

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 72, octubre-diciembre 2009

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: M-

Impreso en España - *Printed in Spain*

Atig Artes Gráficas, Parque Empresarial Neinor-Henares. Edificio 3, Nave 10
28880 Meco (Madrid)

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Víctor Manuel Garrido de Palma

Consejeros:

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

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

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

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: “La vulnerabilidad del menor” (Primera parte)	9
FUGARDO ESTIVILL, Josep M ^a : “Los poderes extranjeros en la contratación notarial”	117
GARCÍA PONS, Antonio: “Algunas consideraciones a propósito del vigésimo aniversario de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y su relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consecuencias en la actuación notarial”	185
IRURZUN GOICOA, Domingo: “El artículo 1006 y el llamado Derecho de Transmisión (Boceto polémico para un ensayo)”	199
LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: “La propiedad privada de los bienes de interés cultural”	253
MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: “La anotación preventiva del legado de parte alícuota”	279
OSUNA COSTA, Joaquín: “Protección y defensa de los elaboradores y usuarios de programas informáticos”	293

PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: “El perecimiento de la cosa en la hipótesis del usufructo constituido solamente sobre un edificio y sus consecuencias jurídicas en el Código Civil español” ...	<u>Pág.</u> 315
DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: “El negocio jurídico sobre el rango hipotecario”	345
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador”	417
ROMERO PAREJA, Agustín: “Naturaleza, perfección y régimen jurídico de los testamentos” (Segunda parte).....	431
DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA	
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “Dictamina, que algo queda”..	481
ACTUALIDAD JURÍDICA	
<i>Notas bibliográficas</i>	
GARCIA CANTERO, Gabriel: “El sistema jurídico de los países nórdicos”	489
ATIAS, Christian: “Questions et réponses en droit”, Editorial PUF, Colección <i>L’interrogation philosophique</i> , París, 2009. Por José María de la Cuesta Sáenz	517
VVAA: “Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, M. Cuenca Casas y J. L. Colino Mediavilla coordinadores, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009. Por José María de la Cuesta Sáenz	521
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: “Derecho Privado Romano”, segunda edición, Editorial Iustel, Madrid, 2009. Por Víctor Manuel Garrido de Palma	527
CERDÁ GIMENO, José: “La prohibición de la sucesión contractual”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Por Luis Rueda Esteban	533
MUÑIZ ESPADA, Esther: “La transmisión de la empresa agraria”, Editorial Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 1ª edición, Pamplona, 2008. Por Ángel Sánchez Hernández	535

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA VULNERABILIDAD DEL MENOR

(Primera parte) (*)

JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ

Notario

(*) Publicamos en este número de la Revista la primera parte del trabajo (epígrafes I, II, III.1 y III.2). En el próximo número publicaremos la segunda parte (epígrafes III.3 y III.4).

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: A modo de exposición de motivos.**
- II. UNA VISIÓN OPTIMISTA.**
- III. EL ESTADO REAL DE LA CUESTIÓN:**
 - 1. EL MENOR MÍNIMO:**
 - A) EL ABORTO:**
 - 1. Inicio de la vida humana.
 - 2. El llamado “preembrión”.
 - 3. Dimensión cuantitativa del holocausto.
 - 4. Etiología del fenómeno.
 - 5. El proyecto de ley de plazos.
 - 6. La ley valenciana de protección a la maternidad.
 - B) REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL:**
 - 1. La privación de la familia biológica: el anonimato del donante.
 - 2. La descontextualización cronológico-biográfica.
 - 3. La manipulación genética y la clonación terapéutica.
 - 2. EL MENOR PREADOLESCENTE:**
 - A) EL DIVORCIO:**
 - 1. Efectos traumáticos.
 - 2. Efecto didáctico.
 - 3. El llamado “divorcio exprés”.
 - B) EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA:**
 - 1. La educación:
 - a) *Aproximación al concepto.*
 - b) *Conexión con la vulnerabilidad del menor.*
 - 2. La asignatura de EPC.
 - a) *Antecedentes en la Unión Europea.*
 - b) *En España:*
 - 1. *Marco constitucional y su interpretación autorizada.*

2. *La normativa vigente.*
3. *Los contenidos mínimos regulados en EPC.*
4. *El debate autonómico y judicial.*
5. *Fundamento ideológico de EPC en España.*
6. *Conclusiones.*

C) PROGRAMACIÓN EN TV:

1. Marco normativo:
 - a) *En el ámbito de la Unión Europea.*
 - b) *En España:*
 - *Plano constitucional.*
 - *Desarrollo normativo: legislativo y pactado.*
2. La realidad constatable:
 - a) *Sexo.*
 - b) *Comportamiento social.*
 - c) *Violencia.*
 - d) *Temas conflictivos.*
3. Conclusiones.

3. EL MENOR ADOLESCENTE:

A) LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS:

- a) *El videojuego.*
- b) *El móvil.*
- c) *Internet: las redes sociales:*
 - *Origen.*
 - *Expansión.*
 - *Modos de uso relacionales.*
- d) *¿Control paterno?*
- e) *Régimen jurídico*

B) SEXO, ALCOHOL Y DROGAS:

1. Sexo:
 - *Antecedentes.*
 - *La ideología de género.*
2. Alcohol:
 - a) *Los efectos.*
 - b) *Las causas.*
 - c) *La realidad sociológica.*
3. Drogas ilegales:
 - A) *Concepto de droga y punibilidad en España.*
 - B) *Clases de drogas y sus efectos respectivos:*
 - a) *Efectos buscados.*
 - b) *Efectos no deseados.*
 - C) *¿Drogas blandas? El cannabis.*

- D) *Realidad sociológica.*
 - E) *Factores de riesgo y de protección.*
 - F) *Conclusiones.*
4. Políticas familiares y públicas en relación con dicha realidad.

4. EL PORCENTAJE GENERACIONAL OCULTO.

I. INTRODUCCIÓN

La vulnerabilidad es consustancial al hombre. Somos esencialmente vulnerables. El simple transcurso del tiempo nos vulnera avejentándonos, hasta la muerte inexorable. Pero es que todo nuestro diseño antropológico, tanto corporal como anímico o psicológico, conlleva vulnerabilidad en cada una de sus condiciones de vida y desarrollo biográfico. Basta pensar en cualquiera de las funciones que constituyen nuestra normalidad diaria para percatarse de la infinidad de fuentes de vulnerabilidad a las que está permanentemente expuesto el ser humano. Hasta el punto de que este tipo de reflexión puede provocar cierta ansiedad en quien la realiza, ya que le hace percatarse de la increíble conjunción de circunstancias favorables, que uno sólo de un modo muy relativo y limitado controla, necesarias para vivir simplemente una vida normal de adulto.

Pues bien, dentro del marco de la vulnerabilidad genérica del ser humano, la vulnerabilidad específica del menor supone un salto cualitativo, de cuyo tratamiento vamos a ocuparnos en las próximas páginas. Este salto cualitativo a una mayor vulnerabilidad tiene un marco propio: el desarrollo del menor hasta la adultez y una institución natural de protección a dicho desarrollo: la familia (1). El ser humano, por naturaleza, es engendrado en el seno de la familia, con la cooperación biológica de padre y madre, y su desarrollo viene determinado por una enorme dependencia de la madre en los primeros estadios de su crecimiento y una mantenida dependencia del contexto familiar de padre y madre, hermanos y parien-

(1) En realidad el desarrollo humano no se agota en la edad adulta. Como señala Grace J. CRAIG en su *Desarrollo psicológico*, Pearson Educación, México, 2001, p. 5: “*El desarrollo comienza con la concepción y se prolonga durante toda la vida; de manera arbitraria, a veces lo dividimos en etapas para contar con puntos de referencia. Pero el ciclo vital toma tantos derroteros como personas hay en el mundo*”.

tes, en los siguientes años, para gradualmente ir haciendo tránsito a una sociabilidad y desarrollo mayores, con una regresión progresiva de la dependencia, sin que ésta desaparezca nunca totalmente, ya que su naturaleza relacional-familiar le lleva a vivir siempre en el ámbito de un núcleo familiar, que evoluciona pero se mantiene.

La vulnerabilidad del menor está directamente relacionada con la característica específica que le permite desarrollarse hasta la adultez: la plasticidad receptiva de que la propia naturaleza dota al menor, de modo que éste, además de su propio desarrollo orgánico endógeno, asimila de su entorno los afectos y aprendizajes necesarios para su maduración. Para bien y para mal, todo menor, por el mero hecho de serlo, es sumamente permeable a las influencias, ejemplos, afectos o desafectos, carencias, etc., que se producen en su entorno, todo ello en conmixión profunda con su creciente conciencia y libertad, a medida que se van produciendo las distintas etapas de su desarrollo. Incluso las características innatas o genéticas de una persona se van modulando, al interaccionar con el ambiente que le rodea, de modo que los genetistas, más que de un fenotipo fijo e inmutable, hablan de una realidad epigenética, esto es, abierta y caracterizada por la plasticidad de la que hablábamos (2).

Las condiciones ideales de desarrollo para un menor, en sus distintas etapas, son cambiantes en relación con las características de naturaleza y crianza, herencia y ambiente, período crítico o único de algunos aprendizajes, períodos sensibles u óptimos para algunos otros (3), de sus potencialidades y limitaciones congénitas y de las características del mismo tipo de las personas y demás circunstancias de su entorno, por lo que no puede hacerse una descripción única de las mismas, pero sí tienen unos denominadores comunes suficientemente ilustrativos, que resultan imprescindibles para orientarnos sobre el grado de proximidad o alejamiento respecto de los mismos que una determinada situación personal, familiar o social pueda suponer para un determinado menor (4). Estos denominadores comu-

(2) Natalia LÓPEZ MORATALLA y María José IRABURU ELIZALDE: *Los quince primeros días de una vida humana*, Eunsa, 2004, p. 20, donde dicen: “Por ello, para predecir cómo será el fenotipo de un individuo no bastaría con conocer las peculiaridades propias del mensaje genético heredado, ni con saber cuál ha sido la influencia del entorno materno, o la alimentación, etc. Ambos factores son necesarios y es la interacción dinámica de ambos la responsable del fenotipo final del individuo”.

(3) Grace J. CRAIG: ob. cit., pp. 9 y ss.

(4) Pedro Juan VILADRICH: “La familia”, Documento presentado en Madrid el 26 de noviembre de 1994, p. 59, insiste en la función de la familia en la socialización ideal del niño, del adolescente y de los jóvenes y los altísimos índices de acuerdo que las encuestas evidencian en este tema, no solamente en nuestro país, sino en todo el mundo. Leonardo POLO: *La persona humana y su crecimiento*, Eunsa, 1996 p. 134, señala como postulado elemental de la educación la permanente posibilidad de mejora del educando.

nes, en un nivel de simple enunciado, pero suficientemente descriptivos del contenido de la expresión “el interés del menor”, son:

1. En el orden material, unos mínimos de alimentación, sanidad e higiene, vestido, calzado, alojamiento y respeto a su integridad física.

2. En el orden afectivo: respeto a su integridad afectiva, apego seguro afectivo (5), estabilidad y durabilidad afectiva (6), disciplina autoritativa, ni autoritaria, ni laxa (7).

3. En el orden relacional (8): una progresiva integración de su naturaleza social (9), primeramente en el contexto familiar y simultánea y pro-

(5) Son innumerables los autores en los que puede verse recogida, de un modo u otro, esta coordenada afectiva, en sus distintas facetas. Por todos, en lo que se refiere al apego afectivo, Aquilino POLAINO, Araceli DEL POZO: *El desarrollo de la personalidad en el niño y adolescente*, Ediciones Rialp, 2003, p. 56, oponen el apego afectivo seguro, que define el primero como “vinculación afectiva, estable y consistente entre un niño y sus cuidadores, como resultado de la interacción entre ambos”, por razón de la calidad del mismo, al apego inseguro evitativo, el apego inseguro resistente o el apego ansioso –desorganizado-desorientado.

(6) Sobre la enorme importancia de la estabilidad afectiva en el desarrollo del menor insistiremos a lo largo del presente trabajo, y a esa parte del mismo nos remitimos en cuanto a los apoyos doctrinales.

(7) Diana BAUMRIND, en su trabajo, publicado en 1968, sobre los estilos en el control parental, distingue: padres autoritarios, muy exigentes y poco sensibles; padres autoritativos, exigentes y sensibles, y padres permisivos, poco exigentes y muy sensibles. De los tres estilos educativos, sin duda el segundo es el más adecuado al desarrollo óptimo del menor.

(8) Leonardo POLO: “Antropología trascendental”, tomo I, *La persona humana*, Eunsa, 1999, p. 89: “Es inútil formular un concepto de persona. Insisto, es preciso darse cuenta de que la persona no es universal porque, en virtud de su coexistir, el uno no es superior a ella. Una sola persona es absolutamente imposible”; p. 92: “Coexistir es característico de la persona... no tiene sentido una persona única...”; p. 118: “la persona es intimidad abierta... persona humana significa alcanzar a co-ser. Alcanzar a co-ser denota acompañamiento, no término...”.

