantizar la operatividad del sistema asegurando el cumplimiento de las obligaciones legales mediante la calificación de los documentos que se presenten a inscripción, tanto en el inicial momento constitutivo de la sociedad profesional como, con posterioridad, a lo largo de su existencia”.

Por último, el párrafo sexto se ocupaba de la incorporación de Internet en este sistema diseñado legalmente, y señalaba que: “También se crea, con efectos puramente informativos, un portal de Internet bajo la dependencia del Ministerio de Justicia”.

Después de un anormalmente extenso período de presentación de **enmiendas en el Congreso de los Diputados** (4), al artículo 8 se presen-

(4) Las enmiendas e Índice de enmiendas se publicaron en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 4 de julio de 2006, número 77-18.

taron seis enmiendas (más otras dos que le afectaban de modo genérico). Dichas enmiendas fueron, en concreto, las enmiendas números 6 (5), 17 (6), 30 (7), 31 (8), 50 (íntimamente conectada con las números 51 y 52) (9)

(5) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de IU-IC Verds; proponía sustituir la letra d) del apartado 2 del artículo 8 por la siguiente redacción: “d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con los primeros, su número de colegiado e identidad del colegio profesional de pertenencia”. La **justificación** residía en mejorar la redacción para aclarar el sentido del precepto.

(6) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, EAJ-PNV (y conectada con la enmienda núm. 15); proponía modificar el apartado 5 del artículo 8 para que quedase redactado del siguiente modo: “Las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en internet, que informará del contenido actualizado de los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios profesionales que actúen en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma. / A estos efectos, los Colegios profesionales remitirán periódicamente a la Comunidad Autónoma respectiva, las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales”. La **justificación** era “la misma que la señalada en la enmienda de supresión del último párrafo del apartado II de la exposición de motivos (competencia autonómica a este respecto, no estatal). La previsión que contiene el artículo 5.8 del proyecto desborda de forma evidente los límites propios de actuación del Estado en un ámbito de competencia exclusiva de las CCAA, como es la de los Colegios profesionales”.

(7) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de ERC; proponía modificar el apartado 1 del artículo 8 en los siguientes términos: “1. La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. El asiento del Registro se redactará en la lengua oficial solicitada. Si no se solicitara en ninguna lengua, el asiento se realizará en la lengua oficial en que esté redactada la escritura pública. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica”. Aunque no se justificaba, es claro que la intención residía en introducir el elemento lingüístico en el precepto.

(8) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de ERC; proponía modificar el párrafo primero del apartado 4 del artículo 8, para que quedase redactado en estos términos: “4. La sociedad inscrita igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de que éste pueda ejercer sobre aquellas sus competencias en materia de ordenación del ejercicio profesional”. La **justificación** era que “la inscripción en el registro colegial es suficiente para justificar el efecto de sujeción de la sociedad a las competencias de ordenación y control propias de la institución colegial con arreglo a la legislación vigente sobre Colegios profesionales”.

(9) Estas enmiendas, íntimamente conectadas, fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Popular, y eran de gran calado, pues pretendían reestructurar sistemáticamente la regulación que estudiamos, separando en diferentes preceptos la inscripción en el Registro Mercantil, la inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales y el portal de Internet (por razones de posible mejor técnica legislativa). La **enmienda 50** proponía modificar el artículo 8 para que quedase del siguiente tenor: “Artículo 8. Inscripción de las Sociedades Profesionales en el Registro Mercantil. 1. La escritura pública de constitución deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil. / 2. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2, y, al menos, los siguientes extremos: a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad. b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante, y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado. c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social. d) La identidad de los socios, con identificación, respecto de los profesionales del colegio o colegios a los que pertenezcan y el número de colegiados. e) La identidad de los socios profesionales

y 78 (10). Las enmiendas genéricas a las que aludíamos son la 41 y 42, de ERC: la primera pretendía adaptar el RRM a la realidad plurilingüe de España (11), y la segunda, evitar ciertas discriminaciones terminológicas (12).

que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad. / 3. Cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil". La justificación era que "por razones de técnica legislativa resulta más adecuado tratar en un artículo independiente todo lo relativo a la inscripción de estas sociedades en el Registro Mercantil. Se modifica la redacción de los preceptos contenidos en las letras b), c) y d) del apartado 2 por mejor técnica legislativa".

La **enmienda 51** proponía añadir un nuevo artículo 8 bis al Proyecto, que tendría el siguiente texto: "Artículo 8 bis. Inscripción el Registro de Sociedades. 1. Una vez inscrita en el Registro Mercantil la sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio o colegios profesionales del lugar de su domicilio, a los efectos de incorporar a la sociedad a ese o esos colegios y de que éstos puedan ejercer sobre aquélla las competencias correspondientes de ordenación del ejercicio profesional, visado, control deontológico y potestad disciplinaria. / La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 del artículo anterior. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales. / 2. La sociedad profesional no podrá comenzar el desarrollo de la actividad profesional prevista en su objeto si previamente no ha obtenido la correspondiente inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales. / Dentro de los dos días siguientes a la fecha en que se practique, el registrador mercantil comunicará al Registro de Sociedades Profesionales del Colegio o colegios correspondientes la inscripción de la sociedad, así como cualesquiera anotaciones e inscripciones que practique en la hoja abierta a dicha sociedad. El modo de comunicación entre ambos registros será el que se establezca reglamentariamente. / 3. Los socios profesionales que pertenezcan a un colegio profesional distinto del correspondiente al lugar del domicilio social quedan sometidos a la competencia del colegio en cuya circunscripción figure el domicilio de la sociedad respecto de la actividad profesional desarrollada fuera de la circunscripción del colegio al que pertenezcan". La justificación ofrecida era la siguiente: "por razones de sistemática y claridad resulta conveniente desgajar lo atinente al Registro Mercantil de otros Registros de Sociedades Profesionales que deban llevar los colegios correspondientes. Es importante, en segundo lugar, que el acceso a los datos de dichos Registros sea automático, estando obligado el registrador mercantil a la remisión de las inscripciones y anotaciones que se practique en la hoja abierta a la sociedad profesional. La propuesta trata, también, de conseguir este doble objetivo, dejando el desarrollo reglamentario de todo lo relativo a la comunicación entre ambos Registros. / También es importante supeditar el desarrollo de la actividad profesional a su inscripción en el registro profesional correspondiente. En efecto, habida cuenta de que la inscripción en el Registro Mercantil es constitutiva y permite la actuación de la sociedad a partir de ese momento, en la práctica, la intervención del colegio podría llegar a obviarse, de tal forma que la sociedad puede empezar su actividad eludiendo la obligación de inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio correspondiente. En ese sentido, es imprescindible suprimir la expresión «a los solos efectos» y añadir que no puede iniciar su actividad hasta que no se haya inscrito en el Registro colegial".

Por su parte, la **enmienda 52** proponía añadir el artículo 8 ter, con la redacción que sigue: "Artículo 8 ter. Portal de internet en las sociedades profesionales. 1. La publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales se realizará a través de un portal en internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia. / A estos efectos, los Colegios profesionales y Registradores Mercantiles remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia las inscripciones practicadas en sus

Por su parte, a los párrafos de interés de la Exposición de Motivos también les afectaron dos enmiendas, en concreto las números 15 (13) y 66 (14).

correspondientes Registros de Sociedades Profesionales. / 2. La gestión material del servicio de publicidad se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que la realizará a sus expensas. / 3. El acceso al portal de internet será público, gratuito y permanente. / 4. Se faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización y funcionamiento del portal". La justificación era que "a fin de garantizar una información puntual sobre los aspectos relevantes de las distintas sociedades profesionales, se ha considerado oportuno que, además del registro profesional, también sea el Registro Mercantil quien remita la información contenida en la hoja abierta a cada sociedad al Ministerio de Justicia. / Igualmente, tal como acontece con la publicidad de resoluciones concursales, reguladas por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, se ha creído conveniente atribuir la gestión de este servicio de publicidad al Colegio de Registradores bajo los principios de *publicidad gratuita*".

(10) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*; proponía modificar el apartado 4 del artículo 8, para que quedase del siguiente modo: "Artículo 8. Apartado 4. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio donde ejerza su actividad única o principal, a los solos efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla sus competencias en materia de ordenación del ejercicio profesional. / La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 de este artículo. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales. / El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional". La justificación que se ofrecía era la "Necesidad de equiparar con el criterio establecido para determinar la incorporación en un determinado Colegio Profesional. / Asimismo, la inscripción en el registro colegial es suficiente para justificar el efecto de sujeción de la sociedad a las competencias de ordenación y control propias de la institución colegial, con arreglo a la legislación vigente de Colegios profesionales".

(11) Pretendía modificar el artículo 36 del Reglamento del Registro Mercantil, que quedaría redactado como sigue: Artículo 36. "Los asientos del registro se realizarán en cualquiera de las lenguas oficiales del Estado español, ajustadas a los modelos oficiales aprobados y a las instrucciones impartidas por la Dirección General de Registros y Notariado".

(12) "Se propone la sustitución del género masculino como presunto genérico en todo el articulado del proyecto de ley, de manera que se modifiquen los términos «los profesionales» por los/las profesionales «el socio» por «el socio o la socia», así como la utilización de fórmulas y términos genéricos o neutros". La justificación reside en que "pretendemos evitar la utilización del género gramatical masculino para hacer referencia tanto a hombres como mujeres, haciendo especial incidencia en el ámbito profesional, teniendo como consecuencia la invisibilización y exclusión de las mujeres, tal y como proponen las Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje, publicado, entre otras, por la Unesco".

(13) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (y conectada con la enmienda número 17); proponía suprimir el último párrafo del apartado II de la Exposición de motivos, referido a la creación, con efectos puramente informativos, de un portal de Internet dependiente del Ministerio de Justicia. La justificación era la siguiente: "De conformidad con la enmienda formulada al apartado 5 del artículo 8, donde proponemos que sean las CCAA y no el Estado las que puedan establecer un sistema de publicidad en internet que informe del

En el **Informe de la Ponencia** (15) se propuso la aceptación parcial de las enmiendas 50 (16) y 52, y una transacción a la enmienda 17 relativa al artículo 8.5 (17), que afectaba también al último párrafo del apartado II de la Exposición de Motivos (18). Dicho texto fue aprobado por

contenido actualizado de los Registros de Sociedades Profesionales que se constituyan en los distintos Colegios profesionales. / La CAPV ostenta, en virtud del artículo 10.22 EAPV competencia exclusiva en materia de Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la CE. / En ejercicio de esa competencia el Parlamento Vasco aprobó la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de Profesiones Tituladas y de Colegios y Consejos Profesionales. / Por el contrario, la CE, no reconoce, expresamente, al Estado competencia alguna en esa materia. No obstante, no desconocemos que el TC ha declarado que el Estado posee títulos de intervención que le permiten incidir transversalmente en la regulación de esos Colegios, como el artículo 149.1.18.ª y 30.ª CE. Sin embargo, es doctrina reiterada del TC que la competencia estatal no puede ir más allá de fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse su organización y competencias esas Corporaciones (por todas, STC 76/1983, de 5 de agosto). / De acuerdo con este reparto de competencia, fruto, en este caso, de la jurisprudencia constitucional, consideramos que el Estado no ostenta competencia alguna para imponer a los Colegios profesionales la obligación de trasladar al Ministerio de Justicia información de las inscripciones practicadas en los Registros colegiales de Sociedades Profesionales. / Por el contrario, esa competencia es exclusiva de las CCAA, que podrá exigirla a los Colegios profesionales de su respectiva Comunidad Autónoma para su publicación en sus propias webs, con ese carácter informativo”.

(14) Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*; proponía modificar el párrafo cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos, sugiriendo la siguiente redacción: “Además, y en coherencia con lo que antecede, se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trate de sociedades civiles, además de la instauración de un sistema registral que se confía a los colegios profesionales a fin de posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas”. La **justificación** residía en que “todos los Colegios de Abogados de Catalunya tienen en funcionamiento, en la actualidad, un Registro Colegial de Sociedades Profesionales de Abogados, de conformidad con el artículo 71 del Código de la Abogacía Catalana”.

(15) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 6 de noviembre de 2006, número 77-20.

(16) En lo relativo al apartado 2.c), que indicaría “La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social”.

(17) Quedaría del siguiente modo: “La publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales se realizará a través de un portal en Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia. / El acceso al portal de Internet será público, gratuito y permanente. / Se faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización, gestión y funcionamiento del portal. / En idénticos términos, las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial. / A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma respectiva las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales”.

(18) Párrafo que quedaría redactado en estos términos: “También se crea, con efectos puramente informativos, un portal de internet bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, así como en las Comunidades Autónomas”.

la **Comisión de Justicia del Congreso** (19), y pasó finalmente al Senado.

De las **enmiendas presentadas en el Senado** (20), al artículo 8 afectaron las enmiendas números 6 (21), 25 (22), 26 (23) y 56 a 58 (24), mien-

(19) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 6 de noviembre de 2006, número 77-22.

(20) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 21 de diciembre de 2006, número 78 (c).

(21) Enmienda del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos; afectaba al artículo 8.5 de la Ley, que quedaría redactado en este sentido: "Las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en internet, que informará del contenido actualizado de los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios profesionales que actúen en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma. A estos efectos, los Colegios profesionales remitirán periódicamente a la Comunidad Autónoma respectiva, las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales". La **justificación** es la misma que la señalada en la enmienda número 2, al último párrafo del apartado II del Preámbulo. "La previsión que contiene el artículo 5.8 del proyecto desborda los límites propios de actuación del Estado en un ámbito de competencia exclusiva de las CCAA, como es la de los Colegios profesionales".

(22) Enmienda del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió; afectaba al artículo 8.4, que quedaba redactado del siguiente modo: "La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio donde ejerza su actividad única o principal, a los solos efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla sus competencias en materia de ordenación del ejercicio profesional". La **justificación** reside en la "necesidad de equiparar con el criterio establecido para determinar la incorporación en un determinado Colegio Profesional. Asimismo, la inscripción en el registro colegial es suficiente para justificar el efecto de sujeción de la sociedad a las competencias de ordenación y control propias de la institución colegial, con arreglo a la legislación vigente de Colegios Profesionales".

(23) Enmienda del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió al artículo 8.5, que quedaba redactado en los siguientes términos: "La publicidad de la inscripción de cada sociedad profesional en el Registro de Sociedades Profesionales se podrá realizar a través de *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 9 de febrero de 2007, número 78 (d)".

"Un portal en Internet bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma. A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente a la respectiva Comunidad Autónoma las inscripciones practicadas en sus respectivos Registros de Sociedades Profesionales". La **justificación** es que, "de conformidad con el vigente Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde a la Generalitat de Catalunya la competencia exclusiva sobre el ejercicio de las profesiones tituladas y la regulación de la organización de los Colegios Profesionales".

(24) Enmiendas del Grupo Parlamentario Popular en el Senado. La **número 56** pretendía que en el artículo 8 sólo se regulase la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil. La justificación era que "por razones de técnica legislativa resulta más adecuado tratar en un artículo independiente todo lo relativo a la inscripción de estas sociedades en el Registro Mercantil". Además, propone modificar la redacción de los preceptos contenidos en las letras b), c) y d) del apartado 2 por mejor técnica legislativa.

La **enmienda número 57** proponía crear un artículo 8 bis que regulara la inscripción de estas sociedades en el Registro de Sociedades Profesionales. La justificación era que "por razones de sistematica y claridad resulta conveniente desgajar lo atinente al Registro Mercantil de otros Registros de Sociedades Profesionales que deban llevar los colegios correspondientes. Es importante, en segundo lugar, que el acceso a los datos de dichos Registros sea automática, estando obligado el registrador mercantil a la remisión de las inscripciones y anotaciones que

tras que a la parte que nos interesa de la Exposición de Motivos, las enmiendas 2 (25) y 12 (26).

Del Dictamen de la Comisión en el Senado (27) debe destacarse el

se practique en la hoja abierta a la sociedad profesional. La propuesta trata, también, de conseguir este doble objetivo, dejando el desarrollo reglamentario de todo lo relativo a la comunicación entre ambos Registros. También es importante supeditar el desarrollo de la actividad profesional a su inscripción en el registro profesional correspondiente. En efecto, habida cuenta de que la inscripción en el Registro Mercantil es constitutiva y permite la actuación de la sociedad a partir de ese momento, en la práctica, la intervención del colegio podría llegar a obviarse, de tal forma que la sociedad puede empezar su actividad eludiendo la obligación de inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio correspondiente. En ese sentido, es imprescindible suprimir la expresión «a los solos efectos» y añadir que no puede iniciar su actividad hasta que no se haya inscrito en el Registro colegial”.

Por último, la **enmienda número 58** proponía la creación de un artículo 8 ter, sobre el portal de Internet: “a fin de garantizar una información puntual sobre los aspectos relevantes de las distintas sociedades profesionales, se ha considerado oportuno que, además del registro profesional, también sea el Registro Mercantil quien remita la información contenida en la hoja abierta a cada sociedad al Ministerio de Justicia. Igualmente, tal como acontece con la publicidad de resoluciones concursales, reguladas por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, se ha creído conveniente atribuir la gestión de este servicio de publicidad al Colegio de Registradores bajo los principios de publicidad gratuita”. La razón de esa distribución de la regulación, utilizando palabras de ESPAÑA MOYA, senador del Partido Popular, es que constituye “una mejor sistemática” (vid. “Dictamen de la Comisión de Justicia en relación con este Proyecto de Ley”, *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, número 111, año 2007, Sesión del Pleno celebrada el miércoles 21 de febrero de 2007, p. 6773).

(25) Enmienda del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, que pretendía que el último párrafo del apartado II del Preámbulo quedase con la siguiente redacción: “También se podrá establecer por las Comunidades Autónomas, en su ámbito territorial, y con efectos puramente informativos, un portal en Internet”. Su **justificación** era que “de conformidad con la enmienda formulada al apartado 5 del artículo 8, donde proponemos que sean las CCAA y no el Estado las que puedan establecer un sistema de publicidad en internet que informe del contenido actualizado de los Registros de Sociedades Profesionales que se constituyan en los distintos Colegios profesionales. La CAPV ostenta, en virtud del artículo 10.22 EAPV competencia exclusiva en materia de Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la CE. En ejercicio de esa competencia el Parlamento Vasco aprobó la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de Profesiones Tituladas y de Colegios y Consejos Profesionales. Por el contrario, la CE, no reconoce, expresamente, al Estado competencia alguna en esa materia. No obstante, no desconocemos que el TC ha declarado que el Estado posee títulos de intervención que le permiten incidir transversalmente en la regulación de esos Colegios, como el artículo 149.1.18.^a y 30.^a CE. Sin embargo, es doctrina reiterada del TC que la competencia estatal no puede ir más allá de fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse su organización y competencias esas Corporaciones (por todas, STC 76/1983, de 5 de agosto). De acuerdo con este reparto competencial, fruto, en este caso, de la jurisprudencia constitucional, consideramos que el Estado no ostenta competencia alguna para imponer a los Colegios profesionales la obligación de trasladar al Ministerio de Justicia información de las inscripciones practicadas en los Registros colegiales de Sociedades Profesionales. Por el contrario, esa competencia es exclusiva de las CCAA, que podrá exigirla a los Colegios profesionales de su respectiva Comunidad Autónoma para su publicación en sus propias webs, con ese carácter informativo”.

(26) Enmienda del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió, que pretendía que el párrafo sexto del apartado II de la Exposición de motivos estableciera

Voto Particular Número 2, en la medida en que afecta, entre otras, a las enmiendas 2 y 6, ya que el texto del artículo 8 (y de la Exposición de Motivos, en la parte que nos interesa), no es afectado por el mismo.