En análogo sentido Edith STEIN: *Ser finito y ser eterno*, México, 1994, p. 245: “El individuo humano aislado es una abstracción. Su existencia es existencia en un mundo, su vida es en común. Y éstas no son relaciones externas que se añadan a un ser que ya existe en sí mismo y por sí mismo, sino que su inclusión en un todo mayor pertenece a la estructura misma del hombre”.

(9) Las fases de esta integración han sido sistematizadas por los psicólogos de diferentes maneras:

a) Atendiendo al desarrollo de la personalidad propiamente dicha podemos acotar, siguiendo a Gordon A. ALLPORT: *Personality: a psychological interpretation*, New Cork, 1937, traducción de Javier Cabanyes, ICF, el “**proprium**”, que es la imagen que cada uno va construyendo de sí mismo a lo largo de su desarrollo personal, que integra lo que es, lo que le gustaría ser y lo que debería ser. Tiene siete funciones, que van apareciendo gradualmente: **1. percepción de la realidad corporal**, en los dos primeros años; **2. La identidad**, en este mismo plazo, que nos hace conscientes de un pasado, presente y futuro; **3. La autoestima**, entre el segundo y cuarto año, muy importante en el progresivo desarrollo de las competencias personales, ya que hace al niño autónomo y con capacidad de incidir en el ambiente; **4. La extensión del yo**, entre los cuatro y los seis años, que jerarquiza el entorno de personas que le rodean en el tipo de adhesión e interés que cada una supone al menor; **5. Imagen de sí mismo**, entre los cuatro y los seis años, sobre cómo los demás nos valoran; **6. Racionalidad**, entre los seis y doce años, que lo hace solucionador de problemas, capaz de encontrar alternativas a los obstáculos que

gresivamente en los contextos escolar, deportivo, social, cultural y religioso, con especial atención a su formación en el trato a las personas del mismo y del otro sexo.

4. En el orden moral e intelectual, la formación humana en virtudes y valores, en consonancia y coherencia con el desarrollo progresivo de su libertad, con los principios, valores y creencias de su entorno familiar y social, y la instrucción en conocimientos apropiada a la edad y talentos del menor.

5. En el orden deportivo y de ocio: la posibilidad de desarrollar aprendizajes adecuados a sus potencialidades, que le permitan un ocio activo y sano, restaurador de fuerzas, complementario de actividades profesionales, ocasión de un desarrollo equilibrado de su personalidad y que optimice su integración social, sin que ello suponga un pretexto para la desatención por parte de los adultos responsables de su cuidado, ni un solapamiento de actividades extraescolares que le suponga una adicional fuente de estrés.

encuentra, y **7. Sí mismo intencional**, a partir de los doce años, que constituye la orientación del comportamiento hacia unos objetivos. Supone el tránsito del nivel infantil, en el que solamente hay deseos, la adolescencia, en que se inician de modo genérico y poco definido, y la etapa adulta.

b) Fijándonos en la evolución de la racionalidad del menor podemos distinguir, siguiendo a PIAGET, citado por CRAIG, en ob. cit., p. 36, las cuatro etapas del desarrollo cognoscitivo del menor: **1. Etapa sensoriomotora**, del nacimiento a los dos años, en que la inteligencia se basa en los sentidos y el movimiento corporal. **2. Etapa preoperacional**, de los dos a los siete años, lenguaje en la comunicación, sin teorías globales ni generalizaciones sobre clases de objeto, sino que se sirve de su experiencia diaria para crear conocimientos específicos. **3. Etapa de las operaciones concretas**, de los siete a los once o doce años, comienza el uso de razón y la capacidad de clasificar, pero sin abstracciones. **4. Etapa de las operaciones formales**, de los doce años en adelante, puede aplicar soluciones lógicas a los conceptos concretos y abstractos, pensar en forma sistemática, hacer proyecciones de futuro. Su pensamiento deja ya de estar ligado a objetos ni a hechos físicos.

En realidad podrían multiplicarse las clasificaciones y, de hecho, son casi tan abundantes como los investigadores... (a título enunciativo, podemos citar la teoría del ciclo vital de Erik ERIKSON, la aproximación de los rasgos de Raymond CATELL, la aproximación humanista de Abraham MASLOW o de Carl ROGERS, la aproximación cognoscitiva de George KELLY, la aproximación conductual de BF SKINNER, la aproximación del aprendizaje social de Albert BANDURA o Julian ROTTER, etc.).

Lo que evidencia esta enorme variedad de teorías sobre la personalidad y el desarrollo psicológico de la persona, es que el potencial biográfico de la persona es prácticamente ilimitado. Por ello existen tantas teorías como investigadores y si uno se aproxima a cualquiera de ellas confirma que, cada una, tiene su parcelita de verdad analizada, sistematizada, de algún modo descubierta o puesta de manifiesto. Lo que también se evidencia es que ninguna de ellas resulta omnicomprendensiva. Esto último conviene tenerlo muy en cuenta al tratar el tema de la vulnerabilidad del menor, ya que el campo de operaciones en el que nos movemos es el de las posibilidades de evolución biográfica de una persona, esto es, un campo por definición inabarcable, aunque ello no nos debe hacer renunciar al esfuerzo de dar un poquito de luz sobre la realidad de los daños al mismo inferidos, de la que pueda sacarse alguna consecuencia de mejora.

En todas las facetas indicadas son importantísimos los modelos adultos de aprendizaje, coherentes con los valores que se pretenden transmitir y una progresiva autonomía del menor en cada una de ellas, coordinada por las personas de su familia responsables de su cuidado y adecuada a su nivel de desarrollo.

De los apartados enunciados, quizás los más determinantes de un desarrollo equilibrado y optimizado de las potencialidades del menor sean, por este orden, el orden afectivo y el relacional. El orden material viene dado más como un nivel de mínimos que de optimización de desarrollo, y los órdenes cultural, intelectual y deportivo, aun siendo muy relevantes en cuanto al tiempo dedicado a los mismos y a las consecuencias que, en orden a la ubicación futura del menor en la sociedad, hayan de tener, en cambio, en lo referente al desarrollo equilibrado de su personalidad aparecen claramente en un segundo plano respecto de los apuntados.

La vulnerabilidad del menor tiene, por tanto, como campo específico, el correspondiente a estos apartados en que se produce su desarrollo y habrá de estudiarse en relación a todos ellos, de modo que solamente será adecuado a un óptimo desarrollo del menor aquel entorno en el que se cumplan niveles aceptables, desde la perspectiva del interés del menor, en todos ellos, siendo de aplicación al caso el aforismo “*bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu*”.

A modo de Exposición de motivos:

¿Por qué ocuparse de la vulnerabilidad del menor de un modo específico? Sin duda son muchas las razones que pueden llevar a esta decisión pero, en mi caso, la cosa ocurrió así: Hace algunos años se me pidió que me ocupara del capítulo “La persona física” en las *Instituciones* que publicó el Consejo General del Notariado, lo que se tradujo en el ensayo que, con dicho título, fue publicado en su momento (10). Posteriormente, las modificaciones legislativas del año 2005, en sede de matrimonio y familia, me llevaron a sentir la necesidad de formarme en el estudio de dichas instituciones, desde una perspectiva interdisciplinar, no solamente jurídica, que me permitiera afrontar la realización de trabajos de investigación y doctrinales sobre las mismas, con una visión más polifacética, práctica y completa. Esto se tradujo en el máster del ICF (11) que, durante dos años y con treinta y seis asignaturas, contribuyó a com-

(10) *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Civitas, 2003, tomo I, volumen 2.º Personas, pp. 16 a 106.

(11) Instituto de Ciencias para la Familia en la Universidad de Navarra.

pletar mi formación en estas materias, especialmente en las facetas no jurídicas, pero sumamente relevantes, del matrimonio y la familia. Fruto de esta visión interdisciplinar del fenómeno familiar fue el ensayo *Modelos de Familia*, que vio la luz en el primer semestre de 2007, coincidiendo con el final del máster (12).

El trabajo que ahora me propongo afrontar es el fruto de una reflexión derivada de los dos anteriores mencionados. En efecto, el denominador común, en ambos casos, es que la gran víctima de las iniciativas legislativas, en un caso referidas a la persona individual, en otro al matrimonio, es el menor. El que podríamos llamar “menor mínimo” o intrauterino, en el primero, y el menor hijo de familia desestructurada, en el segundo. Me resultó especialmente alarmante el hecho de que esta coincidencia parecía no agotarse en los dos supuestos objeto de estudio y el hecho, no por obvio menos motivador, de que los menores, por su propia condición de tales, no tomarían nunca una iniciativa de defensa de sus intereses, por lo que nos correspondía hacerlo a quienes, teniendo conciencia de esta realidad, superaríamos la innegable pereza que supone el lanzarse a semejante aventura.

En vista de ello, hace ya algunos meses comencé a recabar información sobre otros campos de riesgo para los menores en su vulnerabilidad específica. No hizo falta un gran esfuerzo para ir detectando otros supuestos en los que se daban estas circunstancias: normativas sobre reproducción artificial, programación y publicidad en televisión, educación para la ciudadanía, redes sociales en Internet, algunos videojuegos, sexo, alcohol y drogas, pederastia, esclavitud infantil que conlleva las aberraciones de los niños soldados en África, los esclavos sexuales o laborales en diversas partes del mundo, etc. Acotar y tratar una parte de este vastísimo campo de trabajo, con un mínimo de sistemática y con una finalidad didáctica y práctica, reflexionar sobre las causas y aportar posibles soluciones o líneas de comportamiento que supongan una mejora, es el objetivo del presente trabajo.

II. UNA VISIÓN OPTIMISTA

Si damos un repaso a los datos que nos ofrece la historia reciente en relación con la vulnerabilidad del menor, podemos constatar indudables progresos en el tema, que es importante tener en cuenta para que el examen del mismo se ajuste, del mejor modo posible, a la realidad.

(12) Este ensayo fue publicado en el *Libro homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, editado por Civitas, 2007, pp. 310 y ss. También fue publicado, como monografía separada, por la revista *Empresa y Humanismo*. Cuaderno 102, febrero de 2008.

En primer lugar, los avances de la medicina han hecho disminuir, hasta su casi desaparición, al menos como posibilidad científica, la mortalidad infantil con ocasión del parto y, de modo muy importante, por razón de enfermedades en la primera infancia. El progreso en la dietética, unido al aumento en el nivel de vida, ha conllevado, a su vez, una mejora importante en la nutrición del niño y, a consecuencia de la misma, en el desarrollo físico, lo que viene determinando un constante aumento en la estatura media y la consiguiente mejora deportiva, también resultante de aprendizajes complementarios del estudio, durante el desarrollo del menor.

En lo cultural, el aprendizaje de idiomas, que en generaciones anteriores se limitó a lenguas muertas y, en todo caso, un segundo idioma poco y mal aprendido, se ha transformado en una generalización del segundo idioma, respaldado por salidas a lugares en los que el mismo se practica, con el consiguiente enriquecimiento, no solamente idiomático, sino también social, humano, cultural y geográfico. Los aprendizajes complementarios, especialmente los relacionados con las nuevas tecnologías, con especial importancia de la informática y de su expresión más universal como fuente de información: Internet, han abierto a los menores de la última generación a multitud de posibilidades de relación social y conocimientos útiles, que les estuvieron vedados a las generaciones anteriores.

En el aspecto afectivo se puede decir con D'AGOSTINO (13) que *“los niños de hoy son deseados, amados y mimados de formas absolutamente desconocidas no sólo en otras épocas y en otras culturas, sino también en el pasado más reciente”*.

En un orden jurídico hemos asistido, ya desde del siglo XIX, a una evolución de las instituciones reguladoras del estatus del menor, en el sentido de que deben diseñarse como instituciones de protección del menor y no en beneficio de los mayores respectivos. Así, la patria potestad, que en el Derecho Romano atribuía al *pater familias* facultades de cuasi propiedad sobre los *alieni iuris* de su familia, ha sido rediseñada en beneficio del menor sometido a la misma. Otro tanto ocurre con la adopción, aunque, en este último caso, tenemos alguna matización de excepción que constatar, resultante de las últimas novedades legislativas.

Además de este cambio de orientación en las instituciones tuitivas del menor, nos encontramos, a lo largo del siglo XX, con las primeras declaraciones de los derechos del menor. Son de destacar en este sentido las siguientes:

(13) Francesco D'AGOSTINO: *Filosofía de la Familia*, p. 228; publicado por ICF, 2006. Ediciones Rialp, SA.