En el **texto aprobado por el Senado** no se produce modificación alguna ni en los párrafos de la Exposición de Motivos que nos interesan, ni en el artículo 8 (28). Finalmente, la Ley es aprobada como **Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales** (29), y su artículo 8 queda finalmente redactado del siguiente modo:

“Artículo 8. Inscripción registral de las Sociedades Profesionales.

1. La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica.

2. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2, y, al menos, los siguientes extremos:

- a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.
- b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.
- c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.
- e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

3. Cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

que “la Ley prevé la posibilidad que las Comunidades Autónomas creen, con efectos puramente informativos, portales de internet del contenido actualizado de los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios Profesionales”. La **justificación** estaba en que “de conformidad con el vigente Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde a la Generalitat de Catalunya la competencia exclusiva sobre el ejercicio de las profesiones tituladas y la regulación de la organización de los Colegios Profesionales”.

(27) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 9 de febrero de 2007, número 78 (d).

(28) El texto aprobado por el Senado se encuentra en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 28 de febrero de 2007, número 78 (e), así como en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 28 de febrero de 2007, número 77-23. El texto fruto de la aprobación definitiva en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 9 de marzo de 2007, número 77-24.

(29) BOE número 65, 16 de marzo de 2007.

4. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 de este artículo. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El registrador mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

5. La publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales se realizará a través de un portal en Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia.

El acceso al portal de Internet será público, gratuito y permanente.

Se faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización, gestión y funcionamiento del portal.

En idénticos términos, las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial.

A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma respectiva las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales.

6. En el supuesto regulado en el artículo 3, la sociedad profesional se inscribirá en los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto, quedando sometida a las competencias de aquél que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso.”

Los párrafos de interés de la Exposición de Motivos quedaron también redactados del siguiente modo definitivo: “Además, y en coherencia con lo que antecede, se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trate de sociedades civiles, además de la instauración de un sistema registral que se confía a los Colegios Profesionales a fin de posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas. / Ciertamente, junto a los notarios, los registradores mercantiles están llamados en estos casos a garantizar la operatividad del sistema asegurando el cumplimiento de las obligaciones legales mediante la calificación de los documentos que se presenten a inscripción, tanto en el inicial momento constitutivo de la sociedad profesional como, con posterioridad, a lo largo de su existencia. / También se crea, con efectos puramente informativos, un portal de Internet bajo la dependen-

cia del Ministerio de Justicia, así como en las Comunidades Autónomas”.

Ésta es, por tanto, la regulación con la que debemos trabajar, una vez conocido su proceso de tramitación parlamentaria.

III. La personalidad jurídica de las sociedades civiles: posibles modificaciones conceptuales

Tras la promulgación de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales, es evidente que no se puede seguir reflexionando sobre la personificación de las sociedades civiles en los mismos términos en los que lo hemos venido realizando hasta ahora. Es necesario introducir el nuevo matiz de la personificación de las sociedades civiles profesionales y valorar cómo influye ello en el sistema en su conjunto.

En cualquier caso, es la primera reforma al respecto de entidad y con legitimidad jurídica que se produce desde la promulgación del CC. En la regulación codificada, por una serie de razones que expusimos en otro lugar (30), se decidió personificar a las sociedades civiles como criterio general, sin necesidad de que se inscribieran en registro alguno para ello. Dicha regulación no había sufrido modificación alguna hasta el desafortunado Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (31), que reformaba ilegalmente el Código de Comercio y cuya declaración de nulidad se produjo con la STS 24-2-2000 (32). Por tanto, esta reforma que ahora repasamos es la primera reforma legal válida que se realiza respecto de la cuestión.

Vamos a recordar cómo se personificaba a las sociedades civiles en el CC, regla general, para a continuación valorar qué sucede con aquellas sociedades civiles que sirvan de base a sociedades profesionales, excepción.

1. La personificación de la sociedad civil en el CC.

Basta acudir al texto vigente del artículo 1.669 CC para comprobar cómo la regla general existente en nuestro Derecho es la de que las sociedades civiles, en nuestro ordenamiento, son personas jurídicas como criterio general, y las sociedades civiles no personificadas son la excepción a dicha regla.

(30) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: “La personificación de la sociedad civil en nuestros Proyectos de Código Civil”, *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, número 117, 2005, pp. 297-324.

(31) BOE número 233, 29 de septiembre de 1998.

(32) BOE número 98, de 24 de abril de 2000.

Este precepto se dedica a las sociedades civiles que no gozan de personalidad jurídica, y plantea importantes problemas de interpretación, debido a su ambigua redacción y a su polémico proceso de inserción en el CC. Conforme a él, las circunstancias necesarias para que una sociedad no goce de personalidad jurídica son dos, y deben concurrir ambas: en primer lugar, los pactos deben mantenerse secretos entre los socios y, en segundo lugar, cada uno de esos socios debe contratar en su nombre con terceros. La consecuencia de ello es que esa sociedad no gozará de personalidad jurídica y se regulará por el régimen de la comunidad de bienes (33).

En este apartado tampoco vamos a dedicar nuestra atención a exponer y criticar las diferentes concepciones que se han defendido acerca del artículo 1.669 CC y la configuración de las sociedades civiles en nuestro ordenamiento, pues a ello ya hemos dedicado nuestra atención en otro momento. Únicamente nos centraremos, de modo breve, en la configuración que nos parece acertada: las sociedades civiles personificadas son las sociedades externas, mientras que las no personificadas son las denominadas sociedades civiles internas.

Conforme a esta acertada teoría, debe concederse la máxima importancia a la interpretación del contrato, pues la clave es de configuración de la sociedad por las partes. Se debe reservar la denominación de “sociedad interna” no sólo para aquellas sociedades en las que las partes hayan incluido alguna cláusula de ocultación o de “representación indirecta” (realmente, cláusula-legitimación del socio para actuar sin implicar a la sociedad, aunque gestionando su interés), que serán las más claras sociedades internas, sino para toda aquella sociedad en la que las partes no pretendan presentarse como ente frente a terceros y sea configurada como interna. Y ello puede ser así originariamente, porque desde el primer momento se pactase así, o bien fruto de una modificación de la configuración societaria por parte de los contratantes, por lo que en este caso la sociedad pasaría de ser externa a interna, pero en todo caso fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. Esto puede generar cierta inseguridad, pero no existirán problemas de indeterminación, pues estará perfectamente claro el momento en que se cambia la voluntad de las partes, con todo lo que implica, por ser el del pacto. En ningún momento es necesario inscribir a la sociedad en Registro alguno (ni mercantil ni de otro

(33) No entraremos en cuestiones de régimen jurídico, aunque indicaremos que la desafortunada referencia a dicho régimen es fruto, realmente, de un ejercicio de dogmatismo jurídico, que pretende solucionar el problema existente basando su solución en la concepción de que la comunidad es el género, y la sociedad una especie del mismo: si no hay ente jurídico que aglutine la titularidad de un patrimonio, no existe más que una cotitularidad del mismo por parte de los aportantes.

tipo) para que dicha sociedad sea personificada. Todo es cuestión de configuración de la sociedad por las partes contratantes, pues estamos ante una emanación de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

La regla general será, por tanto, que toda sociedad sea, en principio, externa, y nazca dotada de personalidad, atributo natural de la misma, tal y como cabe deducir del propio Código Civil (arts. 1.669 y 1.679). Esa personalidad será la personalidad básica con la que nace la sociedad civil, definida en el artículo 38 CC, que alude a la “capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales”.

Por otra parte, se debe diferenciar la adquisición de personalidad jurídica por parte de la sociedad civil de la posible **oponibilidad o utilizabilidad** de sus pactos, pues son planos diferentes. Si bien para adquirir la personalidad no es necesaria, para la oponibilidad sí es imprescindible la existencia de esa publicidad de hecho de los pactos. Como ocurre con cualquier clausulado contractual que se pretende oponer a un tercero basándonos en criterios de buena fe, exige ese conocimiento o esa posibilidad de conocimiento si se hubiese sido diligente y, en algún caso, incluso el consentimiento. Pero son dos cuestiones diferentes: una sociedad interna cuya existencia termine siendo conocida por el tercero al contratar puede oponerle algún pacto cuando manifieste su existencia. Pero no por darse a conocer la sociedad civil adquiere personalidad jurídica.

La regulación del artículo 1.669 CC sintoniza perfectamente con la concepción de la personalidad jurídica como **emanación de la autonomía de la voluntad de las partes encuadrada dentro del marco legal**, pese a que su redacción es manifiestamente mejorable y a que la autonomía de la voluntad debe tener ciertos límites (34). Además, con este artículo la intención principal era ser riguroso desde el punto de vista técnico-jurídico y no proteger a unos terceros que nunca tuvieron posibilidad de conocer esa apariencia de cotitularidad que puede ser la base de la remisión posterior. Como se ha indicado antes, se parte de esa idea de que la

(34) Es muy interesante, en este sentido, la sistematización que realiza SIMONART, V.: *La personnalité morale en Droit Civil Comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 65-127. Allí diferencia cuatro sistemas de personificación: en primer lugar, el sistema de la concesión, más propio de regímenes autoritarios, en el que la ley o la autoridad oportuna conceden la personalidad (vid. ob. cit., pp. 72-75). En segundo lugar, el sistema formalista, a medio camino entre los otros tres, en el que no existe acto de reconocimiento, como en el caso antes citado, pero sí que se fijan ciertos requisitos formales, normalmente la inscripción del grupo en algún registro (vid. ob. cit., pp. 75-86). El tercer sistema es el sistema de la libre constitución: todo grupo que cumple una serie de requisitos legalmente previstos adquiere la personalidad jurídica sin más (vid. ob. cit., pp. 86-89), mientras que el último sistema es la teoría de la espontaneidad, por la cual hay grupos que naturalmente nacen como tales grupos, con independencia del legislador (vid. ob. cit., pp. 89-113). Nos movemos, claro está, dentro del tercero de los sistemas.

comunidad de bienes es el género y la sociedad civil la especie, y se es riguroso con esa concepción: un patrimonio en común que no tiene una sociedad como propietaria no es más que una comunidad entre los aportantes. Y a esta sociedad insertable en el artículo 1.669 CC la denominaremos sociedad interna, debido a que se pretende no tener relaciones como tal sociedad con terceros. En cualquier caso, consecuencia de ello es que la sociedad no operará como ente en el mercado y, por tanto, los socios que gestionen el interés común celebrarán los contratos en su propio nombre (no podía ser de otra forma: no existe ente, no pueden sino contratar en su propio nombre).

Dos son los **presupuestos** que destaca el artículo 1.669 CC como característicos de estas sociedades, y que son consecuencia de la configuración impresa a la sociedad interna. El primero de ellos es *que los pactos permanezcan secretos entre los socios*. Exige, por tanto, una conducta por parte de dichos socios: la intención es la de que hayan decidido que no sólo el contenido, sino la mera existencia de ese pacto social no sea conocida por terceros. Lo que deba entenderse por pacto secreto dependerá de la concepción que se defienda respecto de las sociedades que se encuadren dentro del artículo 1.669 CC, y ya hemos justificado adecuadamente que no se refiere el artículo 1.669 a los pactos de la sociedad que no se inscribió en el Registro Mercantil, a pactos que ni se elevaron a escritura pública, ni a los pactos reguladores de una sociedad de la que no existe publicidad de hecho, sino a los constitutivos de la sociedad, que permanecen reservados entre las partes de tal modo que la propia existencia de la sociedad no es conocida por terceros a ella al operar en el mercado (35).

El segundo factor al que alude el artículo 1.669 CC es el de *que cada uno de los socios "contrate en su propio nombre con los terceros"*. Esto será consecuencia del pacto contractual, bien expresa (porque exista pacto de ocultación, de "representación indirecta" u otro, o bien configuración expresa en este sentido), bien tácita. La clave, como venimos defendiendo, es de configuración: la sociedad no aparecerá como ente en el mercado porque no existe, por lo que deben contratar los socios en su propio nombre, no en el de un ente inexistente (así lo configuró ya en su día LAURENT en el antecedente de esta regulación). Y nos movemos en un ámbito muy próximo al de la representación indirecta, aunque no lo sea, pues no existe una persona representada como tal (36) y, además,

(35) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Configuración de las sociedades sin personalidad jurídica en el Código Civil español", cit., pp. 212-231.

(36) La sociedad no goza de personalidad jurídica, por lo que no existe representado como tal. El socio actúa gestionando los intereses de la sociedad interna, que es como decir el

el interés gestionado no es ajeno al representante (37) (el gestor actúa en beneficio del interés de la sociedad interna).

Esta forma de operar no debe confundirse con la citada en el párrafo segundo del artículo 1.698 CC, que piensa en relaciones que no se pueden calificar de sociales, pero que se contraen por cuenta de los intereses de la sociedad. La diferencia entre ambos casos está en que, en el supuesto del artículo 1.669, el tercero que contrata con el socio no tiene la posibilidad de conocer que está contratando con una sociedad, pues es interna y se conducirá como tal, mientras que en este otro caso es conocida en el mercado la existencia de la sociedad (aunque no por su contratante en este negocio concreto), porque actúa como ente, sin perjuicio de que el socio haya celebrado el contrato de este modo en este caso [(para que la sociedad quede obligada por el contrato celebrado por su socio debe haberse conducido conforme al art. 1.697 CC (38))].

El contratar en su propio nombre está íntimamente ligado al primer requisito, es consecuencia de la configuración social, y ambos dan la orientación de lo que pretende el artículo 1.669: los socios celebran contratos con terceros, pero para que sea aplicable, además, deben ser secretos entre los socios los pactos sociales, con lo cual el tercero que contrata con la sociedad no sólo no sabe que existe, sino que piensa que celebra contrato con un particular, persona que actúa en su propio nombre. La ligazón se deriva de que la citada conducta se deriva del pacto. Por ello no será un requisito independiente del primero y equiparable a él como tal, sino una actuación consecuente con la configuración pretendida por los socios. Es necesaria su existencia, pero ha despertado menos interés doctrinal que el primer presupuesto, indicio de que su relevancia es menor que la del otro dato a tener en cuenta.

En conclusión, conforme a la regulación genérica del CC, toda sociedad civil será, en principio, externa, y nacerá dotada de personalidad jurí-

interés común de los socios, entre ellos él mismo (pero común, no el interés particular de cada uno de ellos). Otra nota, además, viene a enturbiar esa posible configuración de la situación dentro del ámbito de la representación, y es que el socio presunto representante no gestiona intereses ajenos a los suyos, sino que estos intereses también son sus intereses, él no es extraño a ellos. Por otra parte, tampoco es exacto que se produzcan en todo caso efectos en el patrimonio del actuante, pues éste gestiona los intereses de la sociedad interna, y el supuesto general será el de que la misma interiorice la operación directamente, aunque frente al tercero sea el actuante, como particular, el que opera.

(37) Salvo que no sea un socio el que actúe, sino un tercero que profesionalmente gestiona el interés social.

(38) Este artículo exige, para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, en primer lugar, que el socio haya obrado en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad; en segundo lugar, que tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito; por último, que haya obrado dentro de los límites que le señala el poder o mandato.

dica básica, salvo que se configure expresamente como sociedad interna. Por tanto, la personificación de las sociedades civiles se realiza al margen de inscripción alguna en el Registro Mercantil o en cualquier otro Registro.

2. La personificación de la sociedad civil profesional.

Repasado en su momento el texto del artículo 8 y su concreto proceso de elaboración parlamentaria, así como las ideas genéricas sobre personificación de la sociedad civil, ha llegado el momento de centrarnos en la parte del artículo 8 que nos interesa y en sus efectos.

La **estructura del artículo 8** es bastante clara: en primer lugar, la importancia del Registro Mercantil en el modo de personificación de las sociedades profesionales se manifiesta en los apartados 1 a 3 del artículo 8 (más parcialmente, el apartado quinto); en segundo lugar, en lo relativo al ejercicio de la actividad profesional por la sociedad, también es destacable la importancia de los Registros de Sociedades Profesionales de los diferentes Colegios Profesionales (tratado en los aparts. 4 a 6 del art. 8), aunque a esto no dedicaremos atención en este momento. Por último, el artículo 8 debe conectarse con el Derecho transitorio equivalente, dividido en cuestiones relativas tanto al Registro Mercantil (disposición transitoria primera) como a los Registros de Sociedades Profesionales (disposición transitoria segunda).

Las ideas generales más relevantes extraíbles del artículo 8 son las siguientes:

— Las sociedades profesionales son personas jurídicas y adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de su escritura constitutiva en el Registro Mercantil, con independencia de cuál sea la forma social escogida para configurarse (incluso en el supuesto de las sociedades civiles).

— Las sociedades se constituyen legalmente como externas: los socios quieren actuar en el mercado y se amoldan a lo establecido en el artículo 8, configurando dichas sociedades para operar como entes en el mercado.

— Las sociedades deberán inscribirse también en el Registro Profesional del Colegio Profesional que corresponda, a los efectos de incorporación al mismo (se diseña, además, una conexión entre Registro Mercantil y los Registros de Sociedades Profesionales).

— Las sociedades multidisciplinarias se inscribirán en los Registros de los Colegios Profesionales que correspondan a las profesiones que constituyen su objeto.

— Se establece la existencia de un portal de Internet que informe sobre el contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales.

De estas ideas indicadas, es el momento de dedicar la atención oportuna únicamente a aquéllas conectadas con la personificación de la sociedad profesional, enfocando la cuestión hacia el sector de las sociedades civiles.

El primer párrafo del artículo 8 es bastante claro al establecer que la escritura pública de constitución de la sociedad profesional deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, y que con dicha inscripción, además, adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica. Por tanto, las sociedades profesionales son personas jurídicas y su personificación se produce con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

Esto se producirá con independencia de la forma con que se haya constituido la sociedad profesional, ya que rige el principio de libre elección de forma societaria (39). La sociedad profesional, tal y como indica PAZ-ARES, no constituye un tipo legal, sino un tipo empírico (40), y la concreta forma social dependerá de lo que las partes deseen constituir exactamente, de sus particulares necesidades (41). Estamos, utilizando palabras de ALBIEZ DOHRMANN y GARCÍA PÉREZ, ante “la opción que mejor se acomoda al principio constitucional de libertad de empresa y (...) la que más favorece la libre competitividad del sector” (42), y es una solución aceptable: que sean los interesados los que, conforme a su voluntad y atendiendo a sus necesidades, determinen exactamente cómo quieren constituir su sociedad profesional. Sin embargo, no era la única solución posible: en Francia, por ejemplo, se creó por Ley un tipo concreto, las llamadas “sociedades de ejercicio liberal”, para estos menesteres.

En la Ley española, en primer lugar, se opta por establecer libertad de elección de tipo social para constituir la sociedad profesional y, en segun-

(39) Conforme al artículo 1.2 de la Ley, “las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley”.

(40) PAZ-ARES, C.: “Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)”, RCDI, número 653, julio-agosto 1999, p. 1257.

(41) Esto se aclara en la propia Exposición de Motivos, II. “El régimen que se establece tiende a **asegurar la flexibilidad organizativa**: frente a la alternativa consistente en la creación de una nueva figura societaria, se opta por permitir que las sociedades profesionales se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico. / Ahora bien, ese principio de libertad organizativa se ve **modulado** por cuanto, en garantía de terceros, toda sociedad profesional se ve compelida a cumplir los requisitos establecidos en la nueva Ley; en caso contrario, no será posible su constitución y su incumplimiento sobrevenido supondrá causa de disolución”.

(42) ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y GARCÍA PÉREZ, R.: *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 123. Otra estudiosa de la cuestión, como es CAMPINS VARGAS, ya abogaba por dicha solución al hilo del anterior Anteproyecto (“«Sociedad civil de actividades entre profesionales»: a propósito de una proposición de ley”, *Revista de Sociedades*, núm. 15, 2000-2, pp. 174-176). Esta autora, además, en su trabajo clásico *La sociedad profesional*, Ed. Ci-

do lugar, por fijar clara y unitariamente el modo de adquisición de la personalidad jurídica de los entes regulados. Con independencia de que esta medida pueda resultar más o menos criticable, la personificación expresa y clara evita los problemas y dudas que generaría una legislación que no fuese tan rotunda a este respecto (como sucede, sin ir más lejos, con las propias sociedades civiles).