La Sociedad de Naciones, en 1924, promulga la “Declaración de Ginebra” sobre los derechos del niño, de la que podemos destacar lo siguiente: *“... reconociendo que la humanidad debe al niño lo mejor que tiene que dar, aceptar y declarar que es su deber que, más allá y por encima de todas las consideraciones de raza, nacionalidad o credo: 1.º El niño debe recibir los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritualmente...”*.

En la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sesión de diez de diciembre de ese año, se contienen, en lo que nos interesa, dos afirmaciones básicas: Así, en su artículo 16-3 dice: *“La familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a ser protegida por la sociedad y por el Estado”*, y el artículo 25-2, a su vez: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a especiales cuidados y asistencia. Todos los niños hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, deben gozar de la misma protección social”*.

Esa misma Asamblea, el 20 de noviembre de 1959 aprueba la Declaración de los Derechos del Niño y el mismo día, treinta años más tarde, se aprueba por el mismo organismo la Convención Internacional sobre los derechos de la infancia, destinada a ser ratificada por los países miembros y cuyos principios tuitivos del menor han pasado de modo importante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De dichos textos, a los efectos del presente trabajo, transcribiremos algunos apartados especialmente relevantes: Así, en el preámbulo de la Declaración de 1959, leemos *“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*. De los diez principios que comprende la Declaración del 59, son destacables los siguientes:

Principio 2: *“El niño gozará de una protección especial... para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal...”*.

Principio 6: *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres...”*.

Principio 7: *“... El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”*.

Principio 9: *“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación...”*.

A su vez, de la Convención de 1989 interesa resaltar los siguientes apartados: En primer lugar, en el preámbulo, se lee: “... *La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.*”

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”. En el artículo 1 se hace una declaración de gran importancia al afirmar que “*para los efectos de Esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...*”. En el artículo 3-2.º se dice: “*Los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres... y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”. En el artículo 6-1.º leemos: “*Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*”. En el artículo 7-1.º: “*El niño... tendrá derecho... en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. En el artículo 14 se dice: “*1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*”

2. *Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades*”.

Esta Convención es el instrumento de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido en la historia de la humanidad, ya que todos los países del mundo, excepto Somalia y Estados Unidos (este último, por no aceptar la prohibición de la pena de muerte para el menor de edad), han ratificado la misma.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, aprueba la Convención de los Derechos del Niño, de la que igualmente pasamos a destacar los siguientes textos de su preámbulo y de su articulado. En el primero, leemos: “*Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.*”

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”. En su artículo 1 se dice: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable,*

haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En su artículo 3-2.º: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. El artículo 6-1.º afirma: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”. A su vez, en el artículo 7-1.º leemos: “El niño... tendrá derecho..., en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El artículo 14, números uno y dos, establece: “1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

La Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, para una Carta Europea de los Derechos del Niño, dice, entre otras cosas:

“A. Considerando que la infancia de todo individuo y las particulares circunstancias de su entorno familiar y social determinan en gran medida su vida posterior de adulto.

B. Subrayando en particular el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo armonioso y equilibrado del niño.

C. Considerando que los niños son una de las categorías más sensibles de la población, con unas necesidades específicas que hay que satisfacer y proteger.

D. Considerando que numerosos textos internacionales han reconocido que dichas necesidades engendran una serie de derechos para los niños y generan, en consecuencia, obligaciones para los padres, el Estado y la sociedad.” El párrafo segundo del número ocho de la misma, comienza así: “Se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de dieciocho años...” y, unos párrafos más adelante del mismo número “... Todo niño tiene derecho a la vida” ... “Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas...”.

Si nos centramos en el Ordenamiento Jurídico Español nos encontramos, en primer lugar, con la ratificación por nuestro país de todos los documentos que acabamos de recensionar, por lo que podemos, con rigor, por aplicación de los artículos 10-2 y 39-4 de la Constitución, considerarlos parte del Derecho interno aplicable y vigente, al que debe someterse la legislación nacional. En segundo lugar, en el orden constitucional, de-

bemos tener en cuenta los artículos 10-1.º, 27-3.º y 39 de nuestra Carta Magna.

En el primero de ellos se dice: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. De este precepto constitucional quisiera resaltar dos consideraciones.

La primera es evidenciar que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad” es predicable, de un modo especialmente importante y digno de protección jurídica, respecto de los menores, ya que, por su propia entidad de personas “*in faciendo*”, en su desarrollo hasta la adultez, ese desarrollo cumple una función sustancial de su llegar a ser ciudadanos iguales y, por tanto, conecta muy profundamente con el principio constitucional de igualdad jurídica, recogido en el artículo 14 del mismo texto constitucional. La igualdad ante la ley solamente podrá predicarse de los menores a los que no se haya coartado o impedido el conveniente desarrollo de su personalidad, en el sentido específico propio de la minoría de edad. De ello debe deducirse que, ***en el supuesto de conflicto entre el libre desarrollo de la personalidad del menor y del adulto, por aplicación del principio de igualdad, debe prevalecer el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor, que necesita de tal desarrollo para conseguir el nivel de igualdad que supone la adultez común***. Esta consideración es de gran relevancia práctica y sobre ella volveremos en su momento.

La segunda es comentar el especial sentido que la expresión legal relativa al respeto a los derechos de los demás, cobra en el caso de los derechos de los menores. La especialidad radica en la indefensión que la minoría de edad provoca, por su propia esencia, en los pequeños, de modo que corresponde al poder público compensar dicha inferioridad de situación y proteger jurídicamente de un modo práctico y real a los menores, en el ejercicio de sus derechos. La concreción de esta protección debida la haremos también, en su momento, a lo largo de este trabajo. Baste ahora dejar apuntado el fundamento constitucional de tal pretensión.

En el segundo, el artículo 27-3.º, se dice: “*Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”. Este precepto, que recoge un principio básico de lo que son las competencias y desarrollo natural de la vida familiar y del desarrollo del menor en su ámbito, será objeto de estudio en sus actuales aplicaciones prácticas más adelante.

El artículo 39, dedicado específicamente a la protección de la familia y del menor, dice: “*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*.”

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.*

Baste apuntar en este momento el hecho de que en la previsión normativa sobre investigación de la paternidad, recogida en el inciso final del número dos, no hay limitación ni restricción alguna que justifique constitucionalmente excepciones a dicho principio vía ley ordinaria.

Si pasamos a la legislación ordinaria de ámbito nacional, nos encontramos con una gran cantidad de normas que, en los últimos años, han incidido sobre la situación jurídica del menor, con intención directa de protegerla y mejorarla.

Es el caso de las reformas del Código Civil: en sede de filiación, mediante Ley 21/1981, de 13 de mayo, que, a la luz del principio de que no hay hijos ilegítimos, sino padres ilegítimos, modificó el régimen jurídico de la filiación, igualando el *status filii* de los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales. Con esta misma intención tuitiva del menor se producen las sucesivas reformas de la tutela (Ley 13/1983, de 24 de octubre) y de la adopción (Ley 21/1987, de 11 de noviembre).

Al margen del Código Civil se publica, con el mismo objetivo normativo, la Ley Orgánica sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores, de 9 de junio de 1988. Especialmente destacable es la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, 1/1996, de 15 de enero, de la que posteriormente nos ocuparemos.

En el ámbito penal, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 3 (14), sienta el principio de inimputabilidad penal de los menores de catorce años, y a lo largo de su articulado regula la imputabilidad de conductas delictivas de los menores de edad entre los catorce y dieciocho años, en

(14) El texto literal del artículo dice: “Régimen de los menores de catorce años.

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”.

dos tramos, de los catorce a los dieciséis y de los dieciséis a los dieciocho, y la posibilidad de aplicación de la misma a los jóvenes de dieciocho a veintiún años, bajo ciertos supuestos. En la Exposición de motivos de la misma se insiste en que debe primar el principio del interés superior del menor, en sus aspectos educativo y rehabilitador, sobre el de proporcionalidad de la pena a la gravedad del delito cometido.

La indudable buena fe del legislador no se ha visto acompañada por el éxito. En la actualidad se está produciendo el hecho sociológico, cada vez más extendido y preocupante, de que una creciente cantidad de delitos graves son cometidos por menores de catorce años, en casi todos los supuestos, enseñados, dirigidos y explotados por el entorno adulto con el que conviven.

¿Qué ha pasado? El legislador se ha olvidado, al regular la imputabilidad penal del menor como lo ha hecho, de varias circunstancias básicas: que el uso de razón del menor comienza a los siete años, que el desarrollo físico y mental de los menores con uso de razón les hace capaces intelectual y físicamente para una creciente variedad de delitos y que, su minoría de edad se traduce, como en todos los menores, en una gran plasticidad, receptividad moldeadora de patrones de conducta. Ello significa que, si el entorno adulto de estos menores es delictivo, los adultos delincuentes utilizarán su enorme capacidad de influencia sobre el menor para, aprovechando su desenfada de responsabilidad, perpetrar a través de ellos los delitos que los propios adultos les enseñan o incluso obligan a realizar. El efecto práctico de una ley como la comentada es, paradójica y trágicamente, convertir a los menores en ejecutores ideales de delitos para los adultos y, en consecuencia, incentivar a los delincuentes adultos en educarlos e instrumentalizarlos para la comisión de delitos que, ejecutados por ellos mismos, supondrían imputabilidad penal, pero ejecutados por los menores, quedan impunes.

¿Cómo debe regularse este tema? No descartando la responsabilidad del menor que actúa con conciencia y voluntad de producir un daño; regulando facultades de discrecionalidad judicial para ajustar al caso concreto la posible responsabilidad, incluso penal, del menor; regular de un modo riguroso la responsabilidad del entorno adulto, sean o no progenitores biológicos, del menor que delinque (15).

(15) El autor de estas líneas tuvo recientemente una experiencia en este sentido. Fue víctima de un intento de hurto por una menor en una calle céntrica de Madrid. Con la ayuda de un policía consiguió reducir y detener a la ladronzuela de unos trece años de edad. Cuando, ya en Comisaría, insistí en la responsabilidad del adulto que viniera a hacerse cargo de la misma, se me contestó, con una mezcla de desánimo y fatalismo, que el tema no tenía remedio, porque la menor era inimputable y tampoco había cauce legal para dirigirse contra su entorno adulto.

Esta realidad sociológica del aumento de la delincuencia protagonizada por menores, ha llevado a la reforma de la ley comentada por la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, que supone una agravación de las penas a determinados delitos cometidos por menores, como consecuencia de la preocupante evolución al alza de los delitos cometidos por los mismos (16). La pena es que en la reforma introducida, ni se modifica el polémico y más que discutible artículo 3 transcrito, ni se avanza en orden a indagar las conexiones y responsabilidades del entorno adulto del menor delincuente.

Esta enumeración de leyes protectoras de los menores, que no pretende ser exhaustiva, llega hasta la elephantiasis normativa si añadimos a la misma, cosa que ahorraré al sufrido lector, las leyes que, en los últimos años, se han ocupado de este mismo tema en cada Comunidad Autónoma (17).

En esta selva legislativa, la especie más frecuente es el concepto del “interés del menor”. Está presente en prácticamente todas las instituciones que tienen por sujeto posible a un menor: nacionalidad, matrimonio, filiación, alimentos entre parientes, patria potestad, emancipación, tutela, guarda y acogimiento, adopción, guarda de hecho, en el ámbito del Código Civil. En el ámbito penal, como hemos visto, la ley de la responsabilidad penal del menor hace especial mención del interés del menor, en orden a su rehabilitación. En el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, en el régimen de los procesos especiales, ordena la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos en que sea parte un menor, con especial hincapié en los procesos matrimoniales en los que existan hijos menores. El interés del menor está asimismo presente en los tratados internacionales, los resultandos y considerandos de las sentencias de cualquier tribunal e instancia, en el que se diluciden cuestiones que les afecten; en definitiva, se ha convertido en un lugar común, una referen-

(16) Crítica por incorrecto el dato estadístico de aumento de los delitos cometidos por menores Lorenzo MORILLAS CUEVA en su artículo “Avances y retrocesos en el tratamiento penal de la delincuencia de menores”, publicado en obra colectiva *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Aranzadi, 2008. Considera dicho autor, p. 198, que “no es rigurosamente exacto que haya un acrecentamiento de los delitos realizados por menores...”. Sin embargo, en España, tal como tendremos ocasión de exponer más adelante, en los últimos siete años, se ha producido un incremento de la violencia juvenil en más de un doscientos ochenta por ciento, lo cual confirma y justifica la reforma legal indicada.

(17) Entre las leyes autonómicas que se ocupan de esta materia merece, de todos modos, destacarse la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, en cuyo título II, artículo 8, se regula expresamente la protección del derecho a la vida en formación, así como el de las mujeres gestantes que decidan tener su hijo. Sobre dicha Ley y la más reciente 6/2009, de 30 de junio, sobre Protección de la Maternidad, volveremos a ocuparnos en el capítulo referente al aborto.

cia de criterio obligada para acertar en los asuntos que tienen que ver con los pequeños.

Pero, siendo esto así, llama poderosamente la atención el hecho de que en ningún texto legal conocido (18) se haga un esfuerzo riguroso, suficientemente completo y descriptivo de cuál sea el contenido práctico de esa etiqueta, tan utilizada como referente normativo y ético.

Si uno analiza cualquiera de las leyes teleológicamente orientadas a la protección del menor, quizás de un modo especial la citada de protección jurídica del menor, 1/1996, de 15 de enero, resulta admirable que, siendo el objetivo de regulación la protección específica del menor en cuanto tal, no se haga, ni en la Exposición de motivos, ni en el texto articulado de la misma, una descripción del objetivo de esa protección, es decir, en qué consiste el desarrollo adecuado del menor, que se debe proteger y al que se debe orientar la regulación. Nos encontramos en esta ley con un elenco de derechos, ejercitables solamente por los menores que ya no lo son tanto, con una clasificación de las situaciones de desprotección y de consiguientes actuaciones de protección, que son pura patología social de necesaria regulación, es cierto, pero en ningún caso se nos ofrece siquiera una idea aproximada de en qué consisten las necesidades del menor para su adecuado desarrollo, que se pretenden garantizar y proteger.

Los derechos que, desde la perspectiva del desarrollo adecuado del menor, responden a sus necesidades más graves y perentorias, no son derechos “ejercitables” por el menor. Se trata del derecho a nacer, a tener un padre y una madre, a crecer en un entorno familiar de afecto, a una estabilidad familiar durante toda su minoría de edad, etc. Estas son las coordenadas reales, prácticas, en las que se juega de verdad la optimización del desarrollo del menor.

¿Por qué sucede esto? Entiendo que ello puede responder a lo siguiente:

Adentrarse en qué sea el “interés del menor” con un mínimo de rigor, implica conocer una realidad ciertamente compleja y pluridisciplinar. La biología, biomedicina, antropología, psicología, psiquiatría, sociología, estadística, entre otras, son las disciplinas que nos dan la información adecuada para entender el fenómeno de las necesidades de un menor, en orden a su óptimo desarrollo, en cada etapa del mismo, de acuerdo con las variables familiares, económicas y sociales en que éste se produce.

(18) En la ley sobre responsabilidad penal del menor, a diferencia y mejora de las demás, se alude, tanto en la exposición de motivos como a lo largo del articulado, a la valoración del interés del menor con criterios técnicos por equipos profesionales de ciencias no jurídicas, pero tampoco en ella se acomete la labor de definir o al menos perfilar cuál sea el objetivo perseguible.

Si quien acomete la redacción de la norma carece de dicha formación interdisciplinar, no se siente seguro a la hora de enunciar teleológicamente los objetivos perseguibles en la regulación y opta por resumirlos críticamente en la consabida expresión “el interés del menor”. Así, todo debe hacerse “en interés del menor”, debe prevalecer “el interés del menor”, pero nada de adentrarse en qué significa esta expresión, tanto genéricamente como para una edad determinada, para una persona y situación concretas, etc.

La complejidad e interdisciplinariedad del fenómeno son ciertas, pero, precisamente porque es así de compleja la realidad regulada, no se puede frívola o perezosamente, reducirlo todo a una expresión que, al final, no dice nada, y aplicada como único criterio normativo no tiene más valor que el de una remisión a lo que cada vez que se aplique la norma, quien lo haga entienda como más acorde con el “interés del menor”. Con este modo de proceder, se hace buena la agria ironía de CARBONNIER, cuando califica esta expresión del “interés del menor” como la “noción mágica” que termina haciendo superfluas todas las instituciones del Derecho de familia, constituyéndose en determinante de la arbitrariedad judicial (19).

Por esta razón, para evitar este “desnorte” sobre los objetivos concretos a conseguir, hemos comenzado, páginas atrás, por hacer una aproximación a los conceptos de vulnerabilidad e interés del menor, que son las dos caras de la problemática que pretendemos afrontar en estas páginas (20).

III. EL ESTADO REAL DE LA CUESTIÓN

A lo largo de todas las normas citadas en el apartado anterior, que no se trata de descalificar, existen loables intentos de mejora en la situación jurídica de los menores, progresos en los conceptos, declaraciones programáticas en distintos niveles normativos del principio del interés del me-

(19) Jean CARBONNIER en su obra *Droit Civil*, 2 volúmenes, tomo I, “Introduction, Les Personnes, La Famille, L'enfant, Le Couple”. Editorial “Presses Universitaires de France”, Edición de 08-10-2004.

(20) En este sentido, a nivel doctrinal, se produce el mismo fenómeno y de ello es buen ejemplo la monografía titulada *El interés del menor*, de Francisco RIVERO, Dykinson, 2000. En ella su autor, aun reconociendo que el contenido sustantivo de la expresión dice referencia a cuestiones metajurídicas, p. 88, lo cierto es que no entra en ellas y cuando, en la p. 96, hace intento de bajar a tratar el tema, la falta de formación interdisciplinar le limita en la reflexión, sin llegar a considerar las nociones básicas que determinan en cada caso las opciones más favorables al menor.

De este modo, una monografía muy útil en algunos aspectos, normativos y jurisprudenciales, resulta incompleta en un rasgo esencial, en relación con su propio título, y no sirve para entender el núcleo de la cuestión sobre la que trata.

nor, nuevos derechos ejercitables por los menores (21), nuevas facultades del Ministerio Fiscal, en orden a la persecución de las actividades dañosas para éstos, etc., pero sucede que, en la realidad práctica del desarrollo vulnerable del menor, desde el menor mínimo enclaustrado en el útero materno, en las primeras fases de su desarrollo, hasta las últimas fases de la adolescencia, la protección de los riesgos derivados de más del 90 por 100 de su vulnerabilidad queda encomendada por la naturaleza, como labor tuitiva de protección, a su familia más inmediata, a sus padres fundamentalmente y ocurre que, en los mismos años en que se ha publicado todo este “bosque normativo de protección”, se han publicado normas que suponen una patente de corso para atentar impunemente contra la vida o la integridad del menor mínimo, normas disgregadoras del matrimonio de sus padres, ya que incentivan las desestructuraciones familiares, admitiendo las iniciativas unilaterales de ruptura, sin expresión alguna de causa y con irrelevancia total de la existencia de hijos, normas que desconocen los derechos del menor mínimo en relación a su propia vida, integridad, identidad y al derecho a conocer a sus padres biológicos...

Conclusión: es impresionante la cantidad de normas que, en los últimos años, se han publicado, tanto a nivel nacional como internacional, sobre el tema de la protección a los menores y más impresionante todavía el desenfoque de dichas normas, de prácticamente todas ellas, sobre las causas de mayor dolor y perjuicios a los menores: su vida, su paternidad y maternidad conocidas, su estabilidad familiar imprescindible para un adecuado desarrollo y las consecuencias de esta didáctica perversa en el perfil de la personalidad del adulto resultante.

Diríase que la mala conciencia de la sociedad sobre esta cuestión le hace disfrazar sus patéticas carencias con la vestidura de una infinidad de normas, llenas de inoperancia práctica, respecto de los problemas reales más graves en términos de felicidad constatable, que, esta misma sociedad, a través de otras leyes, menos numerosas pero increíblemente dañinas, les produce a los menores. Pero esta consideración merece ser estudiada con detenimiento en un apartado específico.

Urge, por tanto, con apremios de honradez, completar el cuadro resultante de las pinceladas recogidas en el apartado anterior y denunciar los ataques e injusticias que sufre hoy el menor.

En primer lugar, todo el apartado relativo a la mejora en los índices

(21) Por cierto, qué desconexión de la realidad el elenco de derechos del menor, del pomposo título I de la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, y qué clamorosa ausencia de los derechos de los que está más necesitado: derecho a la vida, derecho a un padre y una madre, derecho a desarrollar su personalidad en un clima familiar de afecto, derecho a una estabilidad familiar durante su desarrollo.

de mortalidad infantil, alimentación, atención sanitaria e instrucción cultural deben referirse exclusivamente a los menores del primer mundo. La inmensa mayoría de los menores habitantes del tercer mundo padecen hambruna, cotas altísimas de morbilidad y mortalidad, desnutrición y todo tipo de carencias materiales. Además, en muchos países del tercer mundo las agresiones directas a los menores toman formas, si cabe, más crueles que las hasta ahora conocidas. El fenómeno de los “niños soldado”, apartados violentamente de sus respectivas familias y convertidos en asesinos manipulados ideológicamente, hasta cotas de insensibilidad y crueldad brutales, hijas de su desarrollo afectivo familiar truncado y sustituido por el miedo y las consignas del adulto manipulador, son de una profunda injusticia, que va mucho más allá de cualquier privación material. Los fenómenos de esclavitud infantil, con distintos objetivos de aprovechamiento injusto, laboral o sexual, siempre basados en la indefensión de éstos, se producen con lamentable regularidad y referidos a cifras ciertamente preocupantes (22). El sarcasmo que para todas estas facetas de la realidad su-

(22) * Algunos datos sobre la **esclavitud laboral infantil**. Ginebra/Nueva York, 12 de junio de 2002 — Alarmado ante las nuevas cifras que indican que uno de cada seis niños y niñas trabaja, entre ellos millones de jóvenes que se encuentran en condiciones cercanas a la esclavitud como víctimas del trabajo forzado o en régimen de servidumbre, el UNICEF exhortó hoy a todos los gobiernos a que tomen medidas rápidas y decisivas para remediar esta preocupante situación.

El anuncio se produjo como respuesta a un importante informe publicado hoy por la Organización Internacional del Trabajo, según el cual 246 millones de niños y niñas de cinco a diecisiete años trabajan, la mayoría en condiciones peligrosas. La publicación de este documento forma parte del primer Día Mundial sobre el Trabajo Infantil, organizado por la OIT para llamar la atención acerca de este problema y fomentar la toma de medidas.

“Que haya tantos niños que se vean obligados a trabajar –y a soportar los sufrimientos y los malos tratos que con frecuencia se producen en esta situación– es más que simplemente inaceptable. Es algo intolerable. Estos niños tienen necesidad de aprender y desarrollarse, y no de trabajar simplemente para poder sobrevivir”, señaló Carol BELLAMY, Directora Ejecutiva del UNICEF. “Los gobiernos deben tomar iniciativas decisivas. Han firmado tratados internacionales que prohíben este tipo de prácticas. Ha llegado la hora de que respeten sus obligaciones. Y hoy es el mejor día para comenzar, durante el primer Día Mundial sobre el Trabajo Infantil.”

Según el informe de la OIT, titulado “Un futuro sin trabajo infantil”, un 73 por 100 de estos jóvenes –alrededor de 180 millones– desempeñan las peores formas de trabajo infantil, entre ellas la prostitución, el trabajo esclavizado y el trabajo peligroso. Además, las cifras indican también que la esclavitud no ha desaparecido, ya que alrededor de 5,7 millones de jóvenes se encuentran en una situación de servidumbre o se ven obligados a trabajar. Estos niños y niñas tienen a menudo grandes dificultades para obtener ayuda, no solamente porque son jóvenes, sino también porque no poseen ningún certificado de nacimiento ni documentos oficiales. Por tanto, son niños y niñas “invisibles”.

* Algunos datos sobre **esclavitud sexual infantil**, nos los proporciona la página web “en buenasmanos.com”:

Las cifras siempre son frías e impersonales, pero nos permiten hacernos una idea global sobre aquello a lo que nos estamos enfrentando. Sólo en la India entre 270.000 y 400.000 meno-

pone la existencia de las Declaraciones sobre los derechos del niño antes recensionadas, ratificadas por la inmensa mayoría de los países en los que se producen estos hechos, no es pequeño. Pero no es el objetivo de este trabajo denunciar estos hechos.

No quiere ello decir que tengan menos importancia, sino que el ámbito espacial en el que se produce este trabajo es el de un país en el que no se dan estos abusos, o se dan en menor grado, pero en el que de ello, con frecuencia, se saca la quizás equivocada conclusión de que nosotros somos más civilizados y respetuosos con los menores.

La realidad profunda, según tendremos ocasión de ir desentrañando a lo largo de estas páginas, es que el daño que reciben los menores en nuestra sociedad, no solamente es comparable, sino, en muchos aspectos, más grave y radical, de un egoísmo, no referido a una minoría estadística de niños maltratados por una minoría de delincuentes depredadores de menores, sino de una mayoría de niños, profundamente dañados en su desarrollo vulnerable, siendo ese daño imputable a Parlamentos democráticos, que son representativos y representantes de una sociedad mayoritariamente degradada moralmente, en relación a este tema, en la que las propias familias, que por naturaleza debieran ser el refugio seguro de los menores, se han convertido en la mayor fuente de riesgos, de daño inferido al menor, atacando directamente su vida en el seno materno, manipulándolo como ser humano de un modo utilitario, contrario a su radical dignidad e identidad única, en muchas técnicas de reproducción artificial y de manipulación genética, privándole de la afectividad y estabilidad fami-

res están siendo prostituidos en estos momentos, y cada año 3.000 niñas indias son obligadas a prostituirse por primera vez. En Tailandia la situación afecta a 80.000 menores, de las cuales 60.000 no alcanzan los trece años de edad. En Indonesia el 20 por 100 de las mujeres explotadas sexualmente son menores de edad.