La citada regulación conlleva, además, que las sociedades profesionales se constituyan como sociedades **externas**, pues son sociedades que pretenden operar en el mercado como entes, y deben inscribirse en los Registros oportunos con dicha finalidad, como prueba de tal intención (43). La inserción del Registro Mercantil en este proceso de personificación, además, tiene una finalidad clara para el legislador, ya que entiende que garantiza así la transparencia de la estructura de dichas sociedades frente a los terceros (44).

Pero el sistema creado conlleva la necesidad de reformar la legislación reguladora del Registro Mercantil para permitir la inscripción en el mismo de tipos sociales que hasta ahora no tenían acceso al mismo, como es el caso de las sociedades civiles, y es lo que se hace con la disposición adicional cuarta de la Ley, que reforma el artículo 16 del Código de Comercio con la intención expresa de permitir la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles profesionales.

Los apartados 2 y 3 del artículo 8 prevén el **contenido propio de la inscripción**, cuestión sobre la que no nos detendremos con excesivo detalle. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate (es lógico, pues se permite escoger cualquier forma societaria legal), las contenidas en el artículo 7.2 de la propia Ley de Sociedades Pro-

vitias, Madrid, 2000, entroncaba acertadamente esta cuestión con la libertad contractual general de los particulares (ob. cit., pp. 109-117). También en este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D.: "Las sociedades profesionales: una realidad pendiente de regulación", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, 2003, número 23, pp. 125-127.

(43) Ya la propia Exposición de Motivos de la Ley aludía a dicho carácter, en su apartado II: "... la nueva ley consagra expresamente la posibilidad de constituir sociedades profesionales *stricto sensu*. Esto es, sociedades **externas** para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón (...) social..."

(44) Así se ofreció, incluso, en la propia explicación oficial de la aprobación del Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros, en la página web de la Presidencia del Gobierno español, el día 27 de enero de 2006 (<http://www.la-moncloa.es>): la inscripción de la sociedad profesional en el Registro Mercantil "garantizará la transparencia en la estructura" de la misma, según se indicaba literalmente. Se está pensando, evidentemente, en las personas ajenas a dicha sociedad. En la propia Exposición de Motivos (I, párrafo cuarto), se puede leer lo siguiente: "... Así pues, la creación de certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico societarias que tienen lugar en el ámbito profesional se constituye en uno de los propósitos fundamentales que persigue la nueva ley..."

fesionales (sobre contrato constitutivo de la sociedad profesional) (45), y, al menos, los extremos que indica expresamente, establecido a modo de mínimo.

En concreto, dichos extremos son los siguientes:

a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad, algo en lo que se profundizará en el artículo 6 de la Ley, así como domicilio concreto de la sociedad.

b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante, así como duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado. El artículo 7 de la Ley establece la necesidad de que el contrato de sociedad profesional se formalice en escritura pública, que contendrá no sólo los datos necesarios conforme al tipo social escogido, sino también los que en dicho precepto se añaden.

c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.

d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia. Los socios profesionales son aquellas personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la profesión que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma. Las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, según el artículo 4, habrán de pertenecer a socios profesionales. Estos requisitos deberán cumplirse a lo largo de toda la vida de la sociedad profesional, constituyendo causa de disolución obligatoria su incumplimiento sobrevenido, a no ser que la situación se regularice en el plazo máximo de tres meses, contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento. Conforme al artículo 5, la sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas, aunque los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la so-

(45) "La escritura constitutiva recogerá las menciones y cumplirá los requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada y, en todo caso, expresará: a) La identificación de los otorgantes, expresando si son o no socios profesionales. b) El Colegio Profesional al que pertenecen los otorgantes y su número de colegiado, lo que se acreditará mediante certificado colegial, en el que consten sus datos identificativos, así como su habilitación actual para el ejercicio de la profesión. c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social. d) La identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas".

ciudad (sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el art. 11 de esta Ley).

e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas. Conforme al artículo 4.3 de la Ley, habrán de ser socios profesionales las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales (si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional).

Además, cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil, tal y como fija el artículo 8.3.

La posición jurídica de los profesionales que pretendan constituir sociedades profesionales, pero **no amoldándose a lo exigido en la Ley 2/2007**, es bastante problemática, pues se sobrepasan los límites de la autonomía de la voluntad de los particulares, y la propia Ley, que pretende su vigencia en todo caso, prevé la sanción oportuna: conforme a la disposición adicional segunda, “el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley” (46).

Se presumirá, además, que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación. En el apartado segundo se prevé la situación en la que el ejercicio colectivo citado no adoptara forma societaria: en ese caso, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional. Por tanto, se prevé que el régimen de responsabilidad resulte de aplicación también en aquellos casos en los que las sociedades profesionales no se constituyan conforme a la Ley, con todo el sistema formal y registral diseñado en ella. Es el modo más importante de imponer la aplicación de una ley a quien no quiere someterse a ella: aplicar el régimen de responsabilidad de la Ley que se trataba de evitar. Evidentemente, es necesaria una sentencia judicial para aplicar este régimen al caso concreto.

(46) De modo parecido a como en el *Codice* italiano se prevé en preceptos como los artículos 2.297 ó 2.331.

Una vez fijado el marco genérico en el que reflexionar, es necesario centrarse en **las sociedades civiles profesionales**. Ya hemos comprobado cómo la sociedad profesional puede ser configurada de cualquiera de las maneras legales vigentes, por lo que también puede escogerse el modelo de la sociedad civil para ello. No se prevé, además, que la elección de la sociedad civil sea una elección minoritaria en la práctica: la doctrina ya ha puesto de manifiesto que posiblemente sea la configuración más idónea de sociedad profesional (47). PAZ-ARES llega a indicar que es “el *tipo natural* de la sociedad profesional” (48) y GARCÍA MÁS comenta que “no cabe la menor duda, que es la sociedad civil, el tipo societario que indudablemente mejor se adapta a las sociedades profesionales”, para concluir que “por todo ello en nuestra opinión, debería darse una especial prioridad a esta forma societaria para el desarrollo de las sociedades profesionales” (49). Para CAMPINS VARGAS, la sociedad civil es el tipo idóneo de sociedad personalista para configurar la sociedad profesional, aunque no deba fagocitar otros posibles modos de configuración (es un modo favorable de configuración, no el único) (50). Los datos, además, parecen dar la razón a estos autores: en la práctica, los interesados prefieren la sociedad civil como modo de configurar su sociedad profesional (51).

(47) *Vid.* la excelente síntesis doctrinal al respecto realizada por ALBIEZ DOHRMANN, K. J., y GARCÍA PÉREZ, R.: *La Sociedad Profesional de Abogados*, cit., nota 182, p. 122.

(48) PAZ-ARES, C.: “Las sociedades profesionales...”, cit., p. 1264.

(49) GARCÍA MÁS, F. J.: “Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, de cara a una futura ley”, AC, número 44, 26 de noviembre a 2 de diciembre de 2001, referencia LXVII, pp. 1526-1527, y RCDI, número 669, enero-febrero 2002, p. 21. También en este sentido MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: “Las sociedades de profesionales”, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, 1993, pp. 395-405.

(50) CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional...*, cit., pp. 119-122. En dichas páginas recuerda también la opinión favorable a la sociedad civil como modo de configuración aceptable de las sociedades profesionales de YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad del profesional liberal*, Ed. Reus, Madrid, 1989, p. 159 (en realidad, *vid.* pp. 156-161). Además, motiva su decisión aludiendo a la “extraordinaria flexibilidad” del régimen jurídico de las sociedades civiles, que permite a los particulares tanto adaptar contractualmente el régimen legal a sus necesidades concretas como completar las importantes carencias que presenta el escaso desarrollo normativo de su régimen. También en este sentido VÁZQUEZ ALBERT, D.: “Las sociedades profesionales...”, cit., pp. 127-130.

(51) Sirva como ejemplo el estudio que realizó VÁZQUEZ ALBERT del Registro de Sociedades Profesionales del Colegio de Abogados de Barcelona, caso puntual, pero de interés para ilustrar nuestra exposición. En él indicaba cómo, de las 577 sociedades profesionales registradas, 325 eran sociedades civiles (56,3 por 100), y 217 eran sociedades limitadas (37,6 por 100). El 6,1 por 100 restante (35) se repartía entre sociedades anónimas (2,4 por 100), sociedades cooperativas catalanas limitadas (1,4 por 100), sociedades colectivas (0,9 por 100), comunidades de bienes (0,7 por 100) y sociedades laborales limitadas (0,7 por 100). *Vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D.: “El Registro de Sociedades Profesionales del Ilustre Col·legi d'Advocats de Barcelona: un apunte estadístico y una reflexión”, comunicación a la Ponencia I del VIII Congreso de la Abogacía Española, 2003, p. 109 (este trabajo se encuentra en <http://www2.cgae.es/congreso/ponencias1.asp>). Además, esto no sólo sucede en España: en Francia también es así, con la *société d'exercice libéral*.

Las sociedades civiles, ya lo sabemos, gozan de personalidad jurídica al margen de inscripción registral alguna, como criterio general, pero en el caso concreto de que se constituya una sociedad civil para ser sociedad profesional, del artículo 8 se deduce que la inscripción registral de la sociedad civil también será necesaria para que ésta adquiera dicha personalidad jurídica. La propia Exposición de Motivos de la Ley, en el párrafo cuatro de su apartado II, tiene esto en mente y señala expresamente que “en coherencia con lo que antecede, se someten las sociedades profesionales a un **régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil** en todos los casos, *incluso cuando se trate de sociedades civiles, ...*”. Se debía diseñar una reforma legal del Registro Mercantil que abriese la puerta a las sociedades civiles profesionales, y ello se realizó con la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2007: se modifica el artículo 16.1.7 del Código de Comercio para permitir la inscripción de las sociedades civiles profesionales, constituidas con los requisitos establecidos en la legislación específica reguladora de las sociedades profesionales.

Por tanto, se está estableciendo una distinción que, si bien es legal y está jurídicamente bien realizada, no resulta del todo lógica, ya que las sociedades civiles, por propia esencia, se personifican cuando las partes las constituyen como sociedades externas, pero en el caso de aquellas que se constituyan para crear una sociedad profesional, para que se produzca dicha personificación es necesaria la inscripción registral de la sociedad, por imperativo legal. Es una situación desigual, que debe ser justificada.

La **justificación**, para el legislador, reside en que las sociedades profesionales se constituyen conforme al tipo social que los interesados consideren oportuno, y esto significa ser extraordinariamente generoso con la posible regulación aplicable. Por ello, deben existir unas mínimas normas que armonicen la regulación de todas las sociedades profesionales, para proteger los derechos de terceros, con independencia de cómo se constituyan, y entre ellas, el legislador considera oportuno incluir la personificación social. La pretensión de control y de mayor claridad es, también, evidente: el legislador entiende que obligando también a las sociedades civiles a inscribirse en el Registro Mercantil logra la claridad necesaria frente a terceros a la hora de su personificación, claridad que no existe con la regulación del CC (52). Toda sociedad civil dedicada a estos menesteres adquirirá su personalidad jurídica tras la inscripción indicada, y eso garantiza los derechos de los terceros.

(52) Algunos párrafos de la Exposición de Motivos (apartado II) resultan especialmente clarificadores a este respecto: “En el primer aspecto, la nueva ley consagra expresamente la posibilidad de constituir sociedades profesionales *stricto sensu*. Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por

Esta decisión legal **no nos parece acertada**. Si bien es necesaria la unificación de la regulación en determinados aspectos esenciales del régimen de las sociedades profesionales, ya que el sistema de diseño de las mismas es bastante abierto, es una equivocación incluir dentro de esa regulación unificada la cuestión de la propia personificación de las sociedades profesionales, un aspecto tan íntimo del régimen jurídico de cada tipo social. De entrada, porque la regulación parece basarse en un importante error muy asentado en nuestro imaginario jurídico, como es pensar que la personalidad jurídica es un beneficio para la seguridad de los terceros. La personalidad jurídica debe entenderse como una manifestación de la autonomía de la voluntad de los particulares, como un instrumento técnico del que los interesados pueden dotarse o no, según estimen oportuno. No es misión de la personalidad jurídica proteger intereses de terceros. Y en un sistema donde la personalidad emana de la autonomía de la voluntad, imponer una inscripción registral para ello es una opción perfectamente prescindible (53).

Desde nuestro punto de vista, la cuestión que debe tranquilizar a los terceros es que esa sociedad esté correctamente colegiada para ejercer la actividad profesional de que se trate, y para ello es no sólo necesario, sino suficiente, el control que proporciona el Registro Profesional de turno. Al tercero no le interesa tanto conocer si la sociedad se personificó y de qué modo como saber que trata con una sociedad que está inscrita en el registro profesional oportuno y opera, por tanto, de modo plenamente legal como profesional. Por tanto, consideramos que el artículo 8 no debiera haber diseñado un sistema de inscripción constitutiva y general para toda sociedad profesional. Cada sociedad debiera haberse personificado conforme a su regulación propia, y una vez personificada, sí es necesario unificar la necesidad de inscripción en los registros colegiales oportunos.

Alguna voz ya se alzó, por ejemplo, en el sentido aquí indicado, como

su cuenta y bajo su razón o denominación social. (...). El régimen que se establece tiende a asegurar la flexibilidad organizativa: frente a la alternativa consistente en la creación de una nueva figura societaria, se opta por permitir que las sociedades profesionales se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico. **Ahora bien, ese principio de libertad organizativa se ve modulado por cuanto, en garantía de terceros, toda sociedad profesional se ve compelida a cumplir los requisitos establecidos en la nueva Ley;** en caso contrario, no será posible su constitución y su incumplimiento sobrevenido supondrá causa de disolución. (...) Además, y en coherencia con lo que antecede, se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trate de sociedades civiles”.

(53) En el Anteproyecto, su artículo 7.4 señalaba que “una vez inscrita en el Registro Profesional y cuando corresponda por razón de la forma adoptada, la sociedad profesional se inscribirá en el Registro mercantil” (*vid.* el texto en CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional...*, cit., apéndice, p. 441). Regulación acertada en este punto, que, desgraciadamente, no ha terminado plasmada en el texto vigente.

CAMPINS VARGAS, quien ya en el año 2000 se mostró contraria a incluir en el proceso de personificación de las sociedades profesionales al Registro Mercantil. Indicaba esta autora, con acierto, que el Registro profesional era suficiente para el control deontológico y disciplinario aconsejable (54).

El régimen unificador, por tanto, no debiera haber llegado al punto de armonizar el modo y momento de personificación de todas las clases de sociedades profesionales. Sí resulta fundamental establecer un régimen común de inscripción registral profesional, en el seno de los oportunos Colegios Profesionales, pero ello para nada influye en la personificación jurídica de la sociedad en sí.

3. Recapitulación final de ideas.

Para concluir con nuestras reflexiones, es necesario recapitular las ideas más importantes acerca de las cuestiones que estamos tratando.

1. Conforme a la regulación genérica del CC, toda **sociedad civil** será, en principio, externa, y nacerá dotada de personalidad jurídica básica, salvo que se configure expresamente como sociedad interna. En este caso, conforme al artículo 1.669 CC, los pactos sociales permanecerán secretos entre los socios y cada uno de ellos contrata en su propio nombre con los terceros.

Por tanto, las sociedades civiles se personifican al margen de inscripción alguna en el Registro Mercantil.

2. Pese a la regulación general del CC, ya citada, y coexistiendo con ella, conforme a la Ley 2/2007, las sociedades profesionales adquirirán su personalidad jurídica tras su inscripción en el Registro Mercantil, y ello incluye también a las **sociedades civiles profesionales**. Por tanto, si bien las sociedades civiles se personifican al margen de inscripción registral alguna en general, la personificación de aquellas que sirvan de vehículo a una sociedad profesional exige su inscripción en el Registro Mercantil, conforme al artículo 8 de la Ley 2/2007 y siempre de acuerdo con el artículo 16 del Código de Comercio.

3. Esta situación descrita es, evidentemente, legal, pues se ha arbitrado la reforma legal oportuna y se ha realizado de modo jurídicamente correcto. Sin embargo, consideramos que la Ley 2/2007 no debiera haber unificado el modo de personificación de las sociedades profesionales,

(54) Además, la objeción tenía una base clara, y era su consideración de que la sociedad civil se personifica al perfeccionarse el contrato social y configurarse dicha sociedad como sociedad externa (vid. CAMPINS VARGAS, A.: “«Sociedad civil de actividades entre profesionales»: a propósito de una proposición de ley”, cit., p. 181, especialmente nota 30).

sino que debía haber mantenido la vigencia de cada regulación propia a este respecto. No es acertada la diferenciación entre sociedades civiles a la hora de personificarse, sobre todo teniendo en cuenta esa íntima configuración de la personificación de la sociedad civil como emanación de la autonomía de la voluntad.

La intención del legislador, al establecer esta regulación, residió en ofrecer publicidad a los terceros, aunque hemos destacado cómo debe relativizarse este argumento. Debe resaltarse, además, que en todo momento el legislador tuvo en mente el caso de las sociedades civiles a la hora de diseñar este modo de personificación, como hemos podido deducir de la propia Exposición de Motivos.

EL TRATAMIENTO DE LAS NULIDADES FORMALES DEL TESTAMENTO ABIERTO (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REFERENCIA HISTÓRICA. 3. LOS DEFECTOS NO INVALIDANTES. 4. LOS CARACTERES DE LA NULIDAD ABSOLUTA. 5. LA ACTUACIÓN DE LOS HEREDEROS. 6. LA LAGUNA LEGAL. 7. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEGISLACIÓN NOTARIAL. 8. LOS DEFECTOS SUBSANABLES Y SU SUBSANACIÓN.

(*) Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número el día 14 de mayo de 2007.

1. Introducción

La necesaria exigencia de forma del testamento abierto ha de completarse con un adecuado tratamiento de los defectos formales que en el testamento se hubieran podido producir, a fin de que pueda cumplirse debidamente la voluntad del testador, fundamento de toda la sucesión testamentaria; ya JUSTINIANO, en la Ley “*Ambiguitates*” (CJ, 6.23.24) declara válido un testamento que anteponía la ordenación de legados a la institución de heredero, quebrantando aquella solemnidad del testamento romano por la que la institución de heredero tenía que ser *caput totius testamenti*, debía figurar en cabeza de todo el testamento, porque –según explica–, no cabe subvertir ni disminuir la voluntad del testador por vicio del tabelión o de cualquier otro que escribió el testamento (1).

La importancia del tema aumenta porque los perjudicados por el testamento más perfecto tienden a su impugnación y la manera más sencilla de hacerlo es la alegación de defectos formales; tales defectos, imaginarios o reales, sólo suelen presentarse cuando el testador ha fallecido y no puede solucionar los problemas planteados.

El Código Civil parece optar, sin embargo, por un planteamiento radical en su artículo 687: “Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo”; nulo el “testamento”: no sólo la escritura de testamento sino el negocio testamentario. Pero, como escribió en términos generales GULLÓN BALLESTEROS, “la sanción de nulidad absoluta es el último recurso, se puede decir” (2).

2. Referencia histórica

Comencemos por señalar que esta postura del Código es contraria a la del Derecho que le precedía, y que ello tenía su fundamento: era lógica consecuencia de la distinta naturaleza que el Código había atribuido al testamento abierto saltando por encima de la base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888, que le había ordenado mantener “en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades”.