La realidad es que la mayoría de los niños y niñas explotados termina muriendo de SIDA, tuberculosis u otras enfermedades como consecuencia de las relaciones que son obligadas a mantener. Se calcula que en el año 2000 murieron más de 50.000 menores por el SIDA.

En las grandes potencias mundiales como Estados Unidos y Canadá se prostituye en la actualidad a cerca de 100.000 menores (20.000 en la ciudad de Nueva York). Al menos otros 100.000 son explotados en la “industria” de la pornografía infantil.

En España, según datos facilitados hace dos años por la entonces Delegada del Gobierno del Ministerio de Asuntos Sociales, Amalia Gómez: “La prostitución infantil alcanza al menos a 5.000 menores en España”. Se han desarticulado redes de tráfico de menores en Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Málaga, Alicante, Pamplona, Guadalajara, Mallorca, Melilla y Canarias.

El motor principal de la prostitución infantil en muchas zonas es el turismo sexual. Sus practicantes son también los mayores consumidores de pornografía infantil, y proceden fundamentalmente de Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Australia y Japón. Según la Organización Mundial del Turismo cada año se producen más de 600 millones de viajes turísticos internacionales. Un 20 por 100 de los viajeros consultados reconoce buscar sexo en sus desplazamientos, de los cuales un 3 por 100 confiesa tendencias pedófilas; esto supone más de 3 millones de personas.

liar necesarias para su normal desarrollo, a través de una cultura que regula el matrimonio y la familia de espaldas a la realidad de responsabilidad asumida, que supone la existencia de un hijo, manipulándolo ideológicamente a través de determinados contenidos didácticos en su educación, bombardeándolo con una publicidad permanente, carente de valores y cargada de contravalores a través de los medios de comunicación, determinados videojuegos, etc.

Se trata de poner el acento en los daños derivados de las actuaciones legales e incluso promovidas por el poder público. Creo, por tanto, que es importante distinguir, por su origen y autores, dos tipos de daños a los menores:

De una parte están los daños producidos por actuaciones delictivas, en nuestro entorno nada desdeñables: la violencia juvenil, la pornografía infantil y la pederastia tienen unos responsables minoritarios, aunque crecientes de un modo preocupante (23) y muy explicable, son perseguibles penalmente y tienen un tratamiento de rehabilitación o privación de libertad para los responsables y preventivo de educación, para que el fenómeno no crezca socialmente.

Pero pienso que producen mayor daño a los menores, y a medio plazo a la propia sociedad, las actuaciones que, actualmente amparadas en la legalidad vigente, les truncan la existencia en sus primeros estadios por medio del aborto, la manipulan o simplemente la dañan en el desarrollo afectivo de su personalidad, a través de la masiva desestructuración familiar, de la manipulación educativa, etc.

Es cierto, y así lo analizaremos en su momento, que ambos tipos de daño tienen raíces comunes, pero hay otra diferencia entre ellos que me ha llevado a centrar este trabajo en los que podríamos llamar daños derivados de la legalidad vigente. Los “daños delictivos” son “políticamente incorrectos” y por tanto, todo el mundo está de acuerdo en su condena, persecución y, en la medida de lo posible, erradicación. Otra cosa es que se pongan los medios verdaderamente eficaces para conseguirla. Pero, en el caso de los “daños legales”, ocurre que son “políticamente correctos”, se aceptan como coordenadas de vida que el menor debe asumir, al mismo nivel de las que impone la naturaleza: necesidades biológicas, morbilidad e incluso mortalidad... Esta perversa y dañina asimilación es la que me propongo combatir con toda la fuerza de argumentación y lógica de

(23) En cuanto a la violencia juvenil, tal como ha quedado apuntado, se está produciendo un crecimiento exponencial de la misma; respecto de la pornografía infantil y la pederastia, no hace falta insistir sobre la frecuencia con que, en los medios de comunicación, aparecen noticias sobre el desmantelamiento de redes delictivas en este sentido, con detenidos en distintas provincias españolas.

la que sea capaz porque, en lo más profundo de este planteamiento, yace una gran mentira que debe denunciarse: no es cierto que no podamos mejorar estas coordenadas de sufrimiento de nuestros pequeños. Podemos y debemos hacerlo. En ello hay mucho en juego, no solamente la vida y la felicidad a la que tienen derecho esos menores, también la integridad moral de los adultos que respetan o no a sus menores y, derivado de todo ello, la salud moral de la sociedad resultante y su capacidad de permanecer y perpetuarse en el tiempo o, por el contrario, su propia decadencia y desaparición. Encaja perfectamente en la situación descrita la que resulta profética frase de Martin LUTHER KING: *“Nuestra generación no se lamentará tanto de los crímenes de los perversos como del estremecedor silencio de los bondadosos”*.

Tengo para mí que si Occidente no corrige de un modo profundo los desmanes que viene cometiendo legalmente con su repuesto generacional, que eso son, aparte de otras consideraciones, los menores, pagará la factura inexorable del progresivo declive y perderá la hegemonía cultural e incluso económica de la que ha disfrutado durante siglos.

Para que nuestros hijos sean fuertes, generosos, competentes, luchadores, equilibrados y socialmente integrados, deberemos formarlos así. Si, por el contrario, les recibimos con el filtro asesino del aborto, les educamos en el más feroz individualismo egoísta, les negamos el afecto profundo y estable de una familia en la que cada uno vive para los demás, les facilitamos todo lo material y les negamos la formación de un espíritu grande y generoso, es estadísticamente seguro que surgirán generaciones cada vez más “dañadas”, débiles, consumistas, pequeños en todos los sentidos, salvo el físico quizás, y a perpetuidad...

Para entender en qué consiste el desarrollo normal, adecuado del menor es preciso huir de dos planteamientos extremos igualmente falsos: el de pensar que el resultado, optimizado o frustrado, venga determinado exclusivamente por los factores favorables o desfavorables externos al menor, o el de pensar que dichos factores, en cuanto incontrollables, deben resultar en la práctica considerados como condicionantes “naturales”, sobre los que no vale la pena siquiera el plantearse una acción destinada a su mejora.

En el primer caso, la falsedad tiene su raíz en el desconocimiento de un factor esencial en el desarrollo del menor: la libertad de éste; la emergente personalidad que va tomando progresivamente el timón de la nave que se hace y decide sobre su propio rumbo, con todas las limitaciones y obstáculos que se quiera, pero con una capacidad, más profunda que todos ellos, de decidir sobre uno mismo, de modo que, a pesar de las más adversas condiciones externas podrán darse, y se dan, personas equilibradas, que desarrollan su personalidad corrigiendo y mejorando todos los

desvíos que la vida les ha puesto en el camino y, a la inversa, quienes partiendo de un contexto de talentos personales, ambiente familiar y social favorables, han frustrado sus potencialidades, ejerciendo su libertad en un sentido destructor (24).

En el segundo caso la raíz de la falsedad estriba en considerar que no procede actuar protegiendo al menor de los daños que se le infieren, como consecuencia de determinados comportamientos “legales” de los adultos: desde el deterioro del trato en el ámbito de la familia, hasta el bombardeo sistemático de contenidos televisivos o de Internet, claramente dañinos para los mismos, por considerar que todo ello forma parte de la realidad inevitable, y asimilarlo a las coordenadas “naturales” en las que debe producirse tal desarrollo.

Estas consideraciones deben tenerse siempre presentes, a la hora de valorar los riesgos y daños producidos a los menores, que serán objeto de examen en los próximos capítulos, evitando conclusiones erróneas, tanto de siniestro irreversible en el adulto resultante, como de ninguneo apriorístico de tales daños o riesgos.

Para ordenar la exposición, haremos un esfuerzo sistemático, distinguiendo en la cronología del desarrollo del menor tres etapas: el menor mínimo o intrauterino, el preadolescente y el adolescente. No se trata de una clasificación rigurosa y exacta, sobre todo en lo que respecta a las dos últimas etapas, preadolescente y adolescente, sino únicamente de un pretexto aproximativo para ordenar y sistematizar la exposición de las distintas fuentes o causas de posible daño al menor. Es evidente que los daños producidos, aun en el caso de que se generen durante una determinada etapa del desarrollo, lo cual no siempre ocurre ya que, según tendremos ocasión de ver, en algunos casos se pueden generar en cualquiera de ellas, suelen extender sus efectos a las siguientes, pero también es cierto que pueden, las indicadas, ayudarnos a clasificar los riesgos de vulnerabilidad.

(24) En este sentido, J. C. COLEMAN y L. B. HENRY en su libro *Psicología de la adolescencia*, Ediciones Morata, Madrid, 2003, p. 23, afirman que los individuos son productores de su propio desarrollo, argumentándolo del siguiente modo “*Se trata de uno de los principios clave del contextualismo evolutivo. Se destaca aquí el papel que todos los individuos, de cualquier edad, desempeñan en el moldeado de su propio desarrollo. Este principio innovador tiene considerables implicaciones para la investigación en ciencia social. Aunque, por lo general, se puede aceptar que el desarrollo del niño y del adolescente se deriva de una interacción de diversas causas, la idea de que el joven individual es un «agente activo» en el moldeado o determinación de su propio desarrollo no ha formado parte en términos generales del pensamiento de los investigadores en este campo. Sin embargo este principio está ejerciendo ahora un profundo efecto sobre el pensamiento y las obras de quienes estudian el desarrollo humano...*”.

1. Los ataques al “menor mínimo”

A) El aborto.

El ser humano intrauterino, al que llamaremos en el contexto de este trabajo “menor mínimo”, tiene su desarrollo y seguridad confiados por la naturaleza a la madre gestante y en ella se centra, por tanto, su vulnerabilidad. El aborto supone una traición de la madre a esa plena dependencia del menor mínimo y confianza en su consideración como ámbito de protección para el mismo. Esto no puede expresarlo el menor mínimo precisamente por su condición de tal, pero ello no quita un ápice de verdad a la realidad de que el acogimiento biológico del hijo en el seno de su madre, compromete a ésta a protegerlo y que lo que eufemísticamente se conoce como “interrupción voluntaria del embarazo”, en la radical verdad de cada mujer que aborta, vivido o reprimido, hay un brutal incumplimiento de un deber natural de protección (25).

El aborto es la agresión máxima posible, en el entorno de mayor vulnerabilidad para el menor mínimo, el de quien está biológicamente encargada de protegerlo. Tiene, como muerte violenta, todas las agravantes de indefensión, abuso de confianza y especial obligación de custodia y protección. Por mucho que se pretenda frivolar o ningunear lo que significa, seguirá siendo la mayor lacra de nuestra sociedad desarrollada.

Es este un tema del que, como quedó expuesto al comienzo de este trabajo, ya me ocupé en mi ensayo sobre la persona física. De lo dicho en el mismo cabe ahora destacar algunas ideas, así como añadir alguna consideración sobre la evolución del tema en nuestra patria:

1.^a Está científicamente demostrado que la vida humana comienza con la concepción y que no hay más salto cualitativo que éste, que merezca otorgarle la trascendencia de ser inicio de la vida humana. Las demás fases: implantación, actividad cerebral, organogénesis, latido del corazón, viabilidad extrauterina, etc., no dejan de ser saltos cualitativamente irrelevantes, de segundo rango, que sólo interesadamente, son elevados a la categoría de frontera, entre el no ser y el ser humano. De hecho, las legislaciones abortistas se apoyan unas veces en uno y otras en otro, o sim-

(25) La crudeza de las expresiones del texto es compatible con la existencia de multitud de circunstancias que atenúan y modalizan la responsabilidad moral de la madre que aborta a su hijo: la presión del padre de la criatura abortada, de la familia de la mujer que aborta, de la propia sociedad, la desinformación sobre las consecuencias del aborto para la propia mujer que lo lleva a cabo, la falta de ayudas proporcionadas a la necesidad de la gestante, tanto durante el embarazo como después del mismo, etc. Pero todas estas circunstancias juntas pesan, en la balanza de la justicia, menos que el menor mínimo asesinado en el vientre de su madre.

plemente ponen la frontera en determinado número de semanas de embarazo, con frecuencia cambiante, lo cual no deja de ser significativo y confirmatorio de lo afirmado (26).