(1) CJ, 6.23.24: “*Ambiguitates, quae vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus, et sive institutio heredum post legatorum dationes scripta sit, vel alia praetermissa sit observatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis vel alterius, qui testamenta scribit, nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere vel minuere*” (JUSTINIANO, año 528).

(2) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: “Comentarios al artículo 6 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 36.

El testamento abierto anterior al Código Civil era un testamento “nuncupativo”, “manda que se faze paladinamente ante siete testigos”, según disponían las Partidas (6.1.1). No mencionan al escribano, al seguir directamente a la Ley *Hac consultissima* del Código de Justiniano, 6.23.21, en que tampoco se había hecho referencia alguna al tabelión porque se había limitado a recoger la Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, año 439, unida como Novela XVI, *De testamentis*, al Código Teodosiano. Era por tanto anterior a la regulación justinianeana del documento tabeliónico, que llegó a prefigurar una especie de prenotariado –Ley *Contractus*, año 528, CJ, 4.21.17; Novela 44, año 536, *De tabellionibus*; Novela 73, año 538, *De instrumentorum cautela et fide*–, que por tanto solamente resultaba aplicada de hecho a los documentos entre vivos.

La inmisión del escribano en ese testamento oral tuvo lugar en el Derecho intermedio –glosas *Publicum* a D, 29.3.2 y *Ostenditur* a CJ, 6.42.32– para obviar la publicación judicial de ese testamento después de la muerte del testador, dada su naturaleza de testamento privado. Esta publicación exigía la comparecencia ante el juez de los testigos inscritos, con lo que la eficacia del testamento pendía de la vida de tales testigos (X, 2.22.2; Fuero Real, 2.9.1 y 8); su sustitución por la escritura era posible puesto que la escritura tenía la misma fuerza probatoria que la deposición de los testigos según la Ley *In exercendis* (CJ, 4.21.15). El Ordenamiento de Alcalá, 1348, regula ya el testamento con escribano público, al que los testigos “deben ser y presentes a lo ver otorgar” (Título XIX-Única), con lo que permanece la naturaleza nuncupativa de esta forma de testamento, y la escritura pública continúa siendo solamente medio de prueba del mismo. La situación se mantiene hasta el Código Civil.

Esta exigencia de la escritura *ad probationem tantum*, solamente para la prueba, y su fundamento o consecuencia, la validez del acto del testamento a pesar de la nulidad de su escritura, estaban patentes en la doctrina. 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 alguna cosa en la escritura de testamento nuncupativo no por ello se vicia el testamento” (3). Y CASTILLO: “el testamento hecho con escritura ante notario, sólo para probar que se ha hecho, se llama nuncupativo... De lo cual resulta que si el notario omitió poner alguna cosa en la escritura de testamento nuncupativo, no se vicia por ello el testamento, porque la escritura no es aquí de sustancia del testamento,

(3) LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Juan: “*quod ad essentiam testamenti nuncupativi suffiunt testes, nec est scriptura necessaria. Unde si notarius in scriptura testamenti nuncupativi aliqua omittit apponere, non propterea vitiatur testamentum*”; “*Glosemata Legum Tauri, quas vulgo de Toro appellat*”; Salamanca, Juan de Junta, 1542, comentarios a la Ley 3.^a, VII, fol. 4v.

sino que se hace para su sola prueba" (4). Antonio GÓMEZ expone aquel distinto tratamiento de los testamentos públicos y de los privados: el testamento nuncupativo "requiere *publicatio* después de la muerte del testador, ... esto es cierto y procede cuando el testamento nuncupativo se hace ante los testigos solos o en algún documento privado; pero lo contrario, si se hace en escritura pública ante tabelión, porque entonces prueba la sola escritura sin ninguna publicación ni deposición de testigos" (5).

En nuestro caso, el testamento contenido en una escritura pública nula había resultado un testamento privado válido, necesitado de la ulterior aprobación judicial. La intervención del juez no subsanaba técnicamente el testamento-documento, sino que probaba con fe pública –publicaba– el acto o negocio testamentario válido, que había sobrevivido a la nulidad de la escritura.

El Código Civil introdujo una reforma esencial respecto a la naturaleza del testamento abierto. El testamento abierto ante notario deja con el Código de ser un testamento nuncupativo, para ser un testamento escrito; no se celebra oralmente, sino por escrito, en la escritura pública de testamento, y si en su otorgamiento no se hubiesen observado las formalidades exigidas por el Código –y la primera de ellas es la escritura– "será nulo el testamento" como dispone el artículo 687; no solamente la "escritura" de testamento, sino el testamento; la escritura es, pues, de esencia del testamento; el testamento del Código es escrito e *in scriptis*; por ello en el Código Civil –art. 687– la nulidad del documento produce la nulidad del negocio testamentario.

3. Defectos no invalidantes

Esta nulidad es una nulidad radical, por infracción de las normas imperativas que regulan las solemnidades del testamento abierto. El artículo 687 viene así a constituir una aplicación de la norma general del artículo 6.º, 3: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las pro-

(4) CASTILLO, Diego del: "*testamentum factum cum scriptura coram tabellione, ad hoc tantum ut probetur fuisse factum, dicitur nuncupativum... Ex quo sequitur, quod si notarius in scriptura testamenti nuncupativi aliqua omisit apponere, non vitatur propterea testamentum, quia ibi scriptura non est de substantia testamenti, sed fit ad solam probationem*"; "Las leyes de Toro glosadas...", Methymnae Campi, 1553, fol. 31r.

(5) GÓMEZ, Antonio: El testamento nuncupativo "*requeritur publicatio post mortem testatoris, ... et hoc est verum et procedit quando testamentum nuncupativum fit coram solis testibus, vel in aliqua scriptura privata; secus vero si fiat in scriptura publica coram tabellione; quia tunc sola scriptura probat absque aliqua publicatione et depositione testium*"; "*Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*", Venetiis, MDCCLIX, Ley 3.ª, número 46.

hbitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Ambos preceptos, el 687 y el 6.º,3, según confirman la doctrina y la jurisprudencia, consagran, en efecto, una nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, por infracción de Ley imperativa.

Pero el artículo 687, aunque permanece inalterado en su redacción originaria, necesariamente ha venido afectado por la modificación que en la norma general introdujo la reforma de 1974 del Título Preliminar del Código, dándole la redacción y numeración antes indicadas; su precedente es el originario artículo 4.1, que disponía: “Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez”. El nuevo artículo 6.º,3 supone pues una suavización del anterior artículo 4.1 –aunque añada que la nulidad es de pleno derecho, de lo que con anterioridad nadie dudaba–, porque la exclusión de la nulidad ya no precisa ser textual, “salvo los casos en que la misma ley ordene su validez”, sino que basta con “que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Uno de esos efectos distintos es evidentemente la conversión formal del negocio nulo por defecto de forma que en las escrituras entre vivos establece el artículo 1.223 CC. También en materia testamentaria, el testamento notarial cerrado nulo se convierte en testamento ológrafo “si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento” (CC, art. 715); y con los mismos requisitos, especialmente la autografía, se convierte en testamento ológrafo el testamento abierto nulo que un notario hubiese otorgado “por mí y ante mí”; y aunque sea discutido, también puede en algunos casos existir conversión del testamento abierto notarial nulo en testamento oral o nuncupativo en peligro inminente de muerte, siempre que concurren, claro es, los requisitos que para éste exige el 700 del CC.

Antes de la reforma de 1976 la jurisprudencia había llegado a posiciones muy razonables en tema de nulidad, que había recogido en materia de contratos la STS 27.2.1964 y que vigente el nuevo texto aplica a los testamentos la STS 28.7.1986 (6); el Código, según ambas sentencias, “se limita a formular un principio de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica, como resorte para dar impulso a la casación, sin que deba ser interpretado con criterio rígido, sino como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible”; y que por tanto, cuando se trata

(6) STS 28.7.1986, Colección Legislativa, número 498; se pedía la nulidad de un testamento por infracción de la Ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra en aplicación de su artículo 19.1 –“son nulas las declaraciones de voluntad... y todas aquellas que estén prohibidas por la ley”–, que viene a coincidir con el Código.

de “actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez”, “es donde el juzgador ha de extremar su prudencia, en uso de una facultad, hasta cierto punto discrecional, analizando para ello: la índole y finalidad del precepto legal contrariado, y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, y sancionándole con la nulidad, si median trascendentes razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley” (FD núm. 2); y la sentencia de 1986 añade que tales consideraciones “hacen que la declaración de voluntad... haya de estimarse válida, al no mediar trascendentes razones que la patenticen como contraria a la moral, la ley o el orden público, y sí, por el contrario, se infringirían las más elementales normas de equidad acogiendo la pretensión de nulidad de quien aceptó por actos propios de inequívoco significado la validez del repetido testamento y recibió como consecuencia de tal aceptación los bienes que en su clausulado se le atribuían” (FD núm. 4).

Ha establecido así la jurisprudencia del Tribunal Supremo un criterio flexible, aplicable a la declaración de nulidad del testamento abierto por defectos formales, distinguiéndolos de aquellas formalidades o defectos no invalidantes, meras irregularidades documentales que, en el caso de los testamentos notariales, pueden dar lugar a la responsabilidad disciplinaria del notario, pero no a nulidad del testamento; y no teniendo sólo en cuenta la naturaleza del defecto considerado en sí mismo, aisladamente, sino las circunstancias todas del caso concreto.

No basta, por tanto, con atenerse a la letra de una ley imperativa o prohibitiva para declarar la nulidad de un acto o negocio jurídico –en nuestro caso de un testamento– ni con determinar los defectos que deben ser o no ser invalidantes según su importancia abstracta; hay que averiguar el sentido del mandato o de la prohibición de la norma y los efectos que ésta ha querido rechazar con la sanción de nulidad; y hay que examinar todo ello en relación con el concreto supuesto de hecho de que se trate, puesto que los hechos son el principal reactivo de la norma.

No me parece ya posible sostener, por ejemplo, la nulidad de un testamento por falta de expresión del juicio positivo del notario sobre la capacidad del testador, como hizo la STS 18.11.1915: “... aunque en este caso admite la sentencia [de instancia] que no existen méritos para negar capacidad mental a la causante, (ya que) no cumplió el Notario las demás formalidades expresadas, que vician de nulo el testamento...”; aunque el criterio permanezca en la STS 25.6.1990, que frente a las SS del Juzgado y de la Audiencia desestimando la acción de nulidad de un testamento

abierto, el TS lo declara nulo: “tiene especial significado, que no siendo la cobertura de la pretensión de nulidad la de que el testador del testamento de 15.3.1983 carecía de capacidad legal para otorgarlo, sino, puntual y cabalmente, que dicho testamento debía ser nulo por haberse infringido o no observado las formalidades legales, entre las que, sin duda, está la mención sobre capacidad legal omitida, es evidente que todo ello conlleva a que con la acogida del motivo en su denuncia final, habrá de estimarse igualmente el recurso, con los efectos derivados, declarando la nulidad de ese testamento por infracción de lo dispuesto en el repetido artículo 695 *in fine* del CC” [hoy 696, que omite el “siempre” del texto anterior]. Ni tampoco declarar nulo un testamento por no consignar la hora del otorgamiento, como hizo la STS 21.6.1986, cuando en ese día el testador no había otorgado ningún otro; caso por cierto en que el Código de Sucesiones de Cataluña considera válido el testamento (art. 125.1).

No seguiré con estos problemas, a pesar de su evidente interés, porque el presente estudio no se refiere a la determinación flexible de los supuestos de nulidad, sino a la flexibilidad en la aplicación de la sanción de nulidad en los casos de testamentos realmente nulos. Baste dejar constancia de que, a pesar de su validez, podrán también aplicárseles los procedimientos subsanatorios cuando la entidad de los efectos que su irregularidad impida así lo aconseje.

4. Los caracteres de la nulidad absoluta

Según concepción tradicionalmente generalizada, la nulidad propiamente dicha, a diferencia de la anulabilidad, obra por sí misma, *ipso iure*, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; puede ser reclamada, mediante acción o excepción, por cualquier persona, no sólo por los directamente afectados, y ser declarada de oficio por el juez; es definitiva o perpetua, puesto que no puede ser objeto de confirmación (CC art. 1.310) ni de prescripción conforme a la antigua regla de derecho del Digesto: “*Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*” (D, 50.17.29, PAULO, libro VIII Ad Sabinum). Pero no son siempre éstas las características de la nulidad del artículo 687 del Código Civil.

Esta acción de nulidad no es pública; sólo puede ser ejercitada, según doctrina y jurisprudencia unánimes, por las personas que tienen en ello interés legítimo; sólo tienen derecho a *impugnar* un acto de última voluntad, dice el párrafo 2.080, ap. 1, del Código Civil alemán, aquellos a quienes su supresión beneficia de una manera inmediata.

Y en consecuencia no puede ser aplicada de oficio por el juez. Sin em-

bargo, esta declaración de oficio de la nulidad tuvo efectivamente lugar en aquella STS 21.6.1986, ya que la nulidad del testamento por falta de expresión de la hora sólo se había pedido por el impugnante en el acto de la vista del recurso de apelación; la sentencia, sin tener en cuenta la posibilidad de que la omisión de la hora estuviera en la copia y no en la matriz, afirma que no constituye cuestión nueva, y que la parte defensora de la validez del testamento nunca hubiera podido redargüirla por probanza de ningún tipo. Tenemos, pues, una sola sentencia, que en un Fundamento de Derecho acepta la cita de otras dos sentencias hecha por la recurrente, las de 27.5.1949 y 29.10.1949; estas dos sentencias efectivamente aplican de oficio la nulidad, pero no contemplan defectos formales, sino la infracción de normas imperativas, aparte de referirse a actos entre vivos y no a testamentos: la de 27.5.1949 a una venta por precio superior a la tasa entonces existente para la venta de camiones y la de 29.10.1949 a una prohibición de enajenar más allá del segundo grado. Se trata, pues, en ambos casos de nulidad por quebrantamiento de normas de Derecho necesario, que se imponen a la voluntad de las partes sin que éstas puedan convalidar los actos realizados *contra legem*, y que efectivamente ha de ser declarada de oficio por el juez. La cita no era, pues, acertada para las nulidades meramente formales, pero tiene una utilidad, pues ayuda a separar las nulidades insubsanables de las subsanables; porque la nulidad radical, especialmente en materia sucesoria, no es una figura homogénea, como pretenden las construcciones dogmáticas.

Más importancia tiene para nuestro caso el carácter perpetuo, o si se prefiere, indefinido, de la nulidad, que llevaría a lo que en términos generales podemos llamar insubsanabilidad de la nulidad. Suele alegarse a favor de esta imposibilidad de subsanación la misma citada STS de 21.6.1986 –la de nulidad del testamento por falta de expresión de la hora–, al declarar que “para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil”; y que la “inobservancia de formalidades determina conforme el artículo 687 del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria; así lo tiene dicho esta Sala en sus sentencias de 28.10.1965, 27.9.1968 y 8.3.1975, que declaran que «el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible *sin que quepa la convalidación posterior*»”. Si se lee con calma, este Fundamento de Derecho solamente declara la nulidad del testamento por falta de forma, lo que en tesis general es de todo punto evidente; y luego, sin hacerlo suyo, atribuye a las tres sentencias que cita el corolario de la imposibilidad de convalidación, sobre la que no habían versado ni el pleito resuelto por la sentencia de 1986 ni el que lo fue por

la citada sentencia de 1968; y de la que para nada hablan las otras dos sentencias que se citan (las de 1965 y 1975): dos citas erróneas y otras dos con meros *obiter dictum* (7).

5. La actuación de los herederos

La actuación de los herederos puede impedirles, sin embargo, el posterior ejercicio de la acción de nulidad, a pesar de su condición de verdaderos interesados.

En efecto, según la STS 26.11.1901 tampoco puede ejercitar la acción de nulidad “aquel que ha prestado su conformidad al mismo testamento cuya nulidad solicita, al recibir la parte de la herencia o los legados que por el mismo le correspondían, conviniendo y pactando con ello sobre su validez” (8), ni “quien ha prestado o trae causa del que prestó su conformidad” (STS 28.2.1906). En el mismo sentido se produce la STS 14.6.1963, ya que los recurrentes, “al aceptar por acto propio y solemne la herencia, aceptaron también el testamento” que declararon conocer, “y al subsistir la aceptación queda vigente un acto propio que les veda impugnar el testamento” (9). La citada STS 24.10.1963 parece confirmar esta doctrina, aunque no la aplique en el caso concreto porque el reconocimiento de la eficacia del testamento por el recurrente “no ha sido suficientemente pro-

(7) Las STS 28.10.1965 (Aranzadi, 1447) y 8.3.1975 (Aranzadi, 986) no mencionan para nada la imposibilidad de convalidación. La STS 27.9.1968 (Aranzadi, 5163, Considerando 3.º) se refiere a los requisitos “cuya inobservancia provoca su nulidad absoluta, sin posibilidad de ulterior convalidación” como mera frase introductoria, que toma de la STS 24.10.1963 citada *infra* nota 9.

La STS 21.6.1986, tan repetidamente citada en el texto, puede consultarse, además de en Aranzadi, número 4621, en la Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, 1986, número 403, cuya rúbrica la data equivocadamente en el mes de abril de los indicados día y año.

(8) STS 26.11.1901: “no puede invocar en casación como infringidas las disposiciones legales referentes a solemnidades testamentarias aquel que ha prestado su conformidad al mismo testamento cuya nulidad solicita, al recibir la parte de la herencia o los legados que por el mismo le correspondían, conviniendo y pactando con ello sobre su validez” (RODRÍGUEZ NAVARRO, II, pp. 2154-55).

(9) STS 14.6.1963; rechaza la nulidad del testamento, pedida por causas que afectaban a la capacidad de la testadora y a la captación de su voluntad por los herederos demandados: “causas que no podían, caso de existir, ser desconocidas por los recurrentes en cuya casa habitaba la testadora; no puede ofrecer la menor duda que al no haber probado nada en contrario subsiste la presunción lógica de que al momento de aceptar la herencia con expresa declaración de que conocían el testamento, ni existió error en sus manifestaciones ni podían desconocer las causas de impugnación que ahora alegan, y al aceptar por acto propio y solemne la herencia, aceptaron también el testamento... y al subsistir la aceptación queda vigente su acto propio que les veda impugnar el testamento” (Aranzadi, 3059, C. 1.º).

bado” en la instancia (10). Y la STS 28.7.1986, también citada, insiste en los “actos propios”, al considerar “totalmente ajustada a derecho la aplicación por la sentencia recurrida de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos” (FD 5) (11).

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado sostuvo la misma doctrina desde sus primeros años. La R. 25.2.1865, aplicando el Derecho catalán, declaró inscribible, a pesar de los defectos del testamento, la “escritura de convenio otorgada por todos los interesados a quienes se hubiera deferido la sucesión intestada” (12). Y la R. 16.4.1888, ya en Derecho común, admitió la inscripción de una partición basada en un testamento carente de fecha por “la absoluta conformidad de todos los interesados” (13).

Bajo la vigencia del CC, la Dirección General mantiene la misma doctrina. La R. 26.9.1904 declaró “que los Registradores de la Propiedad no pueden rechazar un testamento contra la voluntad de los que pueden acatarlo como válido, a no ser que el vicio que lo invalide constituya delito perseguible de oficio” (14). La R. de 2.8.1913 que “los actos de última voluntad... si bien pueden ser declarados nulos, cuando en su otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivas, no presentan, por regla general, causas que necesariamente los invaliden y provoquen, sin previa decisión de los Tribunales de Justicia, una negativa de inscripción en los Registros de la Propiedad por defecto insubsanable”, especialmen-

(10) STS 24.10.1963; declara nulo un testamento por incapacidad de uno de los testigos, cuñado de la instituida heredera: “también perece el segundo motivo, que denuncia la infracción, por no aplicación, de las sentencias de 26.11.1901 y 28.2.1906, en cuanto se afirma a su amparo, que las formas que invalidan los testamentos no producen necesariamente su nulidad, pues los interesados, únicos a quienes corresponde promover cuestiones acerca de la validez, pueden aceptarlos o respetarlos, y cumplirlos; desconociéndose por la recurrente que la Sala de instancia manifiesta que el reconocimiento de la eficacia del testamento «no ha sido suficientemente probado»” (*Aranzadi*, 4157, C. 4.º).

(11) STS 28.7.1986; conf. *supra* nota 6 y su texto.

(12) Resolución 25.2.1865; ese convenio, añade, “produce los mismos derechos y obligaciones que una ejecutoria”; el padre no llegó a firmar el testamento, pero declaró poco antes de morir al Ecónomo de Sarriá que quería se cumpliera en todas sus partes.

(13) R. 16.4.1888. Testamento mancomunado carente de fecha otorgado con anterioridad al CC por marido y mujer; admite la inscripción de la partición porque aparte de demostrarse cuál había sido la fecha del testamento, “hay otra razón que abona la inscripción del testamento y es la de que el peligro de suplantación o fraude a que pudiera dar lugar la falta de fecha no existe en el caso presente, acreditándolo así: la absoluta conformidad de todos los interesados...; el reconocer como válido el testamento uno de sus autores, aún vivo...”.

(14) R. 26.9.1904; en el testamento faltaba la expresión de la hora; la Dirección se funda en que “son de índole tan especial las causas que pueden traer aparejada la nulidad de un testamento que, por regla general, no puede decirse *a priori* que éste es nulo, ya que aun de existir defectos que entrañan la nulidad, pueden perder tal virtualidad si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si le adornaran todos los requisitos legales”.

te “los casos en que por acuerdo o conveniencia de los interesados adquiriese todo su vigor la disposición testamentaria” (15). Y la R. 10.12.1913 insiste: “Considerando que esta Dirección tiene declarado en diferentes Resoluciones, y especialmente en la de 26 de septiembre de 1904, que solamente a los interesados cumple suscitar cuestiones acerca de la validez de los testamentos, salvo en los casos de delito, por ser de índole tan especial las causas de nulidad de los mismos, que por regla general no puede afirmarse ésta *a priori* ya que, aun de existir defectos que puedan producirla, pueden perder tal virtualidad si dichos interesados aceptan la disposición testamentaria o convienen en respetarla cual si contuviera todos los requisitos legales” (16).

Esta antigua doctrina jurisprudencial no es privativa de nuestro Derecho. La inició, quizá, el Código de Napoleón, que en su artículo 1.340 dispone: “La confirmación o ratificación, o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o causahabientes del donante, después de su fallecimiento, implica su renuncia a oponer los vicios de forma o cualquier otra excepción” (17). El Código Civil italiano de 1865, después de sentar en el artículo 1.310 la regla ortodoxa —“No se pueden sanar con ningún acto confirmativo los vicios de un acto nulo en absoluto por falta de formalidades”—, recoge en el artículo 1.311 aquella excepción, que amplía a las disposiciones testamentarias, como ya habían hecho la doctrina y la jurisprudencia francesas: “La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o causahabientes del donante o testador después de la muerte de él, incluye su renuncia a oponer los vicios de las formas y cualquiera otra

(15) R. 2.8.1913; el notario identificaba al testador, que le era desconocido, mediante dos testigos de conocimiento que él mismo conocía, pero sin hacer constar que eran también conocidos de los testigos instrumentales, como exigía el antiguo artículo 685: “y sean conocidos el mismo Notario y de los testigos instrumentales”. La Dirección añade a lo que se dice en el texto “que tal doctrina, sentada en repetidas Resoluciones de este Centro, sin prejuzgar las discutidas cuestiones de nulidad de los actos jurídicos, ni el valor de la redacción prohibitiva o imperativa de la ley en su relación con la forma y requisitos de los testamentos, tiende sobre todo a colocar fuera de la calificación hipotecaria los casos en que por acuerdo o conveniencia de los interesados adquiriese todo su vigor la disposición testamentaria, y aquellos en que debe tenerse en cuenta la índole de las formalidades exigidas para determinar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual deben considerarse cumplidas, conforme a la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1909”.

(16) R. 10.12.1913; se trataba de un testamento verbal, otorgado en Cataluña ante la esposa e hijos del testador y dos testigos, averdado conforme a la LEC; el registrador decía en su nota denegatoria que parecía “un convenio celebrado entre los interesados para repartirse la herencia”; la Dirección admite la inscripción.

(17) *Code*, artículo 1.340: “La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d’une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit tout autre exception”.

excepción". Y el vigente Código Civil italiano de 1942 en su artículo 590, bajo la rúbrica de "Confirmación y ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias nulas" —dejando su paralela aplicación a las donaciones para el capítulo correspondiente (18)—, dispone: "La nulidad de la disposición testamentaria, cualquiera que sea la causa de que dependa, no puede ser hecha valer por quien, conociendo la causa de la nulidad ha confirmado la disposición o la ha dado voluntaria ejecución después de la muerte del testador" (19). El nuevo texto aclara por tanto que sus disposiciones tendrán valor "cualquiera que sea la causa de que dependa", de acuerdo con la doctrina anteriormente dominante que según AZZARITI "reconocía que la norma debiese valer para cualquier impugnación, contemplando por ello no sólo los elementos extrínsecos del acto, sino también los intrínsecos y sustanciales del mismo" (20).

La doctrina ha señalado con energía la contradicción de estas normas, y de aquella jurisprudencia española, con los principios de la nulidad absoluta; quizá nadie lo haya hecho con el vigor de AVERANI, aunque sus palabras parecen referirse más a la inexistencia que a la nulidad absoluta: "lo que nunca fue, lo que desde su origen fue nulo, no puede convaler; el enfermo puede convaler, el muerto puede revivir, pero el que nunca ha nacido ni puede convaler ni puede revivir" (21). "Corresponde, en efecto, al rigor de los principios —decía por ejemplo POLACCO— que la nada no se confirma ni se puede ejecutar, y que, por tanto, tratándose de un acto radicalmente nulo, no se puede hablar de confirmación, ratificación, ejecución, sino que, si se persiste en la idea de realizar aquel determinado negocio, se debe renovar desde sus fundamentos, en las formas prescritas *ad essentiam*" (22).

(18) Codice 1942, artículo 799: "*Conferma ed esecuzione volontaria di donazioni nulle. La nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della nullità, hanno, dopo la morte de lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione*".

(19) Codice 1942, artículo 590: "*Conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle. La nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa de la nullità ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione*".

(20) AZZARITI, Francesco; MARTÍNEZ, Giovanni; AZZARITI, Giovanni: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 4.ª ed., Padova, Cedam, 1963, p. 832; las palabras citadas en el texto, en p. 543.

(21) "*Quod nunquam fuit, quod statim nullius momenti fuit, convalere non potest. Aeger potest convalere, mortuus potest revivere, sed qui nunquam natus est, neque convalere potest, neque reviviscere*"; AVERANI fue profesor de Pisa, y vivió entre los siglos XVII y XVIII; tomo la cita de POLACCO, *loc. cit.* en la nota siguiente.

(22) POLACCO, Vittorio: *De las Sucesiones*, traducción por Santiago SENTÍS MELENDO de la 2.ª ed. italiana, al cuidado de Alfredo ASCOLI y Evelina POLACCO; Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Ed., Buenos Aires, 1950, I, p. 653; las palabras citadas, en p. 613.

Ante este choque frontal con los principios, especialmente con el carácter definitivo de la nulidad absoluta, quienes quieren mantener a toda costa los principios tienen que negar que se trate de supuestos de nulidad absoluta, afirmando que son casos de anulabilidad. A ello parece haberse inclinado ya TRAVIESAS (23); lo defendió OSSORIO MORALES: "cuando se trata, pues, de nulidad del testamento por defectos de forma, parece obligado, en vista de esta clara doctrina, admitir que el supuesto es de anulabilidad" (24); y también PUIG PEÑA: "aunque una consideración dogmática del problema no ofrezca reparos de clase alguna [a favor de tesis de la nulidad *ipso iure*], la orientación de los Tribunales no va por ese camino, dado que en los casos que se han presentado a su consideración no se han aceptado las consecuencias que deberían ser indeclinables si se estimara la nulidad radical... Posiblemente debamos aplaudir esta tendencia, porque aunque la técnica en un sentido estricto y rigorista pueda resentirse, sin embargo, se gana mucho más desde el punto de vista de la política sucesoria" (25).

Otra dirección entiende, por el contrario, que no existe verdadera convalidación, sino simple prohibición de que los herederos vayan contra sus propios actos, según resulta expresamente entre nosotros del texto de algunas de las Sentencias y Resoluciones citadas. CICU: "no se puede ver en él una sanatoria de la nulidad formal del testamento", "privando de acción únicamente al que la ha realizado y sólo respecto a la disposición testamentaria que se haya realizado" (26). También PUIG BRUTAU: "No se trata, pues, de la fuerza vinculante de lo convenido, sino de que el demandado estaría en tal caso impedido por sus propios actos de solicitar dicha impugnación. Por ello, seguramente no hay que entender que el testamento queda convalidado, sino que la nulidad no podrá ser declarada precisamente a instancia de quien ha obrado aceptando plenamente su validez, de manera que admitir otra cosa sería tanto como permitir que los sujetos de derecho obraran de manera contradictoria cuando con sus actos producen consecuencias jurídicas" (27).

(23) MIGUEL TRAVIESAS, M.: *El testamento*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.a., p. 160; *conf. número* 10, pp. 137-39.

(24) OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 501; las palabras citadas, en pp. 476-77.

(25) PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil*, V, Sucesiones, volumen I, "Teoría General de las Sucesiones", 2.ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 647; las palabras citadas, en p. 147.

(26) CICU, Antonio: *El testamento*, traducción y notas al Derecho español por Manuel FAIRÉN MARTÍNEZ, ERDPR, Madrid, 1959, p. 367; las palabras citadas, en pp. 131-32.

(27) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen II, "El testamento. Su otorgamiento y contenido", Barcelona, Bosch, 1963, p. 514; especialmente en pp. 176-80; las palabras citadas, en p. 180.

Esta explicación basta, desde luego, para impedir el ejercicio aislado de la acción de nulidad del testamento por el heredero, o interesado, que ha aceptado con sus propios actos la validez del testamento; pero en el ámbito extrajudicial es insuficiente, según demuestran las Resoluciones de la Dirección General, que lógicamente exigen la actuación de todos los directamente interesados en la nulidad del testamento, que serían todos los beneficiados por el testamento anterior, no revocado por el posterior nulo o, en su defecto, los llamados a la sucesión intestada; y esto puede llevarnos incluso a una verdadera subsanación del testamento o a una situación semejante; como con alguna exageración reconoce CARIOTA FERRARA, “para tener convalidación segura, *todos los eventuales interesados* deberían confirmar el negocio” (28).

“¿Cómo armonizar estos encontrados criterios? No será ello posible —nos dice Federico DE CASTRO— si se postula como propio de la naturaleza de la nulidad el de que ella es insanable. Lo será, si admitiendo que la nulidad es normalmente definitiva, se reconoce la posibilidad y el hecho de que el Derecho positivo puede crear y crea figuras en las que la nulidad se hace desaparecer, convalidándose el negocio” (29). Esta posibilidad de subsanación, que es la que nos interesaba demostrar, no impide que en la realidad jurídica puedan utilizarse caminos distintos para conseguir resultados semejantes, como el de los actos propios que quedó indicado, la renuncia a la acción de impugnación, o la aceptación expresa o tácita de la herencia por los herederos que, ya dueños de los bienes hereditarios, pueden celebrar los convenios que deseen, entre sí o con los favorecidos por el testamento nulo, con lo que resulta corregida la ineficacia de la nulidad del testamento; en tales casos puede también hablarse, en sentido amplio, de una subsanación.

6. La laguna legal

La subsanabilidad de los defectos formales del testamento notarial abierto presenta en la práctica, sin embargo, otra gran dificultad: su desconocimiento por nuestro Derecho positivo, que solamente regula tal subsanación respecto de los instrumentos públicos entre vivos. En este sen-

(28) CARIOTA FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, p. 617; las palabras citadas, en p. 281.

(29) CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 550; las palabras citadas, en p. 485. Véase también VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva Dinámica*; Civitas, Madrid, 1984, números 89-92.

tido se produce la norma fundamental en la materia, Ley de 1 de abril de 1939, artículo 3.º: “Los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter-vivos podrán subsanarse...”; la sigue el Reglamento Notarial, artículo 153 (RD 1209/1984, de 8 junio): “Los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados...”; y con la misma concreción se produce, al tratar de la subsanación de la falta de expresión de la fe de conocimiento, el artículo 189.2 del Reglamento: “... no tratándose de testamentos...”; según su misma literalidad, estos textos no parecen aplicables a la subsanación de defectos de forma en los testamentos y demás actos de última voluntad. Pero en manera alguna ello implica que los defectos formales de los testamentos sean insubsanables, sino solamente que tales preceptos no se consideran competentes para regular su subsanación, sin duda por pensar que dentro del ámbito fijado en el artículo 29 de la Ley del Notariado los testamentos se rigen, en el Derecho común, por el Código Civil.

Este artículo 29 de la Ley del Notariado, en efecto, dice: “Lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos, y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la ley o leyes especiales del caso”. La R. 12.2.1901 declaró en consecuencia que no procedía aplicar el artículo 23 de la Ley del Notariado, regulador de la fe de conocimiento, al testamento que servía de base a una partición de herencia “porque este precepto, por referirse a la forma de los instrumentos públicos, no es aplicable a los actos de última voluntad, conforme a la terminante prescripción contenida en el artículo 29 de la propia Ley”. El Reglamento Notarial, por su parte, interpreta, o completa, este artículo 29 de la Ley en su artículo 143.2: “Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos”; la legislación notarial solamente puede, pues, concurrir con la legislación civil, incluso la anterior, “acoplando” a ella sus preceptos, como “norma supletoria”, aunque no estuviera dispuesto “diversamente” en el Código Civil ni fuesen “contrarias” al mismo, como exigen las leyes notariales italianas (30).

La dualidad normativa entre negocios entre vivos y por causa de muerte siempre había producido problemas; conflictos positivos, de concurren-

(30) Primera Ley unitaria, de 25.7.1875 y 25.5.1879, artículo 51; Ley vigente, de 16.2.1913, artículo 60.

cia de normas, y conflictos negativos, de ausencia de regulación en uno y en otro bloque normativo, esto es, problemas de laguna de Ley.

En el Derecho anterior al Código, y respecto a los conflictos positivos, se había discutido durante siglos si los requisitos formales de los testamentos notariales se regían exclusivamente por la Ley civil (Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro y Recopilaciones) o si les serían también aplicables los nuevos requisitos formales introducidos para los instrumentos públicos por la Pragmática de Alcalá, que a través de la Nueva habían pasado a la Novísima Recopilación; porque al referirse los textos legales que los exigían al “contrato o escritura”, parecían comprender solamente los instrumentos entre vivos. El artículo 29 de la Ley pretendió, en mi opinión, además de resolver estas dudas históricas, mantener la vigencia de determinadas normas civiles sobre los requisitos formales de los testamentos notariales que, en otro caso, habrían quedado derogados por ella como Ley posterior; y concretar además los aspectos del testamento-documento, que serían regulados por el Derecho civil, estableciendo así para el futuro el ámbito competencial de la Ley civil y de la Ley del Notariado respecto de los testamentos notariales.

Pero era una pretensión imposible; la Ley del Notariado no podía fijar el ámbito de competencia de la normativa civil sobre los testamentos, sino solamente delimitar su propia competencia –salvo lo que el legislador pudiera disponer ulteriormente–, en el sentido de que toda futura legislación notarial sobre los instrumentos públicos no afectaría a los aspectos que el artículo 29 reservaba a la normativa civil sobre los actos de última voluntad. Sin embargo, y en dirección contraria, la legislación civil posterior a la Ley del Notariado –como la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, modificando, entre otros, los arts. 694/699 del CC– puede rebasar perfectamente los límites que el artículo 29 de la Ley del Notariado la reserva; si la Ley del Notariado hubiera pretendido blindarse en alguna manera frente a una futura ley civil, tendría que haber reclamado para sí el carácter de ley especial, precisamente lo contrario de lo que ha hecho; aunque tampoco pueda deducirse *a contrario sensu* que el artículo 29 considere a la legislación notarial, y por tanto a sí mismo, como ley general, porque histórica y sistemáticamente tan leyes generales son el Código Civil respecto de todos los testamentos, incluidos los notariales, como la Ley del Notariado en cuanto a todos los instrumentos públicos, incluidos los testamentos ante notario.

Pero el fallo del artículo 29 se produce sobre todo respecto a los conflictos negativos, que en vez de resolver, provoca; éste es precisamente nuestro caso, en que ni la legislación civil ni la legislación notarial contienen normas aplicables a la subsanación de los defectos formales de los testa-

mentos, fenómeno que también se produce en otras ocasiones; nada menos, para poner otro ejemplo, que con la autorización notarial del testamento abierto –signo, firma y rúbrica del notario–, tema del que el artículo 29 excluye a la Ley Notarial por referirse a la “forma de los instrumentos”, y estar regulada en su artículo 19, uno de “los artículos que preceden” al 29, y que sin embargo se omite en el artículo 695 CC. A pesar de la doble omisión, no puede caber duda alguna de que el testamento abierto notarial requiere la autorización del notario, imponiendo en el documento los elementos que la integran; esta segura conclusión no puede basarse en la aplicación del artículo 707.5.^a CC, por el cual la llamada acta del otorgamiento del testamento cerrado “la autorizará el Notario con su signo y firma”, porque en el Código no hay una doctrina general sobre los testamentos notariales, sino sobre los testamentos en general, que para nada comprende, como es lógico, la autorización del notario.

El artículo 29, además de crear estos conflictos negativos, dificulta su lógica resolución, que no puede ser otra que la aplicación de la legislación notarial, como respecto al Derecho italiano, presuponía CICU: “para mí la cuestión viene planteada en estos términos: puesto que la ley notarial puede y debe colmar las lagunas del Código Civil, ¿cuándo podrá decirse que existe laguna colmable por la ley notarial” (31); pero en nuestro Derecho común impiden *prima facie* esa aplicación de la Ley Notarial el artículo 3.º de la Ley de 1939, y en último extremo el artículo 29 de la Ley del Notariado.

7. La aplicación supletoria de la legislación notarial

El problema consiste, pues, en determinar el precepto legal que, superando el carácter reglamentario del artículo 143.2, permita la aplicación a los testamentos de las normas notariales sobre subsanación de defectos formales, con carácter principal o supletorio según los casos. Ese precepto no puede ser otro que el artículo 1.217 CC: “Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial”.

El artículo 1.217 implica que, por su naturaleza, la legislación notarial es legislación civil; acertadamente, puesto que la escritura pública es sustancialmente acto de autonomía privada a cuya perfección y eficacia sirve una actuación pública; el Código Civil es, pues, competente para regular los

(31) CICU, Antonio: “Sull’art. 60 della legge notarile”, recogido en el volumen segundo, pp. 119-30, de los *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano, Giuffré, 1965; las palabras citadas, en p. 122.

documentos públicos, ya que en otro caso no podría contener el artículo 1.217, y puede hacerlo estableciendo directamente toda su regulación, como el proyecto de Código Civil de 1836 y algunas legislaciones extranjeras, o por vía de remisión a la legislación notarial, sistema elegido en principio por el artículo 1.217. No se distinguen en esta remisión del artículo 1.217 los actos entre vivos y los actos por causa de muerte; todos ellos, saltando por encima del artículo 29 de la Ley del Notariado, se registrarán, en cuanto documentos públicos, por la legislación notarial; también en los supuestos excepcionales en que el Código ha dictado sus propias reglas. Este sistema mixto es precisamente el que rige los testamentos notariales; en él prima la legislación civil y sólo como supletoria de ella resulta aplicable la legislación notarial; entiéndase bien: no solamente la Ley del Notariado y su Reglamento, sino toda la legislación notarial, incluida la que se encuentra fuera de estos textos fundamentales. En nuestro caso, salvo en aquellos puntos en que las normas del Código lo impidan, resulta, pues, aplicable a los testamentos notariales la Ley de 1939 sobre subsanación de defectos formales, con sus apoyos reglamentarios, su jurisprudencia y su doctrina; su carácter de legislación notarial no puede negarse por el hecho de que no fuera incluida en la Ley del Notariado.