En este sentido debe tenerse en cuenta que las diferentes Declaraciones de derechos del menor, que, a lo largo del siglo xx se han producido, definen a éste como el “ser humano menor de dieciocho años” (27), por lo que basta demostrar que el nasciturus, el concebido y no nacido, es un ser humano, para entenderlo incluido en el ámbito de protección. La Sentencia del TC de 11 de abril de 1985, que declara constitucional la ley que despenaliza el aborto en tres supuestos, reformando en este sentido el artículo 417 del Código Penal, acepta la existencia de “vida humana” en el concebido y no nacido y la considera un bien jurídico protegible, pero de inferior rango al de la madre. Nótese que en las Declaraciones de derechos que hemos transcrito en el apartado anterior, aparece como derecho inconcuso del menor, el derecho a la vida. Ello resulta coherente con la Exposición de motivos de la Declaración de 20 de noviembre de 1959, en la que se afirma: “*que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”.

Que con esta realidad científica conocida, estas declaraciones aprobadas y estos razonamientos evidentes e inatacables en buena lógica, en esta misma sociedad se produzcan los millones de abortos que se producen, no deja de ser una muestra de la peor cara del ser humano, en cuanto ser moral.

2.^a El llamado “preembrión”, en realidad embrión preimplantatorio, no pasa de ser un invento semántico para respaldar una previa voluntad de disponer de la vida humana en sus primeros catorce días de existencia. Resulta significativo, en este sentido, el hecho de que, en el reino animal, en los estudios científicos sobre animales cuyo sistema embrionario e implantatorio en el útero materno es análogo al humano, ningún científico haya nunca utilizado el término preembrión para referirse al embrión preimplantatorio (28).

Siendo lo que antecede como es, las técnicas de reproducción artificial, que consideran como materia disponible los llamados “preembriones”, están disponiendo de vidas humanas, de menores mínimos, a los que están conculcando su primer y más básico derecho, el derecho a la vida (29).

(26) Vid. *Instituciones de Derecho civil*, Civitas, tomo I, volumen 2.º, pp. 45 y ss.

(27) Vid. Convención de 1989: artículo 1; Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992.

(28) Vid. *Instituciones de Derecho civil*, Civitas, tomo I, volumen 2.º, pp. 30 y ss.

(29) En la Ley 14/2006, de 26 de mayo, esto se permite en el artículo 3-2.º, que autoriza en la fecundación in vitro la transferencia de tres preembriones en cada mujer, en cada ciclo reproductivo. En el artículo 11 se regula la crioconservación, utilización y muerte de preem-

3.^a La dimensión cuantitativa de holocausto o genocidio. En España, los informes oficiales manifiestan que desde que se despenalizó parcialmente el aborto en 1985, se han suprimido 1,1 millones de fetos, de vidas humanas. Según los datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, en 2007 se produjeron 112.138 abortos. La tasa volvió a crecer en casi un punto respecto del año anterior. El Instituto de Política Familiar ha manifestado que la cadencia actual es de un aborto cada 5,4 minutos. Es decir, 266 asesinatos cada día.

4.^a El cinismo sobre la etiología y tratamiento del fenómeno. Si nos remontamos causalmente desde el hecho del aborto producido, encontramos los siguientes eslabones de la cadena que termina en el mismo: el inmediato anterior lo constituyen los embarazos no deseados, es decir, una demanda de abortos, fruto de una realidad sociológica creciente. ¿Cuál es la causa de los embarazos no deseados? Evidentemente un uso indiscriminado, frivolidado, de la sexualidad, en el que el único remedio para evitarlos, desde el poder y los medios de comunicación, lo constituyen los anticonceptivos y el preservativo (30). Esto, en términos de prudencia normativa, es como regular la circulación vial atendiendo solamente a algunas de las variables de riesgo y desentendiéndose de las más importantes. Y, ¿cuáles son éstas? Ello nos llevaría a replantearnos en profundidad el tema de la sexualidad y su papel en el contexto biográfico de cada persona, lo cual excede de los objetivos del presente trabajo. Baste con apuntar que la sexualidad humana es mucho más que el instinto y el placer sexuales, que es materia más importante de lo que la moda extendida del sexo-diversión propone, y materia indisponible para la persona, en cuanto ser sexuado masculino o femenino, de un modo mucho mayor que lo que propone la ideología de género. Convertirlo en juego o en materia disponible sobre la que autónomamente cada individuo decide, son, aparte de errores antropológicos, las causas profundas del fenómeno generalizado del aborto.

5.^a La nueva ley de plazos, que actualmente está preparando el Gobierno socialista, merece algunos comentarios:

a) No responde a una demanda social, ni siquiera a una prioridad que estuviera en el programa de gobierno con el que concurrió el Partido Socialista a las últimas elecciones (31). Quizás es un modo de atraer

briones sobrantes de estas técnicas. En los artículos 15 y 16 se regula la utilización de preembriones con fines de investigación y su conservación en los llamados “bancos de preembriones”, expresión que no dejaría de resultar esperpéntica, si no fuera patética y trágica.

(30) Sobre este nexo causal volveremos en el último capítulo de este trabajo, al tratar de los riesgos que para el menor suponen actualmente el sexo y el alcohol.

(31) Me refiero a las elecciones generales de 2008.

la atención del debate social, desviándolo del problema real y acuciante de la crisis económica en general y del creciente y preocupante desempleo en España, en particular. Quizás, además, suponga un objetivo ideológico de transformación social del partido actualmente en el poder. Pero estas opciones no pasan de ser juicios de intenciones, de escaso interés práctico. El hecho incontestable es que el Partido Socialista ha adoptado una postura agresiva y genocida respecto de los menores mínimos.

b) Baja un escalón más en la perversión de los conceptos, al convertir legalmente lo que eran unos supuestos, más o menos excepcionales, de despenalización de una conducta, en principio delictiva, el aborto, a convertirlo en un derecho. Es más, la ministra de Igualdad, Bibiana Aído, se ha permitido comparar el progreso que supone este paso, al de la abolición de la esclavitud en EEUU en el siglo XIX. Quizá no se percate la ministra de que, admitida la comparación, ella representa al blanco sureño esclavista, ya que opta por considerarse dueña del destino del menor mínimo, como aquel lo pretendía respecto del negro, con la diferencia de que el esclavista solamente privaba al esclavo de la libertad, mientras que ella priva al menor mínimo de la vida; y de que el esclavo, poco o mucho, pero podía de algún modo defenderse, mientras que el menor mínimo es totalmente indefenso, ante la acción asesina del aborto. Verdaderamente la comparación de la ministra es para pasar a los anales del disparate y resultaría cómica, si no fuera por lo trágico del asunto.

La última guinda de este “pastel surrealista” la ha puesto la misma ministra, al afirmar que el feto de catorce semanas es un ser vivo, pero no un ser humano (32), con lo que quedan en el aire las preguntas: ¿A qué especie pertenece ese ser vivo?, o, ¿será el único sin asignación de especie?

c) Al considerar el aborto como un derecho exclusivo de la madre, desconoce y ningunea el hecho biológico incontestable de la paternidad, lo cual sirve, a su vez, a una desenfilada de responsabilidad del varón procreador, del más rancio corte machista.

d) Fija el plazo, a partir del cual el aborto sigue siendo un delito, en las veintidós semanas de vida del menor mínimo. Este plazo nada tiene que ver con el comienzo de la vida, ni su tránsito es de algún modo trascendente en cuanto al antes y después del feto. Nos podemos preguntar: ¿A qué responde entonces? La respuesta la encontramos no en términos de racionalidad, que ya hemos visto que no se da en absoluto, pero sí en términos de razonabilidad, en el marco de la filosofía de John RAWLS. En efecto, la idea de justicia de este profesor norteamericano no se apoya en la verdad, sino en lo que él denomina “lo razonable”. Un ejemplo del

(32) Las declaraciones de la ministra han sido ofrecidas por todos los medios de comunicación a lo largo del mes de mayo de 2009.

procedimiento con el que funciona la “lógica razonable” fue, en su día, el “*partial birth abortion*” (33). Pues bien, la fijación del plazo en veintidós semanas parece que tiene también su “lógica razonable” en el hecho de que el esqueleto del bebé se va haciendo progresivamente más consistente y plantea problemas a las clínicas abortistas, cuyas máquinas de trituration tienen más dificultades con los bebés más hechos. Esto resulta muy desagradable escribirlo, pero debo hacerlo porque me consta que no es ajeno a la realidad.

6.^a En este desolador panorama, constituye una bocanada de aire fresco la reciente Ley de la Comunidad Autónoma Valenciana sobre protección de la Maternidad (34).

El objetivo normativo es proteger el derecho de la mujer gestante que decide seguir con su embarazo, a ser apoyada socialmente en esa decisión, a ser previamente informada de ese derecho y de los programas y mecanismos de apoyo dispuestos a su favor, así como del derecho a la vida en formación desde la concepción.

En la misma se articulan diversos medios para la consecución de dichos fines: Creación de centros de atención a la maternidad con equipos formados por profesionales de las distintas especialidades: pedagógica, psicológica, social y educativa; equipos itinerantes de apoyo y de información telefónica y a través de Internet; elaboración de una guía de recursos, apoyo y asistencia incluso económica a la maternidad; escolarización de los hijos de la gestante y de la propia gestante menor; medidas de especial protección para las mujeres gestantes en situación de riesgo, etc. (35).

(33) Miguel RUMAYOR en su libro *Ciudadanía y democracia en la educación*, p. 139, expone cómo la ley americana que permitía el aborto durante el embarazo pero consideraba infanticidio el provocar la muerte del bebé ya nacido, llegó a la “razonable solución” de permitir la muerte del mismo, mientras no hubiera salido la cabeza del niño del útero de la madre, lo que provocó una técnica de los matarifes abortistas para dar la vuelta al niño dentro del útero de modo que el parto comenzase por los pies y, de esa manera, mientras sujetaban todo el cuerpo del bebé fuera del cuerpo de la madre, realizarle un corte en la base del cráneo y poder extraer el cerebro con un aspirador industrial.

(34) Ley 6/2009, de 30 de junio, de Protección a la Maternidad, que ha entrado en vigor el 4 de julio, día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad Valenciana*, tal como establece su disposición final tercera.

(35) La única objeción que puede hacerse al texto legal comentado, aparte la incertidumbre sobre su puesta en práctica, dada la inmediatez de su publicación, radica en que el artículo 12, a mi modo de ver equivocadamente, excluye a los padres o representantes legales de las menores de más de dieciséis años no emancipadas, del protagonismo que les corresponde en orden a la facultad de ejercicio, control y orientación relativa a la información a facilitar a la gestante. Entiendo que no hay motivo para tal exclusión y que la ley debiera decir dieciocho en lugar de dieciséis años en ese contexto.

B) Las técnicas de reproducción artificial.

Las técnicas de reproducción artificial parten de un principio falso (36): La vida humana, en los primeros catorce días, es materia disponible. Sobre este cimiento se asienta todo el edificio: Estos “menores mínimos”, que es como, con más rigor científico, cabe denominar al embrión humano preimplantatorio, se pueden producir, congelar, manipular, matar...

Las normas que regulan en nuestro Ordenamiento la reproducción artificial están diseñadas desde la perspectiva, si no única sí claramente prioritaria, del adulto, que hace uso de lo que las nuevas tecnologías permiten, en relación con la manipulación de la vida humana en sus primeros estadios y desconoce o desprecia la realidad de que el objeto de cada manipulación es igualmente un ser humano, respecto del cual se conculcan innegables derechos constitucionales.

De los muchos supuestos posibles, previstos legalmente, no todos ellos suponen conculcación de derechos de los menores, ni toda la problemática suscitada por la reproducción artificial se limita a los daños inferidos a los menores. En el marco en que se desarrolla este ensayo vamos, sin ánimo exhaustivo, a limitar nuestro examen a tres supuestos que nos parecen especialmente relevantes desde la perspectiva de la vulnerabilidad del menor.

1. *La privación de la familia biológica: el anonimato del donante.*

Poniéndonos en el supuesto más favorable y respetuoso con la vida: El del embrión que efectivamente se implanta en el útero y al que se permite su desarrollo, no acaban ahí los problemas de conculcación de derechos fundamentales para este superviviente aleatorio (o eugenésico, que, para el caso, lo mismo da). Dado que en el artículo 5 de la ley vigente (Ley 14/2006, de 26 de mayo), de muy discutible constitucionalidad, según veremos, se garantiza el anonimato de los donantes de gametos y “pre-embryones”, y en el artículo 6 se permite que toda mujer mayor de edad, con independencia de su estado civil u orientación sexual, se pueda someter a estas técnicas de fecundación artificial, el resultado práctico para el menor mínimo implantado en el útero de una mujer, que podrá no ser su madre biológica, será el que esta mujer será su madre civilmente y que se le negará el derecho a investigar quién es su padre biológico, esto es, a investigar la paternidad (37).

(36) Tal como se expone en el apartado anterior, al que me remito.

(37) Desde la perspectiva del daño inferido al menor, es muy relevante la diferencia entre los supuestos de inseminación con semen de donante de mujer casada con varón, de mujer

En este punto debemos volver sobre nuestros pasos. Es el momento de aplicar la prioridad constitucional que veíamos debe darse al derecho del menor al desarrollo de su personalidad, cuando entra en conflicto con la del mayor. En efecto; el hijo fruto de estas técnicas de reproducción artificial tiene el derecho constitucional a investigar su paternidad, conforme al inciso final del artículo 39-2 de la Constitución, aunque este derecho entre en conflicto con el derivado del derecho al anonimato, que el artículo 5 de la ley comentada concede al donante de gametos, ello por aplicación directa de dicho precepto constitucional, reforzada por el principio de igualdad, recogido en el artículo 14, ya que el adecuado desarrollo del menor es requisito exigible para conseguir la igualdad constitucional con el adulto, y el conocimiento de la propia paternidad forma indudablemente parte exigible en el adecuado desarrollo del menor (38).

En el ámbito del Derecho comparado podemos constatar que el “principio de veracidad biológica”, que conlleva el acceso al conocimiento de la auténtica identidad de las personas, en lo referente a sus orígenes biológicos, es admitido por Suiza (39) en su Constitución, por Alemania (40), Francia (41) y Países Bajos (42), entre otros.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 7 de junio de 1989 (Gaskin contra Reino Unido), afirma que el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad. Nótese que se hace hincapié en la formación de la personalidad del menor.

sola o casada con otra mujer. Pero en el presente trabajo no entraremos en las diferencias que, desde la perspectiva del desarrollo del menor supone cada uno de estos casos, limitando el estudio al anonimato de donante.

(38) Cosa distinta es que circunstancias de fuerza mayor e inevitables priven al menor de dicho conocimiento, pero no cabe que sea la propia ley quien le prive del mismo siendo el motivo, como bien jurídico protegible, de un rango evidentemente inferior al del derecho del menor.

(39) El artículo 119-2-g dice: “*Toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su ascendencia*”.

(40) Véanse la Ley Fundamental de Bonn, artículos 1 y 2 en relación con el 93, y Ley del Tribunal Constitucional, artículos 90 y concordantes: se conecta el derecho a conocer el propio origen biológico con el derecho al desarrollo de la propia personalidad, lo cual es importante, ya que orienta el fundamento de este derecho en el mismo sentido en que lo haremos seguidamente en el texto, sin limitarlo al ejercicio de derechos patrimoniales derivados de la relación paterno filial.

(41) La ley francesa de 22 de enero de 2002 crea un Consejo Nacional para la Búsqueda de los orígenes personales.

(42) La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994, que reconoce el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos.

En nuestro Derecho, el principal, por más necesario, derecho del menor, el de desarrollar su personalidad en el ámbito de la familia natural biológica, con padre y madre, dotados por la naturaleza de un instinto de paternidad y maternidad para con su hijo biológico, es decir, el entorno natural de protección, afecto y optimización de su desarrollo, se va a ver impedido radicalmente por el hecho consumado de un desarrollo en el ámbito artificial marcado por esta ley, con exclusión de la familia natural.

Va a prevalecer el discutible derecho de una mujer a ver cumplidas, de este modo y con este precio, sus ansias de maternidad, sobre el derecho de cualquier hijo a un entorno familiar natural. Es tan evidente la indefensión generacional del hijo así traído al mundo y criado, tan desconocidos los resortes de la naturaleza, por los que se puede manifestar el perjuicio para el menor de semejante manipulación familiar, que hace pensar en las responsabilidades de quienes participan en esta ceremonia del sometimiento de una persona, con todo lo que supone de ser exclusivo y único, al capricho de una tecnología, puesta al servicio de terceros y con repercusiones vitales para el menor.

Que esto no es una especulación crítica gratuita es algo que va emergiendo en la sociedad, a medida que las víctimas van dejando de ser menores y tomando conciencia de la vulneración de que han sido objeto en sus orígenes. Es el caso de Katrina Clark, una de las miles de personas nacidas en EEUU por inseminación artificial que, debido a las leyes que en dicho país garantizan el anonimato del donante de semen, creció hasta los diecisiete años sin saber quién era su padre. Cuando llegó a los dieciocho años contó su historia, y su queja, en un artículo publicado en *The Washington Post* el 17 de diciembre de 2006. En el mismo afirma: “*No pedimos nacer de este modo, con las limitaciones y la confusión que implica. Es hipócrita que, tanto padres como médicos, supongan que a los «productos» del banco de semen no les interesa conocer sus raíces biológicas, cuando es el vehemente deseo de tener descendientes biológicos lo que hace que los clientes recurran a la inseminación artificial*”.

La ley española de reproducción asistida de 2006 está diseñada en beneficio exclusivo del adulto, no reconoce ni protege el derecho del hijo a un padre y una madre. Desde un punto de vista emocional, muchas personas así nacidas sufren en esta situación, aunque sean muy pocas las que toman la decisión y tienen la voluntad, aptitud y oportunidad de manifestarlo públicamente.

En el mismo sentido, a nivel doctrinal, es destacable el razonamiento que hace Margaret SOMERVILLE (43) cuando dice: “... a medida que la pri-

(43) Margaret SOMERVILLE, Directora del Centre for Medicine, Ethics and Law en la Universidad McGill de Canadá, publicó el artículo del que se toman los contenidos recensio-

mera cohorte de niños nacidos como consecuencia de las TRA va alcanzando la edad adulta y conectan entre sí a través de Internet, empiezan a cambiar nuestra perspectiva. Ahora nos preguntamos qué derechos tienen en relación con la naturaleza de su patrimonio genético y el conocimiento de ese patrimonio.

Cada situación plantea una o más de tres cuestiones importantes: el derecho de los hijos a conocer la identidad de sus padres biológicos; el derecho de los hijos a tener un padre y una madre, preferiblemente sus propios padres naturales; y el derecho de los hijos a nacer sin que sus orígenes genéticos hayan sido alterados” (44).

En nuestra más reciente doctrina, Agustín ROMERO (45) afirma que *“por mor del interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad existe una nueva jurisprudencia consolidada que contempla y sanciona este principio (de veracidad biológica), ya que estamos ante una cuestión que entronca directamente con los derechos de la personalidad; pues, como ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 231/1988 y 197/1991), la identificación del origen forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, de forma que incide en su esfera de la personalidad. Principio aplicable a cualquier filiación en virtud del artículo 14 de la Constitución y 108 del Código Civil”*. Como consecuencia de ello el autor critica, como excesivamente restringido, el alcance de la acción de investigación de la paternidad en la Ley de Reproducción Humana Asistida, al ignorar la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual.

2. La descontextualización cronológico-biográfica.

Otro efecto perverso que esta ley hace posible es el de la descontextualización cronológica del menor, ya que, de una parte, en el número 1 del artículo 11 de la Ley se permite la crioconservación del semen del varón durante toda su vida y, de otra, en los números 3 y concordantes del mismo precepto se permite que los “preembriones” sobrantes de la

nados en el texto, el doce de septiembre de 2008, en la página web www.mercatrn.net con el título “Brave new babies”.

(44) La primera “niña probeta” fue Louise Brown, nacida el 25 de julio de 1978 en Inglaterra. Victoria Ana Sánchez fue la primera niña probeta en España, nacida en 1984, si bien son hijas de padre y madre matrimoniales, por lo que no se da, en su caso, la vulneración denunciada en el texto. No es casualidad que los primeros pasos se dieran en la llamada fecundación artificial homóloga... Actualmente son más de tres millones los “niños probeta” en el mundo.

(45) Agustín ROMERO PAREJA: “El derecho a la reproducción asistida (II)”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2008, p. 535.

aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer, sean criopreservados en los “bancos autorizados”, hasta que los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, consideren que la receptora no reúne los requisitos necesarios para la implantación, en cuyo supuesto, previo cumplimiento de los demás requisitos previstos en los números 5 y 6 de dicho artículo, pueden darles cualquiera de los destinos que se prevén en el número 4, entre ellos, la donación con fines reproductivos. Otras alternativas que prevé el citado precepto son la donación con fines de investigación, esto es, la manipulación y muerte del menor mínimo o el cese de su conservación, esto es, la muerte.

De este alambicado precepto, lo que quiero resaltar en este momento es que permite el desarrollo de menores, descontextualizados, tanto cronológica como biológicamente, de sus progenitores y de todo el entorno familiar de los mismos: hermanos, abuelos, tíos, primos, etc. Esto puede ser interesante como materia para una novela de ciencia ficción, pero resulta profundamente injusto cuando el protagonista de la historia es un menor que se encontrará, a su mayoría de edad, con la realidad de que fue sacado de contexto arbitrariamente en virtud de una ley, que para nada tuvo en cuenta la incidencia de semejante proceso en el desarrollo de él mismo como persona.

¿Esto es progreso? ¿Algún lector querría ser fruto y destinatario de dicho progreso? Me contento con que cualquier lector, llegado a este punto, reflexione sobre la pregunta que antecede y saque sus propias conclusiones sobre la bondad o maldad de la norma que esto permite.

Por supuesto que no es el expresado el único supuesto posible de descontextualización cronológica de una persona, en aplicación de la ley que nos ocupa, existen otros, pero no creo que valga la pena el estudio exhaustivo de todos ellos. Todos tienen la misma raíz y a todos les es aplicable la misma crítica.

3. *La manipulación genética y la clonación terapéutica.*

La utilización de los menores mínimos sobrantes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, para fines de investigación, pudiendo generarse incluso “bancos de preembriones” para dicha finalidad, supone una manipulación mortal de seres humanos en la que el fin, por loable y científico que sea, no justifica el medio.

La prohibición, mediante la calificación de infracción muy grave, de la clonación reproductiva, en el apartado 9 del artículo 26 de la Ley de Reproducción Asistida implica, a contrario, que la clonación terapéutica no supondría infracción, lo que conlleva la posibilidad de generar clones

de una persona, que puedan utilizarse para la curación del adulto que los encarga o a cuyo servicio se ofrecen por determinado centro, especializado en este tipo de operaciones. Ciertamente, hoy por hoy, no parece viable que la transferencia nuclear propia de la clonación pueda practicarse en humanos. Los experimentos en animales han dado unos resultados mucho más limitados de lo que los medios de comunicación han difundido, y la dificultad científica, en el caso de la clonación humana, sube de grado. No obstante, desde una perspectiva conceptual, independientemente de la viabilidad actual de dicha clonación, es evidente que admitir esta posibilidad resulta profundamente inmoral, responde a una visión utilitarista de la persona y supone un retroceso hacia un estadio anterior y más cruel que el que supuso históricamente la esclavitud.

Distinto es el caso de los llamados “niños de diseño” o “bebés medicamento”, que son niños producidos por fecundación “in vitro”, que sirven como donantes de células hematopoyéticas, para curar a un hermano enfermo. El proceso de producción y selección es el de generar muchos embriones a los que se permite su desarrollo hasta la fase de blastómeros (8 células) y, después de analizados, seleccionar el más compatible con el hermano enfermo. La realidad estadística de producción supone la destrucción de más de noventa embriones, esto es, hermanos, para la selección y viabilidad de un “bebé medicamento”. El primer niño de diseño, Adam Nash, nació en Estados Unidos en agosto de 2000, lo que significa que todavía carecemos de perspectiva biográfica del protagonista para contar con su testimonio en relación con la manipulación de su origen. Por lo demás, para conseguir la misma finalidad curativa de estos “niños de diseño” existen en la actualidad alternativas respetuosas con la vida humana, como son los bancos de sangre de cordón umbilical y los recientes descubrimientos sobre reprogramación celular (46).

(46) Respecto de los bancos de sangre de cordón umbilical, don Justo AZNAR, Director del Instituto de Ciencias de la Vida, de la Universidad Católica de Valencia, en entrevista concedida al semanario *Alba* en su número 200, octubre de 2008, afirma: “*Me parece mucho más positivo que se potencien los bancos de sangre de cordón umbilical. Realmente lo mejor es la sangre de un hermano. Pero aunque ésta tuviera una eficacia de un 80 por 100 y la de un banco de sangre de cordón fuera de un 70 por 100, la facilidad para recurrir a esta sangre es muchísimo mayor. Se podría utilizar sangre de un banco público, pero haría falta promocionarlo*”.

En cuanto a la reprogramación celular, en el mismo número del semanario citado se da cuenta de la siguiente noticia: “*Dos científicos, el japonés Shinya Yamanaka y el estadounidense James Thomson, han revolucionado el mundo de la ciencia con sus descubrimientos sobre reprogramación genética de las células adultas. La revista SCIENCE habla de «cambio de proporciones sísmicas» para referirse a este hallazgo que confirma que, respetando la racionalidad científica, la inclusión de tres o cuatro genes específicos y mantenedores de las características del estado embrionario en cualquier célula madura del organismo humano adulto da lugar a su transformación en célula embrionaria o muy similar a la embrionaria natural...*”. Quizás, de nuevo, la naturaleza nos ofrece un camino de progreso respetuoso con la vida humana embrionaria.