Desde otro punto de vista más general, no existe razón alguna que imponga un sistema opuesto respecto de la subsanabilidad de sus defectos formales, permisivo en los actos *inter vivos* y prohibitivo para los testamentos. Es más, en el Derecho anterior al Código eran precisamente los testamentos donde como vimos el carácter probatorio de la escritura de testamento llegaba a resultados en cierto modo homologables a una subsanación, mientras que el capítulo I de la Pragmática de Alcalá (Nueva Recopilación, 4.25.13; Novísima Recopilación, 10.23.1) sancionaba con nulidad absoluta la infracción de las solemnidades que establecía (redacción extensa en el protocolo, data, lectura, salvado de enmiendas, firma): “so pena que la escritura que de otra manera se diere sygnada sea en sy ninguna, e el escrivano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynabile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse”; no interesan ahora las sanciones contra el escribano infractor –pérdida del oficio e inhabilitación perpetua más, en su caso, la responsabilidad civil–, pero sí retener su incidencia sobre la escritura, “sea en sí ninguna”, palabras que incluso parecen apuntar más a la inexistencia que a la nulidad absoluta. Los criterios contrarios se fueron, sin embargo, abriendo paso lentamente en los trabajos de SALÓN DE PAZ (32) y de Juan GU-

(32) (SALÓN DE PAZ): “Doctoris Burguensis Marci Salon de Pace *ad leges Taurinae insignes comentarii*...”, Pinciae, MDLXVIII, números 1282 a 1285.

TÍERREZ (33), sobre la fe de conocimiento exigida sin tal cláusula irritante por el capítulo II de la Pragmática (Nueva Recopilación, 4.25.14; Novísima Recopilación, 10.23.2); y hay que esperar a los tiempos de nuestra Codificación civil para que, por influencia del artículo 1.318 del Código de Napoleón, y posiblemente de la mano de ESCRICHE (34), se difunda entre nosotros la doctrina de que la nulidad formal del instrumento entre vivos no acarrea la nulidad del negocio documentado, sino que en virtud de la llamada conversión formal que llegaría al artículo 1.223 del CC la escritura defectuosa por falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado si estuviera firmada por los otorgantes; lo que evidencia que no son definitivos los efectos de su nulidad y abre paso a la posibilidad de la subsanación.

Mejor dicho, parece haber una diferencia importante, la unidad de acto sustancial, exigida para los testamentos en el artículo 699 del Código, mientras que las diversas declaraciones que constituyen el negocio jurídico *inter vivos* pueden realizarse en distintas escrituras públicas. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que cada una de estas declaraciones está sujeta a la unidad de acto formal, al “sentido esencial o nuclear de la unidad de acto” que dijo la Resolución de 18.3.1986, cuyo ámbito, la prestación del consentimiento ante notario, coincide con los requisitos de fondo del testamento que, como vamos a ver, son insubsanables. En virtud del artículo 699, en los testamentos existe un requisito formal más, la unidad de acto; pero este requisito no influye en la subsanabilidad o insubsanabilidad de los demás requisitos, comunes a los actos *inter vivos* y *mortis causa*.

8. Los defectos subsanables y su subsanación

La posibilidad de subsanación de algunas de las nulidades formales del testamento abierto, que creemos haber demostrado, hace que tales nulidades queden automáticamente clasificadas en insubsanables y subsanables (35). El régimen legal está fundamentalmente constituido, según hemos creído demostrar, por el artículo 3.º de la Ley de 1.4.1939 y por el

(33) GUTIÉRREZ, Juan: “*Practicarum Quaestionum Civilium* super quinque prioribus libris primae partis Legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae”, *Opera Omnia*, Lugduni MDCCXXX, Quaestio CXLIV.

(34) ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz “Instrumento público”, IV (p. 892 de la ed. de París de 1860); ESCRICHE estuvo exiliado en Francia desde 1823 hasta la muerte de Fernando VII, y en París escribió su *Diccionario*.

(35) Pueden verse mayores detalles en mi trabajo, “La subsanación de defectos formales del testamento abierto”, pp. 773-824 de *Escritos jurídicos en memoria de Luis Rojas Montes*, II, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2007.

artículo 153 del Reglamento (redacción del RD 1209/1984, de 8 de junio). El precepto legal dispone: “Los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter-vivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, o a instancia de la parte que los hubiese originado, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto, su causa y la declaración que los subsana. Si por fallecimiento o por transcurso del tiempo fuera imposible hacer la subsanación, se podrá obtener por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente”. El Reglamento admite además la subsanación por el “sustituto o sucesor en el protocolo”; añade que “sólo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización”; y resume los elementos con que el notario puede contar: “Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso”.

Entre las nulidades formales *insubsanables* del testamento notarial abierto que tienen especial relevancia, destaquemos los siguientes tres diversos grupos:

a) Las formas abiertas de testamento notarial no admitidas por el Código Civil; especialmente el testamento notarial nuncupativo del Derecho anterior al Código, a pesar de que podría considerarse incluido en la vaga fórmula del artículo 679, y sin perjuicio de la posibilidad de conversión del testamento notarial abierto común en el testamento especial nuncupativo en inminente peligro de muerte.

b) Las que sancionan la infracción de normas imperativas o prohibitivas de carácter general, comunes a todos los testamentos, como aquellas que prohíben los testamentos mancomunados y por comisario (arts. 669 y 670).

c) Las que sancionan el quebrantamiento de los requisitos legales de fondo que constituyen el fundamento de los requisitos formales subsanables de que luego tratamos: la identidad y capacidad del testador y el otorgamiento del testamento; este último a su vez exige la concurrencia, en unidad de acto, del testador y del notario –y en su caso de los testigos y demás personas que deben intervenir–, la prestación del consentimiento del testador y la autorización del notario.

Las nulidades formales *subsanables* se vinculan generalmente a estos últimos requisitos de fondo, de los que a veces son expresión, como las

firmas, y a cuyo cumplimiento real dotan siempre de prueba documental pública; precisamente por ello se elevan en el artículo 695 CC a requisitos formales, bajo sanción de nulidad; pero al depender de los respectivos requisitos de fondo, el incumplimiento de estos requisitos meramente formales puede subsanarse si los correlativos requisitos de fondo se han cumplido.

De ello resulta la existencia de dos diferentes *clases* de subsanación; la subsanación de primer grado o en sentido estricto de la palabra, como la calificó la R. 12.2.1927 (36), que es la que afecta al defecto formal en sí, y la subsanación de segundo grado o en sentido amplio, que se refiere directamente al requisito de fondo subyacente. Ya BARTOLO distinguía si una determinada solemnidad fue observada pero no fue escrita en el testamento (“*fuit servata, sed non scripta*”), o bien si la solemnidad ni fue observada ni fue escrita en el mismo (“*solemnitas nec fuit servata nec scripta in testamento*”) (37). La subsanación de primer grado tiende a establecer que el requisito formal fue realmente cumplido, aunque no se consignara en el testamento; la subsanación de segundo grado parte de la base de que el requisito formal no fue observado en la realidad, pero trata de establecer que, a pesar de ello, el requisito de fondo sí fue realmente cumplido.

Son, por ejemplo, a mi parecer, nulidades subsanables:

a) La falta de constancia en el texto del testamento de los juicios positivos del notario sobre la identidad del testador (38) o sobre su capacidad (39), exigidas por el Código (art. 696) y omitidas en el testamento,

(36) R. 12.2.1927: “no es posible ni *legal* ni *administrativamente* intentar la subsanación del defecto en sentido estricto de la palabra, y el único medio de realizarlo, en sentido amplio, es el de poner en conocimiento de los interesados en el *documento defectuoso* el defecto o falta de que adolece, a fin de que puedan, si les conviniere, extender un nuevo documento en sustitución del defectuoso”.

(37) BARTOLO DE SASSOFERRATO, comentario a D, 50, 17, 92, *Si librarius*, en “*Super prima et secunda Digesti novi...*”, Lugduni, 1534, volumen 2.º, p. 169 v.

(38) STS 12.6.1926: “la fe de conocimiento del testador que exige el mencionado artículo del Código, no constituye un requisito esencial de forma que para la validez del testamento ha de concurrir en el mismo acto de otorgarse, ya que buscando con tal finalidad el garantizar la identidad del testador con el objeto de evitar posibles usurpaciones de estado civil, tal identidad queda asegurada si el juzgador adquiere la convicción de su existencia, sobre todo apareciendo esta convicción corroborada por la prueba practicada” (Considerando 3.º).

El Reglamento Notarial admite la subsanación para los documentos entre vivos: “Si no hubiera dado fe del conocimiento de los otorgantes en las formas prevenidas, podrá, no tratándose de testamentos, subsanar la falta por medio de acta, en la que el mismo Notario que autorizó la escritura dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento” (art. 189.2).

(39) La capacidad del testador goza siempre de una presunción *iuris tantum*, cualquiera que sea la forma testamentaria que haya utilizado, incluida la ológrafa (STS 25.3.1957, 10.4.1987,

lo que puede también ocurrir respecto de otros extremos –como la falta de constancia en el documento de la lectura, firma y dación de fe del notario, en unidad de acto–. Aquí aparecen claramente los dos grados o niveles de la subsanación:

El primero, cuando se subsana precisamente esa falta de expresión en el testamento-documento de tales juicios de identidad o de capacidad; es la subsanación en sentido estricto, porque elimina la nulidad formal, y solamente puede realizarse por el mismo notario que autorizó el testamento; norma correcta (RN, art. 153.1.2), porque sólo él puede conocer sus propios e inexpressados juicios al tiempo del otorgamiento del testamento, y sólo él realizó o presenció los hechos (lectura, unidad de acto, firma de los otorgantes, dación de fe) que tuvieron efectivamente lugar en el acto del otorgamiento, pero no fueron narrados en el testamento.

Pero cabe un segundo grado de subsanación cuando, aun no habiéndose cumplido el requisito de forma, se profundiza hasta el correspondiente requisito de fondo y se prueba, para seguir con los ejemplos empleados, la identidad del testador, o su capacidad al tiempo del otorgamiento del testamento; y entonces la subsanación podrá hacerse también mediante acta (LN, art. 17.1.8) por otro notario, especialmente el sustituto o sucesor del autorizante, o archivero de protocolos, que pueden utilizar directamente los datos resultantes del mismo protocolo; y también en acto de jurisdicción voluntaria o en juicio declarativo. Más que ante una propia subsanación del testamento-documento, que continúa inalterado, nos encontramos entonces ante una prueba extratestamentaria pública que completa el testamento y deja inoperante a la correspondiente nulidad formal.

b) Otros requisitos constituyen en sí mismos –con independencia de su narración por el notario– la expresión documental de los aspectos esenciales del acto del otorgamiento y autorización del testamento, como la firma de los otorgantes, expresión de su voluntad, y el signo, firma y rúbrica del notario, expresión de su autorización. Es un supuesto distinto del anterior, en que las firmas y los elementos de la autorización notarial estaban realmente en el documento pero no se decía que las habían puesto los otorgantes o el notario; ahora, en el papel no aparece la firma del testador o el signo, firma y rúbrica del notario. Pero estos no son los reales requisitos de fondo, sino solamente constituyen la expresión legal normal de los verdaderos requisitos de fondo, que son el consentimiento de los otorgantes o la autorización del notario. Por ello, la omisión de aquellos requisitos de índole formal puede ser susceptible de subsanación, es-

20.9.1980, 30.11.1991, etc.), y más en el testamento notarial, pues el notario hubiera tenido que denegar su autorización si estimara que el testador carece de capacidad (LN, art. 17 bis, y Ley 14/2000, de 29 de diciembre, art. 42.2.A.c.).

tricta o amplia, cuando éstos, los correspondientes requisitos de fondo, han sido realmente cumplidos; aunque se trate de la firma del testador (40) o del signo, firma y rúbrica del notario autorizante (41).

El mismo notario ante el cual se realizó el otorgamiento del testamento podrá subsanar en sentido estricto la omisión padecida, haciendo constar documentalmente que el testador prestó su consentimiento en dicho acto, o que él mismo lo autorizó, siendo involuntaria la falta de estos extremos en el testamento; y en el primer caso, de falta de la firma, aunque el testador no compareciera en la diligencia o acta subsanatoria, como generalmente ocurrirá por haber fallecido. El testamento en que se hayan padecido tales defectos podrá también ser completado, o subsanado en sentido amplio, por otro notario, o en acto de jurisdicción voluntaria, o en juicio declarativo, mediante la prueba de que los requisitos de fondo respectivos —el consentimiento del testador o la autorización del notario— fueron efectivamente cumplidos en el otorgamiento del testamento, y su omisión en el documento se debe solamente a una negligencia u otra causa involuntaria y no a la negativa del testador o del notario.

c) En los supuestos de nulidad por falta de expresión en el testamento de su fecha de otorgamiento (42) no hay requisito de fondo o, si se quiere, el requisito de fondo necesariamente tiene que existir puesto que todo hecho ocurre en tiempo determinado. La falta de consignación de la data en el testamento podrá también subsanarse mediante la decla-

(40) La falta de firma del testador puede ser también debida a un error; por ejemplo, en la autorización simultánea de los testamentos de unos cónyuges, en que cada uno firme equivocadamente el testamento del otro; la subsanación puede encontrar base en el mismo texto del Código, artículo 695: “y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz *para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo*”.

También puede darse la omisión de la firma en los documentos entre vivos, por ejemplo, cuando un mismo otorgante tiene que firmar varios documentos; este es el caso de la R. 14.3.2005 (Sistema Notarial), en que el vendedor firmó la escritura de venta y dejó sin firmar la escritura previa de segregación, “en que —como dice la citada Resolución— claramente por error o negligencia en el momento del otorgamiento (el recurrente no niega en ningún momento que estuviera presente en el acto del otorgamiento y que prestara el consentimiento al mismo, como por lo demás se deduce de la firma de la escritura siguiente) dejó de firmarse la escritura de segregación”.

(41) El carácter involuntario de la falta de autorización del notario puede fácilmente deducirse de los actos complementarios del mismo notario: incorporación al protocolo, índices, partes, copias, etc.

La R. 13.11.2003, dictada en consulta, se refiere a la omisión de autorización notarial en actas de protesto, subsanadas por el propio notario mediante acta notarial, cuando *desempeñaba otra notaría*.

(42) La subsanación de la falta de la data, o de su error, puede incluso resultar innecesaria si en el pie de expedición de la copia se hacen constar los datos protocolares y oficiales que prueban la fecha del instrumento. Pueden verse, respecto de los documentos entre vivos, las Rs. de 16.4.1888 y 30.5.1935.

ración documental pública del mismo notario autorizante, que estuvo presente en el otorgamiento (subsanción en sentido estricto), o completarse la prueba de su datación en acta notarial, acto de jurisdicción voluntaria o juicio contencioso (data indirecta; subsanción en sentido amplio). Sin necesidad de subsanción, la prueba pública podrá también reducirse a la consignación de sus datos esenciales por el notario autorizante de la copia en su pie de expedición.

**NOTAS SOBRE
LA LEY DE PRESUPUESTOS
GENERALES DEL ESTADO
(Ley 42/2006, de 28 de diciembre)
Y LA LEY DE MEDIDAS
TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS
DE LAS ILLES BALEARS
(Ley 25/2006, de 27 de diciembre) (*)**

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*

I. LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Un año más acudimos a nuestra cita con esta Ley que nos ameniza las fiestas navideñas. Y también, una vez más desde 2004, la Ley respeta la delimitación constitucional de su contenido (determinación de la previsión

(*) Circular número 12, de 13 de febrero de 2007, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

de ingresos y la autorización de gastos que pueden realizar el Estado y entes a él vinculados o de él dependientes; con la posibilidad de que se añada un contenido eventual, aunque estrictamente limitado a las materias o cuestiones que guarden relación con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gastos o los criterios de política económica general, que sean complemento necesario para la más fácil interpretación y más eficaz ejecución de los Presupuestos Generales y de la política económica del Gobierno) y el punto de vista de la técnica legislativa expuesto por el Consejo de Estado en su Memoria de 1999. Consecuencia de ello es que esta Ley vuelve a nacer sin su habitual acompañante, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Limitando estas notas a las Normas Tributarias y a aquellas disposiciones que consideramos de interés para el Notariado, nos atrevemos a destacar:

A) Normas Tributarias (tít. VI, arts. 60 a 78)

1. Impuestos directos.

a) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

Como señala la Exposición de Motivos, en el ámbito de este Impuesto, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas, se incluye la actualización de los coeficientes correctores del valor de adquisición al dos por ciento y también se establecen las disposiciones que permiten compensar la pérdida de beneficios fiscales que afectan a determinados contribuyentes con la vigente Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como son los arrendatarios y los adquirentes de vivienda habitual, respecto a las establecidas en la anterior Ley 18/1991, de 6 de junio.

Esta regulación la encontramos en:

Artículo 60. Coeficientes de actualización del valor de adquisición.

A efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2007, los coeficientes de actualización del valor de adquisición serán los siguientes:

Año de adquisición	Coefficiente
1994 y anteriores	1,2162
1995	1,2849
1996	1,2410
1997	1,2162
1998	1,1926
1999	1,1712
2000	1,1486
2001	1,1261
2002	1,1040
2003	1,0824
2004	1,0612
2005	1,0404
2006	1,0200
2007	1,0000

Cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994 será de aplicación el coeficiente 1,2849.

Tratándose de bienes inmuebles afectos a actividades económicas, los coeficientes aplicables para la actualización del valor de adquisición serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 61 de esta Ley, a los que nos referimos más adelante.

— *La disposición transitoria primera. Compensación fiscal a los arrendatarios de vivienda habitual en 2006.*

Los contribuyentes con deducción por alquiler de vivienda habitual en el IRPF en el año 1998, cuyos contratos de alquiler fueran anteriores al 24 de abril de dicho año y se mantengan en el ejercicio 2006, tendrán derecho a la deducción del 10 por 100 de las cantidades satisfechas en 2006 por alquiler de la vivienda habitual, con el límite de 601,01 euros anuales.

El importe de esta deducción se restará de la cuota líquida total del Impuesto, después de las deducciones por doble imposición a que se refieren los artículos 81 y 82 del texto refundido de la Ley del IRPF (deducción por doble imposición de dividendos y deducción por doble imposición internacional, respectivamente).

Tienen derecho a esta deducción los contribuyentes con deducción por alquiler de vivienda habitual en el IRPF en el año 1998 de anterior referencia, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la suma de las partes general y especial de la renta del período impositivo minorada en las reducciones por rendimiento del traba-

jo y por discapacidad de trabajadores activos reguladas, respectivamente, en el artículo 51 y en el apartado 3 del artículo 58 del texto refundido de la Ley de IRPF (RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo), no sea superior a 21.035,42 euros en tributación individual o 30.050,61 euros en tributación conjunta.

b) Que las cantidades satisfechas en 2006 en concepto de alquiler excedan del 10 por 100 de los rendimientos netos del contribuyente.

— *Y en la disposición transitoria segunda. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2006.*

Los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad al 4 de mayo de 1998 y puedan aplicar en 2006 la deducción por inversión en vivienda habitual prevista en el artículo 69.1 del texto refundido de la Ley IRPF, tendrán derecho a esta deducción, cuya cuantía será la diferencia positiva entre el importe del incentivo teórico que hubiera correspondido, de mantenerse la normativa vigente el 31 de diciembre de 1998 y la deducción por inversión en vivienda que proceda para 2006.

El incentivo teórico de referencia se obtendrá mediante la suma de las siguientes cantidades:

a) El resultado de aplicar el tipo medio de gravamen (que es de sumar los tipos medios, estatal y autonómico, a los que se refieren los arts. 64.2 y 75.2 del texto refundido) a la magnitud resultante de sumar los importes satisfechos en 2006 por intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición de la vivienda habitual, con el límite de 4.808,01 euros en tributación individual o 6.010,12 euros en tributación conjunta, y por la cuota y los recargos, salvo el de apremio, devengados por el IBI, menos la cuantía del rendimiento imputado que hubiera resultado de aplicar el artículo 34.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF (rendimiento de inmuebles no arrendados o subarrendados, que serán, excluido el suelo no edificable, la cantidad que resulta de aplicar al valor catastral el porcentaje del 2 por 100 con carácter general, y tratándose de inmuebles cuyos valores catastrales hubieran sido revisados de acuerdo con los artículos 70 y 71 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de las Haciendas Locales y hayan entrado en vigor el 1 de enero de 1994, el 1,10 por 100).

b) El resultado de aplicar el 15 por 1000 a las cantidades invertidas durante 2006 en la adquisición de la vivienda habitual que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69.1.2.º del texto refundido de la Ley IRPF, dan derecho a deducción por inversión en vivienda habitual, excluidos los intereses derivados de la financiación ajena. Las cantidades invertidas ten-

drán como límite el 30 por 100 del resultado de adicionar a las bases liquidables, general y especial, el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 41 (suma de mínimo personal de 3.400 euros anuales y el mínimo por descendientes) y las reducciones reguladas en los artículos 54 (por cuidado de hijos), 55 (por edad) y apartados 1 y 2 del artículo 58 (por discapacidad del contribuyente y por discapacidad de ascendientes o descendientes, respectivamente) del texto refundido de la Ley IRPF.

La cuantía de la deducción se restará a la cuota líquida total, después de las deducciones por doble imposición de los referenciados artículos 81 y 82 del repetido texto refundido.

b) *Impuesto sobre Sociedades.*

Las medidas incluidas son, según la Exposición de Motivos, al igual que en el IRPF, aquellas de vigencia anual. Se incluye, por tanto, la actualización de los coeficientes aplicables a los activos inmobiliarios, que permite corregir la depreciación monetaria en los supuestos de transmisión. Además, se recoge la forma de determinar los pagos fraccionados durante el ejercicio 2007.

A tal efecto se dispone:

— *Artículo 61. Coeficientes de corrección monetaria.* Con efectos para los períodos impositivos que se inicien durante el año 2007, los coeficientes previstos en el artículo 15.10.a) del texto refundido de la Ley de este Impuesto (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán:

	<u>Coeficiente</u>
Con anterioridad a 1 de enero de 1984	2,1286
En el ejercicio 1984	1,9328
1985	1,7850
1986	1,6804
1987	1,6009
1988	1,5294
1989	1,4627
1990	1,4054
1991	1,3574
1992	1,3273
1993	1,3100
1994	1,2863
1995	1,2349
1996	1,1761

	<u>Coefficiente</u>
1997	1,1498
1998	1,1349
1999	1,1270
2000	1,1213
2001	1,0983
2002	1,0850
2003	1,0667
2004	1,0564
2005	1,0424
2006	1,0220
2007	1,0000

— *Artículo 62. Pago fraccionado.* Respecto de los períodos impositivos que se inicien durante el año 2007, el porcentaje a que se refiere el apartado 4 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, será:

1) El 18 por 100 para la modalidad de pago fraccionado prevista en el apartado 2 del mismo, o sea, para los sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviese vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

2) Y para la modalidad prevista en el apartado 3 del propio artículo 45, es decir, el aplicable a los sujetos pasivos que hubieran optado, durante el mes de febrero del año natural en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural, el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

Estarán obligados a aplicar esta modalidad los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2007.

c) Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

En el artículo 63 se da nueva redacción, con efectos desde 1 de enero de 2007, a la letra j) del apartado 1 del artículo 14 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (RD Legislativo 5/2004, de 5 de marzo).

De acuerdo con esta nueva redacción se declaran rentas exentas: “Los dividendos y participaciones en beneficios a que se refiere el párrafo y)

del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, obtenidos, sin mediación de establecimiento permanente, por personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o en países o territorios en los que exista un efectivo intercambio de información tributaria de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, con el límite de 1.500 euros, que será aplicable sobre la totalidad de los rendimientos obtenidos durante el año natural”.

Los dividendos y beneficios a que se refiere el apartado y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, son los dividendos y beneficios comprendidos en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 25 de la propia Ley 35/2006, a saber: los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad y los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberales que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, faculden para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal. En todo caso es indiferente que los rendimientos sean dinerarios o en especie.

Establece, asimismo, el referenciado apartado y) el límite de 1.500 euros anuales y que la exención no se aplicará a los dividendos y beneficios distribuidos por las instituciones de inversión colectiva, ni a los procedentes de valores o participaciones adquiridas dentro de los dos meses anteriores a la fecha en que aquéllos se hubieran satisfecho cuando, con posterioridad a esta fecha, dentro del mismo plazo, se produzca una transmisión de valores homogéneos. En el caso de valores o participaciones no admitidas a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, el plazo será de un año.

Por lo que se refiere a los países o territorios en los que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el apartado 3 de la disposición transitoria primera de la Ley 36/2006, al que se remite la reformada letra j) del apartado 1 del artículo 14 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de no Residentes antes transcrito, considera como tales aquellos a los que resulte de aplicación: a) Un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente en los efectos de esta disposición; o b) Un acuerdo de intercambio de información tributaria, siem-

pre que en dichos acuerdos se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es suficiente a los efectos de esta disposición. Tralenguas del que no somos responsables, pues nos hemos limitado a transcribir la norma de que se trata.

d) *Impuesto sobre Bienes Inmuebles.*

Con efectos del 1 de enero de 2007, preceptúa el artículo 64, se actualizarán los valores catastrales de los bienes inmuebles mediante la aplicación del coeficiente 1,02; o lo que es lo mismo, como se indica en la Exposición de Motivos, en un 2 por 100.

El expresado coeficiente se aplicará:

- Sobre el valor asignado para 2006, respecto de los inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario.
- Sobre los obtenidos de la aplicación de Ponencias de valores parciales aprobadas en el ejercicio 2006, cuando se trate valores catastrales notificados en dicho ejercicio.
- Cuando se trate de inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, el coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para la fijación de los valores catastrales del resto de inmuebles del municipio.
- Y en el caso de inmuebles rústicos que se valoren, con efectos 2007, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, el coeficiente únicamente se aplicará sobre el valor catastral vigente en el ejercicio 2006 para el suelo del inmueble no ocupado por las construcciones.

Se establece además: 1.º) Que quedan excluidos de la actualización los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores totales aprobadas entre el 1 de enero de 1997 y el 30 de junio de 2002, así como las obtenidas de la aplicación de las Ponencias de valores parciales aprobadas desde la primera de las fechas indicadas en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo segundo de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

2.º) Que el incremento previsto para los inmuebles rústicos no tendrá efectos respecto al límite de la base imponible de las explotaciones

agrarias que condiciona la inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de los trabajadores por Cuenta Propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

Finalizan las innovaciones introducidas en el IBI con la modificación, en la disposición final décima, de la disposición transitoria duodécima del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de mayo), que, con efectos 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida, queda redactada en los siguientes términos: “Disposición transitoria duodécima. Determinación de la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.= Hasta el 31 de diciembre de 2008, la determinación de la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, atribuida a los ayuntamientos en el apartado 3 del artículo 77 de esta Ley, se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el Ayuntamiento comunique a dicho Centro directivo que la indicada competencia será ejercida por él. Esta comunicación deberá realizarse antes de que finalice el mes de febrero del año en el que asuma el ejercicio de la mencionada competencia”.

2. Impuestos indirectos.

a) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*

No podía faltar la actualización de la escala que grava la transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos Nobiliarios al 2 por 100.

Con este fin y con efectos desde 1 de enero de 2007, según el artículo 66, la escala del párrafo primero del artículo 43 del texto refundido de que se trata (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), será la siguiente:

Escala	Transmisiones directas ---- Euros	Transmisiones transversales ---- Euros	Rehabilitaciones y reconocimientos de títulos extranjeros Euros
1.º) Por cada título con grandeza	2.444	6.126	14.688
2.º) Por cada grandeza sin título	1.747	4.380	10.486
3.º) Por cada título sin grandeza	697	1.747	4.203

b) *Impuesto General Indirecto de Canarias.*

Con efectos desde 1 de enero de 2007, en el artículo 76 se introducen modificaciones en la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, a saber:

Uno. Se modifica el apartado 4.º del número 1 del Anexo I, preceptuando la aplicación del tipo reducido del 2 por 100 a los vehículos para personas con movilidad reducida (núm. 20 del Anexo I del RD Legislativo 339/1970, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, con la redacción dada por el Anexo II A del RD 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos); a las sillas de ruedas para uso exclusivo de personas con minusvalía y a los vehículos destinados a ser utilizados como autotaxis o autoturismos especiales para el transporte de personas con minusvalía en silla de ruedas, bien directamente o previa su adaptación, así como a los vehículos con motor que, previa adaptación o no, deban transportar habitualmente a personas con minusvalía en sillas de ruedas o con movilidad reducida, con independencia de quien sea el conductor de los mismos (anterior apart. 5.º). Se considerarán, a efectos de esta Ley, personas con minusvalía aquellas con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento; grado de minusvalía que deberá acreditarse mediante certificación o resolución expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Dos. Se derogan los apartados 5.º (de anterior referencia) y 6.º (que veremos a continuación) del propio número 1 del Anexo I.

Tres. Se añade un apartado 3.º en el artículo 2 del Anexo I, que es equivalente al 6.º que se acaba de derogar y que aplica el mismo tipo reducido a los servicios de reparación de los vehículos y de las sillas de ruedas a que se refiere el párrafo primero del apartado 4.º del número 1 del Anexo I, y a los servicios de adaptación de los autotaxis y autoturismos para personas con minusvalías y de los vehículos a motor a los que se refieren los párrafos segundo y tercero del mismo precepto, independientemente de quien sea el conductor de los mismos.

c) *Impuestos especiales.*

Solamente se modifica en el artículo 68 el *Impuesto sobre Hidrocarburos* (Ley 38/1992, de 28 de diciembre). Modificación que afecta a los epígrafes 1.3 y 1.5 de la tarifa 1.ª del artículo 50.1 de la citada Ley, que

quedan redactados –con efectos a partir del día 1 de enero de 2007– como sigue:

Epígrafe 1.3 Gasóleos para uso general: 278,00 euros por 1.000 litros.
Epígrafe 1.5 Fuelóleos: 14,00 euros por tonelada.

3. Otros tributos.

Según la Exposición de Motivos, “Por lo que se refiere a las TASAS, se actualizan con carácter general al dos por ciento los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal, excepto las tasas que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2006. La tasa por reserva del dominio público radioeléctrico se actualiza, asimismo, al dos por ciento. Por otra parte, otras tasas se actualizan de forma específica, en aplicación del principio de equivalencia, como las tasas aeroportuarias, y la tasa por inscripción y publicidad de asociaciones.

Se mantienen, en cambio, para el ejercicio 2007, los tipos y cuantías fijas establecidas para las tasas que graven los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2006.

Se actualiza igualmente el importe de la tasa de acreditación catastral, al tiempo que se adecuan las reglas de determinación de su cuantía y actualización anual en algunos productos ofrecidos por la Dirección General del Catastro”.

Todas estas novedades están contenidas en los artículos 69 a 78 de la Ley que estamos examinando. Por su mayor interés notarial destacamos:

a) Tasa de acreditación catastral [art. 71, que modifica los párrs. j), k) y l) del art. 66.3, así como el párr. c) del art. 66.4 del texto refundido de la Ley del Catastro inmobiliario]. Las tasas establecidas son:

— Cartografía digitalizada de inmuebles urbanos y de características especiales para su transformación y distribución: 6,00 euros por soporte o fichero, más 0,65 euros/hectárea por cada copia que se autorice a distribuir.

— Cartografía digitalizada de inmuebles rústicos: 6,00 euros por soporte o fichero, más 0,26 euros/hectárea.

— Cartografía digitalizada de inmuebles rústicos para su transformación y distribución: 6,00 euros por soporte o fichero más, por cada copia que se autorice a distribuir, 0,40 euros por cada diez hectáreas o fracción de cartografía que contenga dicha copia.

— Y cuando la obtención del producto solicitado requiera procesar información catastral mediante procedimientos informáticos no estanda-

rizados o distintos de los adecuados para la obtención de los productos descritos anteriormente, la cuantía de la tasa se determinará agregando a las cuantías precedentes (además, establecida para el supuesto de información alfanumérica en formato digital estandarizado), la fijada por cada hora en el propio artículo 66.4 y por cada 1.000 registros procesados o fracción: 0,60 euros.

b) Tasa por inscripción y publicidad de asociaciones. Según el artículo 72 [que modifica el art. 35, apart. 5, letra d), de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social] la tasa por obtención de informaciones o certificaciones, o por examen de documentación, relativas a la asociación será de 10,50 euros.

B) Otras disposiciones

Uno. Actividades prioritarias de mecenazgo (disp. trans. decimocuarta).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, la precitada disposición adicional enumera las que se considerarán actividades prioritarias durante el año 2007 (entre ellas, la promoción y la difusión de las lenguas oficiales de los diferentes territorios del Estado español llevadas a cabo por las correspondientes instituciones de las CCAA con lengua oficial propia y los programas dirigidos a la lucha contra la violencia de género subvencionados por las Administraciones Públicas o que se realicen en colaboración con éstas).

Los porcentajes y límites de las deducciones establecidas en los artículos 19, 20 y 21 de la citada Ley 49/2002 se elevarán en cinco puntos porcentuales. En consecuencia:

- Los contribuyentes del IRPF tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra el 30 por 100 de la base de la deducción determinada según el artículo 18 de dicha Ley 49/2002.
- Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra de este impuesto el 40 por 100 de la base de deducción, también determinada según el mencionado artículo 18, no pudiendo exceder la base de esta deducción del 15 por 100 de la base imponible del período impositivo.
- Y los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español sin establecimiento permanen-

te podrán aplicar la deducción del 30 por 100, sin que exceda del 15 por 100 de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en el plazo de un año desde la fecha del donativo, donación o aportación. Si los contribuyentes por este Impuesto operaran en territorio español mediante establecimiento permanente podrán aplicar la deducción expuesta respecto del Impuesto sobre Sociedades.

Dos. Asignación de cantidades a fines sociales (disp. adic. decimoséptima).

Para el 2007 el Estado destinará a subvencionar este tipo de actividades, en la forma que reglamentariamente se establece, el 0,7 por 100 de la cuota íntegra del IRPF (apart. 2 de la disp. adic. vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000), correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido. La cantidad no podrá ser inferior a 126.077,52 miles de euros y si no se alcanza esta cifra, el Estado aportará la diferencia (“u sea se”, nosotros).

Tres. Revisión del sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica (disp. adic. decimoctava).

La cantidad destinada al sostenimiento de la Iglesia Católica será, con vigencia desde el 1 de enero de 2007 y con carácter indefinido, el 0,7 por 100 de la cuota íntegra del IRPF correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido. Se entenderá, a estos efectos, por cuota íntegra la formada por la suma de la cuota íntegra estatal y de la cuota íntegra autonómica.

Durante el año 2007 el Estado entregará, mensualmente, a la Iglesia Católica 12.501.051,76 euros, a cuenta de la cantidad que debe asignar por aplicación de lo que se acaba de exponer.

Antes del 30 de noviembre de 2008 se efectuará una liquidación provisional de la asignación correspondiente a 2007, practicándose la definitiva antes del 30 de abril de 2009.

Cuatro. Interés legal del dinero (disp. adic. trigésima).

Queda establecido en el 5 por 100 hasta el 31 de diciembre del año en curso (art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio) y el de demora será el 6,25 por 100 (art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Cinco. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2007 (disp. trigésima primera).

Dicho indicador, al que se refiere el RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regularización del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, tendrá, durante 2007, las siguientes cuantías: El diario, 16,64 euros; el semanal, 499,20 euros; y el anual, 5.990,40 euros.

En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM (citado RD-Ley), la cuantía anual del IPREM será la de 6.988,80 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 5.990,40 euros.

Seis. Subvenciones al transporte aéreo y marítimo para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disp. adic. cuadragésima cuarta).

Se incrementa al 50 por 100 el porcentaje vigente de reducción, para viajes realizados entre las mencionadas Comunidades y Ciudades Autónomas, respectivamente y el resto del territorio nacional, y se incrementa hasta el 25 por 100 la reducción de tarifas de transporte marítimo y hasta el 50 por 100 las de transporte aéreo en los viajes interinsulares, aplicables a los ciudadanos españoles, de los demás Estados miembros de la UE, de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo y de Suiza residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

Siete. Modificación del Anexo I bis.1a).b') de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación del Régimen Económico Fiscal de Canarias (disp. adic. sexagésima tercera).

Tras la modificación se aplicará el tipo impositivo incrementado del 9 por 100 del Impuesto General Indirecto Canario a las entregas o importaciones de “los vehículos de dos, tres y cuatro ruedas que cumplan la definición jurídica de ciclomotor”.

II. LEY DE MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LAS ILLES BALEARS

Una vez más, y con éste son tres los años en que así sucede, el Parlamento balear no comparte la decisión adoptada por el Gobierno Central y aprueba, no sólo la Ley de Presupuestos (Ley 24/2006, de 27 de diciembre), sino también esta Ley de Medidas Tributarias y Administrativas (Ley 25/2006, también de 27 de diciembre), que enmarca dentro de las conocidas como “leyes de acompañamiento de los presupuestos generales”, como expresamente destaca el apartado I de su Exposición de Motivos y que pretende “complementar la Ley de Presupuestos y constituir con ésta, una unidad de acción racional para cumplir los objetivos de política económica, razón que justifica que se tramiten simultáneamente con las leyes de presupuestos generales.”

Al igual que hemos hecho, o, cuando menos, intentado hacer, al repasar la Ley de Presupuestos Generales del Estado, vamos a destacar los aspectos de mayor interés notarial.

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Creación de una deducción automática en este impuesto. Creación que queda establecida en su artículo 6 y afecta a la adopción de hijos:

— Supuesto de hecho: adopción nacional o internacional de hijos que tengan derecho a la aplicación del mínimo por descendientes, realizada conforme a las leyes y a las normativas internacionales vigentes.

— Beneficiarios: los contribuyentes residentes en el territorio de esta CA.

— Requisitos: haber convivido con el contribuyente ininterrumpidamente desde su adopción hasta el final del período impositivo.

— Aplicación: al período impositivo correspondiente al momento en que se produzca la inscripción de la adopción en el Registro Civil.

— Cuantía: 400,00 euros por cada hijo adoptado. Si los hijos conviven con ambos padres y éstos optan por la tributación individual, la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos.

2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Se establece un nuevo tipo de gravamen reducido para las adquisiciones de la vivienda habitual por parte de determinados colectivos –dice la Exposición de Motivos–, todo ello sin perjuicio, evidentemente, de la vi-

gencia del resto de medidas tributarias que se contiene en los artículos 1 a 25 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre (*vid.* Circular 13/2005, decimos nosotros).

Este nuevo tipo de gravamen reducido en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas viene a sustituir la actual bonificación del 57 por 100, con la intención –nos explica el propio legislador en la repetida Exposición de Motivos– de mejorar la gestión de este beneficio fiscal, el cual es ahora más transparente y accesible a los contribuyentes.

La novedad se regula en el artículo 7, en el que se modifica el artículo 17 de la citada Ley 8/2004, y al que se titula “Tipo de gravamen reducido en la adquisición de la vivienda habitual por parte de determinados colectivos”.

El tipo de gravamen es el 3 por 100 y su aplicación será automática siempre que el obligado tributario, junto con la autoliquidación del impuesto que recoja la operación sujeta a la transmisión patrimonial onerosa, acredite el cumplimiento de las condiciones que veremos seguidamente, mediante la aportación de la documentación que reglamentariamente se exija –documentación que de momento desconocemos, por cuanto no se ha dictado ninguna disposición al respecto, si bien hay que tener en cuenta que, conforme a la disposición final primera de esta Ley, se declara expresamente en vigor el capítulo I del título III del D. 131/2005, de 23 de diciembre, por el que se establecen las condiciones y los requisitos a cumplir para la aplicación de algunas de las medidas tributarias contenidas en la repetida Ley 8/2004, y el resto de las disposiciones concordantes, en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en el artículo 7 de la presente–.

El tipo reducido indicado se aplicará en los siguientes supuestos:

1) Transmisión de inmuebles que vengan a constituir la vivienda habitual del contribuyente cuando éste sea menor de 36 años o discapacitado con un grado de minusvalía igual o menor al 65 por 100 en la fecha de devengo de la operación y se cumplan simultáneamente las condiciones siguientes:

- a) El contribuyente debe haber obtenido rendimientos netos del trabajo y/o rendimientos netos de actividades económicas sujetas al IRPF en el ejercicio más próximo al de la adquisición cuyo período de declaración haya ya concluido, sin que puedan exceder de 18.000,00 euros, en el caso de tributación individual, o de 27.000,00 euros, en el de tributación conjunta.
- b) La vivienda adquirida tiene que ser por la primera habitual en territorio español y no puede haber disfrutado antes de ninguna otra en plena propiedad ni en usufructo ni en cualquier otro derecho real de uso.

- c) El valor de la vivienda adquirida a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio no tiene que superar los 180.000,00 euros.
- d) El máximo de superficie construida de la vivienda adquirida no tiene que superar los 120 metros cuadrados. A estos efectos, los balcones, las terrazas, los porches y demás elementos análogos que estén cubiertos, se computarán al 50 por 100 de su superficie, salvo que estén cerrados por tres de sus cuatro orientaciones, en cuyo caso se computarán al 100 por 100.
- e) El contribuyente tiene que residir efectivamente en la vivienda un mínimo de tres años desde la fecha de la adquisición.

2) Transmisiones de inmuebles que vayan a constituir la vivienda habitual de una familia numerosa siempre que se cumplan, al mismo tiempo, los requisitos siguientes:

- a) Que la adquisición se lleve a cabo dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que la familia del sujeto pasivo haya alcanzado la consideración legal de numerosa o, si ya lo era con anterioridad, en el plazo de los dos años siguientes al nacimiento o a la adopción de cada hijo.
- b) Que en los plazos anteriores, se lleve a cabo la transmisión onerosa de la anterior vivienda habitual.
- c) Que el valor de la vivienda adquirida a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio no supere la cuantía de 240.000,00 euros.
- d) Que la superficie construida de la vivienda adquirida sea superior en más de un 10 por 100 a la superficie construida de la vivienda anterior. Si se tratara de la primera vivienda habitual, la superficie construida no podrá superar los 150 metros cuadrados.
- e) El contribuyente debe haber obtenido rendimientos netos del trabajo y/o rendimientos netos de actividades económicas sujetos al IRPF en el ejercicio más próximo al de la adquisición cuyo período de declaración haya ya concluido, sin que puedan exceder de 18.000,00 euros o de 27.000,00 euros, según se trate de tributación individual o conjunta, respectivamente.
- f) El adquirente o los adquirentes tienen que ser uno o los dos cónyuges con quien conviven los hijos sometidos a la patria potestad.
- g) El contribuyente tiene que residir efectivamente en la vivienda con todos los miembros de la unidad familiar un mínimo de tres años, a menos que se produzca un aumento de los miembros que integren la familia por nacimiento o adopción y se produzca la adquisición de una nueva vivienda.

3. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

En el artículo 8 se modifica la letra b) del artículo 19 de la citada Ley 8/2004. Modificación consistente en la aplicación del tipo reducido del 0,5 por 100 a las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten la adquisición de viviendas a que se refiere el artículo 17 que hemos examinado (habitual de menores de 36 años, discapacitados y familias numerosas), siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 17 para la aplicación del tipo del 3 por 100.

4. Normas de gestión tributaria.

Regulan la posibilidad de presentar una única declaración o autoliquidación en los siguientes supuestos:

a) Declaración conjunta en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Los sujetos pasivos de este impuesto podrán optar por realizar una declaración o una autoliquidación conjunta cuando de un mismo documento se desprenda la existencia de varios sujetos pasivos, debiendo el consejero competente en materia de Hacienda aprobar las medidas normalizadas correspondientes (art. 10).

b) Declaración conjunta en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Se admite la posibilidad de que los sujetos pasivos por este impuesto opten por realizar una autoliquidación conjunta cuando de un mismo documento se desprenda la existencia de varios hechos imposables y/o varios sujetos pasivos. El consejero competente deberá aprobar, asimismo, los pertinentes modelos normalizados (art. 11).

* * *

Un año más hemos cumplido con nuestra obligación (natural, se entiende) de informaros sobre las novedades más interesantes contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y en la de Medidas Tributarias y Administrativas de esta Comunidad Autónoma. ¡Bon profit!

“La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos”, María Medina Alcoz. Ed. Dykinson, Madrid, 2004, 350 páginas.

La temática de la responsabilidad civil es ciertamente muy amplia tras el impulso doctrinal que a su estudio ha dado una bibliografía que –en España como en otros países europeos y americanos– se ha hecho en pocos años muy extensa. La doctora María MEDINA ALCOZ es una civilista joven atraída especialmente por la materia, a la que recientemente hizo una aportación valiosa a través de su libro *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, publicado por Dykinson en 2003. Profundizando ahora en el tema entonces abordado, y enriqueciéndolo con su extensión a situaciones actuales de singular interés, la doctora MEDINA ofrece hoy esta nueva monografía, que por su rigor y sus temas está en la línea de la anterior en el campo de la responsabilidad extracontractual, desde el que realiza todo su enfoque de la asunción del riesgo.

Un primer capítulo, considerablemente extenso y fundamentalmente teórico, constituye un ensayo de construcción técnica de la figura inserta dentro del amplio “hecho causal de la víctima”. A través de densas páginas y con apoyo en toda la doctrina existente en el tema, la autora ofrece una construcción dogmática del concepto, la cual conduce a cinco rigurosas conclusiones y sirve de antesala al estudio detenido que a continuación hace de los riesgos taurinos y de los deportivos.

Sobre los riesgos taurinos, MEDINA ofrece una reflexión sugestiva, en la que partiendo de los precedentes que en el Derecho histórico pueden encontrarse sobre su admisión, estudia los festejos taurinos como manifestación cultural y aun como realidad transnacional (dada su existencia en varios países) y expone la admisión de los riesgos en la doctrina del Tribunal Supremo español.

Por lo que toca a los riesgos deportivos, MEDINA recoge sus posibles clasificaciones y analiza las variadas situaciones que en la realidad se producen (algunas muy sorprendentes y graves), aplicándolas las normas legales existentes y sin olvidar la protección al deporte que en España se desprende del artículo 43 de nuestra Constitución. Algunas páginas dedica también a los riesgos producidos con ocasión del aprendizaje deportivo así como por la violencia propia de la masificación de los espectáculos deportivos.

Sobre cada uno de los casos tocados, que son muchos, María MEDINA realiza una reflexión basada en las soluciones judiciales que se han dado. Su estudio es así profundamente realista: se apoya esencialmente en la jurisprudencia, con un examen de sentencias seguramente exhaustivo hasta el momento de publicación del libro, cuya autora resume las sentencias localizadas y las analiza y comenta. Ese estudio jurisprudencial se completa con un cuadro cronológico de las sentencias y con completos índices de éstas que recogen todas las estudiadas, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

En términos generales, la nueva monografía de María MEDINA, como observa su prologuista, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, director de la colección donde se publica, se caracteriza "por la profundidad en el análisis, la toma de partido decidida en las soluciones y el cuidado en el uso del castellano". Viene, pues, a enriquecer la bibliografía española sobre la responsabilidad civil extracontractual y es grato constatar el interés de los juristas jóvenes por una materia que tiene importancia creciente dentro del Derecho civil.

José M.^a Castán Vázquez

*Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación*

“Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil”, Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces, prólogo de Javier Hualde. Editorial Comares, Granada, 2006, 276 páginas.

La obra referida tiene su origen en la tesis doctoral defendida por la autora en la Universidad del País Vasco y merecedora de la máxima calificación que permite la legislación universitaria. Es, pues, una obra fruto de un prolongado esfuerzo investigador, y ciertamente hay que decir, coincidiendo con el Tribunal que la juzgó, que fue un esfuerzo coronado por éxito.

Desde el punto de vista del método, la autora emplea el único método posible para afrontar el estudio de tan vetusta institución, que no es otro que sumergirse en su larga tradición histórica, especialmente en el Derecho romano y en la tradición germánica, que son los antecedentes de toda la regulación del régimen económico matrimonial del Código Civil, y muy especialmente del régimen de las donaciones por razón de matrimonio, y de otras figuras próximas, ya que no análogas como bien pone de relieve la autora, que aparecen en el Derecho histórico.

Su estudio de la materia de las donaciones por razón de matrimonio en el proceso codificador es, evidentemente, un paso imprescindible, que la autora afronta con la máxima exactitud y exhaustividad pero con plena conciencia de su valor meramente auxiliar, para comprender el esfuerzo simplificador de tan compleja materia que llevó a cabo el legislador de 1889, y constituye el objeto de la sección segunda de la obra, que abarca desde la página 95 hasta el final y en la que nos presentan interesantes resultados.

De nuevo en esta parte aflora el buen empleo del método de rastreo histórico –verdadera *Dogmengeschichte*– ya consignado, puesto que el Código Civil ha sido en materia de régimen económico y de matrimonio en general profunda y profusamente reformado a lo largo del pasado siglo xx, y también a comienzos del siglo xxi, ofreciéndonos además una muy cuidada interpretación de los textos legales y de sus aplicaciones jurisprudenciales.

Así, la especificidad de las donaciones por razón de matrimonio es cuidadosamente examinada en todas sus proyecciones, tanto formales, tema conectado con los capítulos matrimoniales, como de regulación sustantiva especialmente relacionado con las causas de revocación, alguna de las cuales, como la no celebración del matrimonio, cambió de naturaleza para convertirse en supuesto de ineficacia automática en la reforma de mayo de 1981, proporcionando al lector detallado y cumplido conocimiento de todas ellas con aportaciones ciertamente plausibles.

Es precisamente en estos pasajes en los que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha tenido una incidencia imprevisible cuando la autora defendió su tesis doctoral, lo que constituye un nuevo reto en el que ya ni la mano del director ni las observaciones del Tribunal pueden haber guiado su pluma. Y hay que decir que la autora supera esta prueba ofreciendo conclusiones propias: el legislador no ha tenido en cuenta las consecuencias del cambio introducido en la separación y en el divorcio en el tema que nos ocupa, y eso obliga al intérprete a tomar alguna decisión que supere la situación. La autora se pronuncia por la derogación tácita de la causa de revocación regulada en el artículo 1.343 del Código Civil, de modo que no pueda entenderse revocable la donación en las condiciones previstas en el artículo, porque ello sería mantener una visión parcialmente causalista o culpabilista de la separación y del divorcio incompatible con las finalidades de la Ley 15/2005.

La autora es del todo consciente de que tal interpretación sería letal para la especificidad de las donaciones por razón de matrimonio, cuya “regulación autónoma y separada de las donaciones ordinarias sería de muy difícil justificación”, como ella misma nos dice. Pero parece aceptar, en la cuarta de sus conclusiones, el alto precio de dejar su propia obra reducida a una investigación de interés meramente erudito al menos *de lege ferenda*, cuando podía haber entendido que la reforma es precisamente algo que puede revalorizar la institución que ha estudiado.

No se puede clausurar un ámbito de libertad de pacto en el matrimonio en aras de una interpretación de la *voluntas legislatoris*; es más, creo que sin los artículos 855 y 1.343 del Código Civil sería el matrimonio un puro formalismo vacío de contenido y con efectos meramente procedimentales, ya que son los dos preceptos citados los que hacen del matrimonio un acuerdo de voluntades generador de obligaciones mutuas de los esposos con consecuencias verdaderamente jurídicas. De lo contrario, los deberes que consignan los artículos 67 y 68 del Código Civil habrían dejado de ser verdaderos deberes jurídicos, pues carecerían por completo de sanción en el ámbito sustantivo.

Tal vez la autora debería haber pensado en que la libertad en Derecho privado es libertad para obligarse, y en este sentido las posibilidades de hacer verdaderamente jurídicos los deberes de los esposos no deberían ser nunca un residuo histórico que la escoba del legislador olvidó barrer, porque de lo contrario habrá que abrir un nuevo capítulo de pactos en torno al matrimonio civil, como de hecho ya puede detectarse como tendencia en ciertos pac-

tos matrimoniales propugnados y defendidos recientemente en nuestra doctrina.

En fin, esta opción interpretativa asumida por la autora, aun siendo realista, es algo precipitada, pero ello no empaña a mi juicio ni la altura de su trabajo ni su elevado interés; muy al contrario, la suerte del matrimonio como institución puede necesitar de toda una serie de convenciones adventicias que le devuelvan los efectos de que el legislador le ha querido privar en aras de su modo de entender el libre desarrollo de los individuos (que no deben asumir ciertos compromisos como los que consignan los arts. 67 y 68 del CC sino como deberes pura y exclusivamente morales), y entre ellas un instituto como el que magistralmente ha estudiado la autora puede prestar grandes servicios a la justicia y a la libertad a quienes hagan uso de él.

Por lo demás, el estudio de los requisitos, de los aspectos formales de las donaciones por razón de matrimonio, y de su régimen de responsabilidad por evicción y vicios ocultos, ofrece conclusiones seguras y bien fundamentadas sobre tan complejos aspectos, a las que se accede muy cómodamente por la buena estructuración del trabajo.

En suma, se trata de una obra del más alto interés, que viene a llenar un innegable vacío en nuestra literatura jurídica, que incorpora conclusiones de la tesis que está en su base, y otras nuevas conclusiones fruto del tiempo transcurrido desde su defensa, así como una cuidada bibliografía, pero a la que su propia autora propugna privar de parte de su interés, con vistas a una desjuridificación del matrimonio, que es precisamente una situación en la que estas liberalidades y otros pactos nupciales es previsible que puedan desempeñar nuevas funciones.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

“Código Civil japonés”, Francisco Barberán y Rafael Domingo (con la colaboración de Nobuo Hayashi). Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Edición bilingüe y actualizada a 30 de septiembre de 2006. The Global Law Collection. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, 575 páginas.

1. Al publicarse la primera edición de esta obra le dediqué en estas mismas páginas (1) la atención que merecía a un comparatista español una obra que venía a romper moldes en razón de su tema (el ignoto y, en cierto modo, exótico, Código Civil japonés), y que suponía una ayuda eficaz a los trabajos comparativos en nuestro país, ampliando ese manido concepto de los *países de nuestro entorno* –que tantas perezas mentales ha tratado de justificar–, y que venía acompañada de una insistente y reiterada llamada –¿utópica?– al *Global Law* del profesor DOMINGO. Pero al publicarse al cabo de pocos años una *nueva edición*, como lo denomina el ilustre prologuista, que no una segunda edición, sino más exactamente *edición bilingüe y actualizada* al 30-09-06, no cabe otro remedio que calificarla de *nueva obra*, de nueva planta y refundida, y así aparece estampado en la contraportada *Primera edición 2006*.

2. Se trata efectivamente de una obra con nuevo diseño, que casi duplica la anterior extensión (2) dentro de un formato ligeramente más amplio que el de la anterior. Las novedades son múltiples y casi siempre enriquecedoras:

A) Figura como coautor de la misma don Francisco BARBERÁ, abogado zaragozano, autor de un diccionario jurídico español-japonés y japonés-español, además de ser director del programa japonés de la cátedra Garrigues. Su visión práctica enriquecerá y complementará sus aspectos doctrinales.

B) El *Estudio preliminar*, fundamental para el lector español, se redacta nuevamente, eliminando aspectos considerados, acaso, como accesorios (como

(1) *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2001, pp. 403-406.

(2) Ha pasado de un total de 323 páginas a 575.

la lista habitual de agradecimientos; pero, ¿lo era la galería fotográfica de las páginas 49 y siguientes de la 1.^a edición?), añadiendo nuevas perspectivas y perfeccionando otras (así, de cinco apartados se pasa, ahora a ocho), contando con el obligado tratamiento de la actualización legislativa nipona, verdaderamente inapreciable para el lector español.

C) La traducción española de algunos preceptos del CC japonés ha sido revisada, no en su fondo, sino en su forma y estilo.

D) Probablemente la innovación más llamativa sea la de incluir el texto japonés a doble columna, así como en el texto y notas del *Estudio preliminar* (véanse pp. 42-50) y también en bastantes notas al articulado. Ello no sólo dota a la obra de un especial *colorido* (en lo que conozco es la primera obra bilingüe hispano-japonesa que se edita en España), sino que abre, a mi juicio, inéditos caminos que luego desarrolló.

E) Se ha alterado el sistema de numeración de las notas a pie de página, que ahora alcanzan las 1.453 y superan las 1.264 (s.e. u o.) de la primera edición. Se ha reforzado y ampliado la información bibliográfica, poniéndola, efectivamente, al día (3). Se han incrementado los conceptos del *Índice tópico* final, que facilita su manejo.

3. Como resultado de lo anterior se incrementan los *destinatarios* del presente volumen. Por supuesto, todos los juristas de habla española, tanto a uno y otro margen del Atlántico, sino también el selecto grupo de juristas filipinos que han conservado *malgré tout* la lengua de la metrópoli, sin olvidar a la segunda generación de emigrantes nipones ya nacionalizados en algunos países americanos (Perú, Bolivia, Brasil, etc.). Pero sobre todo creo que esta *edición bilingüe y actualizada* puede servir de estímulo a los jóvenes juristas japoneses para que se acerquen al Derecho español, por sí mismo y como puente de entrada al subsistema jurídico hispánico (Puerto Rico, Filipinas y Cuba). Mientras alemanes, franceses y juristas del *common law* han establecido a lo largo del siglo XX frecuentes y, en ocasiones, sólidas relaciones jurídicas con el país del Sol Naciente, en nuestros pagos, hasta este hermoso intento de la Cátedra Garrigues, nada se hizo. Sólo cabe esperar que el llamamiento que se realiza en las páginas 41-44 sea correspondido ampliamente, al tiempo que felicito cordialmente a cuantos han colaborado en esta ilusionante empresa (4).

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil

(3) Poco habitual en obras traducidas a nuestro idioma cuando se publican nuevas ediciones en español y en el interregno la obra original resulta ampliada.

(4) Véase lo que se dice bajo el epígrafe “¿Sabemos algo de los denominados *Derechos orientales*?” en mi recensión amplia “Bibliografía italiana sobre Derecho comparado en el siglo XXI”, en RJN, número 57, enero-marzo 2006. A los trabajos allí citados *adde*:

TIMOTEO, Marina: “Modelli antichi in legge moderne: L'adozione in Cina”, en RTDPC, 1998, pp. 17-32.

MOCCIA: “Il sistema giuridico cinese: caratteri tradizionali e lineamenti attuali”, RTDPC, 2000, pp. 1251-1283.