2. El menor preadolescente

A) El divorcio.

De los daños “legales” o “políticamente correctos” que se infieren al menor en nuestra sociedad, aunque sean estos de muy difícil determinación en su importancia y efectos, seguramente el efecto más dañino para los menores, obviamente después del aborto, lo constituye el divorcio de sus padres, en estas edades que ahora comentamos.

Algunas cifras, con carácter previo, nos ayudarán a hacernos una idea de la envergadura cuantitativa del grupo social al que afecta el problema del que vamos a tratar. En el año 2006 se produjeron en España, según el Instituto Nacional de Estadística, 145.919 disoluciones matrimoniales heterosexuales. Los hijos de tales parejas rotas son aproximadamente ciento cincuenta mil, menores de edad en su mayoría, por lo que podemos concluir que cada año se incrementa en cien mil (100.000) el número de los afectados que, en términos absolutos, desde 1981, ha provocado un grupo social de damnificados por este concepto, que ronda los dos millones de personas. Estamos, por tanto, hablando de un grupo de grandísima importancia, en términos porcentuales, de lo que supone el relevo generacional, para un país, como España, cuya población no llega a los cincuenta millones de habitantes.

El divorcio del matrimonio con hijos menores es la más importante causa de desestructuración familiar, con lo que ello supone de perjuicio para los hijos de tales uniones.

En *Modelos de familia* me ocupé de las consecuencias generacionales que los estudios comparativos de hijos de familias intactas, con los de familias desestructuradas, ponen de manifiesto (47).

Como continuación de dicho estudio quisiera, en este apartado, hacer algunas observaciones complementarias al mismo, en varios órdenes. Al exponer los efectos dañinos del divorcio en los hijos deben distinguirse dos planos: el personal y el social.

Dentro del primero, a su vez, deben distinguirse, de una parte, los efectos traumáticos, que normalmente aparecen de modo inmediato, aunque pueden también prolongarse en el tiempo o incluso aparecer de un modo retardado y, de otra parte, los que podríamos llamar efectos didácticos o conformadores de la personalidad del hijo que sufre el divorcio de sus padres, en orden al establecimiento de su propia escala de valores, en relación con el matrimonio y su personal vida afectiva.

(47) Vid. ob. citada, pp. 319 y ss.

En el plano social, a su vez, podemos distinguir los efectos expansivos endógenos del divorcio, íntimamente relacionados con el efecto didáctico antes apuntado, y los efectos expansivos exógenos, derivados del efecto incentivador de la ley llamada del divorcio exprés.

Distinguiremos, por tanto, en la exposición, tres apartados: efectos traumáticos, efectos didácticos y su relación causa-efecto con la expansión endógena del divorcio y, por último, la expansión de origen exógeno.

1. *Efectos traumáticos.*

El divorcio de sus padres constituye para el menor una auténtica explosión destructiva de seguridades, estabilidad afectiva y felicidad de infancia.

Esto es así, independientemente de las circunstancias que concurran en el divorcio, que pueden suponer una agravación o atenuación de dicha explosión destructiva, pero nunca su desaparición.

El menor, para su normal desarrollo, necesita, tal como veíamos al comienzo de este trabajo, de un entorno familiar en el que haya afecto..., seguridad..., estabilidad..., disciplina autoritativa..., referente moral... De todo esto le dota la naturaleza normalmente a través de la familia y de todo esto, en la mentalidad del menor, le priva la vida de golpe por el divorcio de sus padres. Si, como veíamos antes, los órdenes afectivo y relacional son los prioritarios, en un desarrollo optimizado de la personalidad del menor, la conclusión no puede ser más demoledora en clave de daño producido.

Este es el momento de atender a lo que los especialistas en la salud y psicología de los niños, nos dicen respecto del trauma que, para ellos, supone el divorcio. Paulino CASTELLS dice al respecto: *“¿Cómo reacciona el niño ante la separación de sus padres? Depende mucho de dos factores: la edad que tenga (cuanto más pequeño, mayor será su problemática) y de la forma de ser y actuar de sus progenitores (su personalidad, sus relaciones emocionales previas, la forma de separación, etc.). En general el niño (a diferencia del adulto, que ve la separación como remedio a sus conflictos) contempla la separación como la rotura de su vida: se rompe bruscamente la confianza en la continuidad y protección de la familia; aparecen los miedos y la ansiedad (¿Qué será de mí?); sentimiento de rechazo y abandono; tristeza, lástima; reacciones de cólera y odio...*

Trastornos psiquiátricos pueden aparecer en la infancia o desplazarse a la edad adulta. El 34 por 100 de los niños reacciona con una depresión enmascarada, habitualmente no referida –y a menudo no advertida– por el padre responsable de su custodia...”; “Las alteraciones emocionales que presentan los niños por la pérdida de uno de sus padres constituyen un cuadro clínico psiquiátrico denominado «proceso de duelo». Es difícil marcar

el tiempo de duración que, evidentemente dependerá de cada niño y de cada familia, pero por término medio se puede calcular en dos años aproximadamente... Es importante que los padres sepan que para el niño, especialmente si es pequeño, la ausencia de uno de los padres es equiparable a su muerte” (48).

Aunque con muy diferente estilo y método de trabajo, se pronuncian en análogo sentido COLEMAN y HENDRY (49), quienes, después de sentar como bases del desarrollo del menor: la continuidad entre las distintas etapas del mismo, especialmente infancia y adolescencia, la profunda y recíproca influencia individuo-familia, la necesidad de un enfoque multidisciplinar para el estudio de este desarrollo y de resaltar la idea del protagonismo que a los propios menores corresponde en el mismo, refiriéndose ya a los efectos del divorcio sobre los hijos, centran su atención en los resultados de un trabajo de BUCHANAN y colaboradores en 1996, sobre una muestra de 1.500 niños y jóvenes a los que se hizo un seguimiento durante seis años después del divorcio de sus padres. La idea de partida es que el divorcio, desde la perspectiva de los hijos, más que un acontecimiento es un proceso, que el conflicto en todo caso es perjudicial para los hijos, niños o jóvenes, y que la magnitud de este perjuicio tiene mucho que ver, en la etapa posterior al divorcio, con el conflicto continuado entre los padres, los nuevos cambios familiares de cualquiera de los progenitores, en definitiva, la falta de estabilidad mantenida en el tiempo.

En el libro *Los hijos y el divorcio*, de Nicolas LONG y Rex FOREHAND, (50), a pesar de tratarse de un manual sobre formas de superar el divorcio, que comienza, en su introducción, considerando “mito”, entre otros, que el divorcio de los padres siempre tiene efectos negativos e irreversibles (51) sobre los hijos y después de apuntar que, en Estados Unidos, cada año más de un millón de niños se enfrentan al divorcio de sus padres, el índice del mismo, en su sucesión de capítulos, no deja de producir el efecto de un negativo de fotografía que, a contrario, nos da la imagen de la desolación generada por el divorcio en los hijos. Son cincuenta

(48) Dr. Paulino CASTELLS: *Guía práctica de la salud y psicología del niño*, Planeta, 1999, pp. 126 y ss.

(49) John C. COLEMAN y Leo B. HENDRY: *Psicología de la adolescencia*, Ediciones Morata, Madrid, 2003, p. 22 y pp. 93 y ss.

(50) Nicolas LONG y Rex FOREHAND: *Los hijos y el divorcio*, McGraw-Hill Companies, inc. Traducción de Cristina Nevado, 2002.

(51) Quizá se salva la frase por la inclusión de la palabra “irreversible” ya que, en el hombre, ser esencialmente relacional, dinámico y libre, nada es irreversible y todo es gradual, con distintitos grados de reversibilidad, pero la idea que subyace en el contexto de la frase, parece más pensada para atraer lectores que para describir la realidad de lo que ocurre en los niños con el divorcio de sus padres. La prueba de ello la constituyen los propios enunciados de los capítulos que se transcriben.

las “recetas” contenidas en el manual, por lo que no cansaré al lector con todas ellas, pero vale la pena hacer una relación de ellas suficientemente extensa como para percatarse de la magnitud de la catástrofe que, digan lo que digan los autores, supone el divorcio para los hijos: “No discutas con tu exesposo delante de vuestro hijo”; “No utilices a tu hijo como mensajero o espía”; “No utilices a tu hijo como aliado”; “No limites lo que tu hijo puede contar a tu excónyuge”; “No critiques a tu excónyuge delante de tu hijo”; “Vuelve a definir la relación con tu excónyuge”; “Fomenta la relación con el padre que no tiene la custodia”; “Asegura el contacto entre tu hijo y su otro padre”; “Intercambio del niño sin problemas”; “Cambia la forma que tienes de pensar en tu hijo”; “Prepárate para las comparaciones”; “Mantén los pagos de manutención de menores”; “Minimiza los cambios”; “Anima a tu hijo a expresar sus sentimientos”; “Mantén siempre la misma disciplina”; “Desarrolla la autoestima de tu hijo”; “Ármate de paciencia y recobra la calma”; “Nunca culpes a tu hijo del divorcio”; “No compenses en exceso por el divorcio”; “No abrumes a tu hijo con tus problemas”; “No compares a tu hijo con tu excónyuge negativamente”; “Acepta el amor de tu hijo por su otro padre”; “Ayúdale a afrontar que el otro padre se desentienda”; “Busca ayuda profesional si tu hijo lo necesita”; “Piensa en cuándo y cómo presentar a tus citas” y “Afronta eficazmente nuevas combinaciones familiares”. No creo que sean necesarios los comentarios...

De un modo igualmente indirecto, pero muy ilustrativo, nos sirve la descripción que de la “buena familia”, como candidata a la adopción, hace Jesús PALACIOS (52) cuando dice que deberá tener “... *capacidad para atender de manera estable a las necesidades físicas, psicológicas y sociales de niños y niñas, compromiso emocional intenso y duradero con ellos, dedicación responsable y continuada a su bienestar y desarrollo*”. Nótese que, en una descripción de apenas cinco líneas aparece en tres ocasiones la referencia a la estabilidad. Pues bien, el divorcio es la quiebra de la misma y el inicio de una etapa en la que, el “rehacer su vida” de cada progenitor, supone una acumulada asunción de riesgos en este sentido para los hijos.

(52) Jesús PALACIOS en artículo publicado en el diario *El País* el 28 de septiembre de 2000. Es una lástima que en dicho artículo, después de tan certera y acertada relación descriptiva de lo que, en términos de protección al menor, aporta la familia, el autor sostenga que las preferencias sexuales o las creencias religiosas no son relevantes en este sentido. La realidad es que lo son, precisamente en la medida en que inciden en esa estabilidad, de un modo negativo estadísticamente comprobado en el caso de la homosexualidad, según quedó constatado por extenso en *Modelos de Familia* y, en cuanto a las creencias religiosas, salvedad hecha de la incoherencia de creyentes, lo cual es una cuestión de hecho *ad casum*, tampoco es irrelevante cuáles sean éstas y qué posición tenga el menor en la escala de valores resultante de las mismas.

Vale la pena que dediquemos un esfuerzo especial a determinar y concretar esos daños inmediatos, que el divorcio o separación de los padres produce en sus hijos menores, haciéndolo con la máxima prudencia y rigor, esto es, apoyándonos en datos contrastados de experiencia comparativa, más que en especulaciones teóricas. Para ello contaremos con el trabajo realizado por BENGOCHEA MARÍN (53) sobre un total de 1.441 niños: 905 pertenecientes a familias intactas (grupo de control) y 536 hijos de padres separados, distinguiendo entre estos últimos tres grupos: 102 correspondientes al grupo experimental de juzgado, formado por niños cuyos padres tramitaban en ese momento la separación (grupo experimental de juzgado); 332 correspondientes a hijos de padres separados residentes en centros en régimen de internado (internos); y 109 niños en guarda y custodia de uno de sus progenitores separados (acogidos).

A su vez los niños se distribuyen, en todos los casos, en cuatro grupos, según la edad. Siempre las pruebas fueron realizadas de forma anónima y voluntaria. Los resultados de los análisis efectuados se muestran en un total de cuarenta tablas, de las que el autor saca valoraciones, apoyadas en todo caso en los datos empíricos de estudio y de las que, sin que lo omitido altere, restrinja, condicione o modifique lo inserto, se pueden recensionar, como más relevantes a los efectos de nuestro estudio, las siguientes:

1. *“La inteligencia, como capacidad de rapidez de comprensión y aprendizaje de ideas, particularmente en los niños internos, resulta significativamente inferior en todos los niveles de edad y escolarización, no sólo con respecto a los niños de familias intactas, sino también en comparación con los otros grupos experimentales de niños del divorcio”* (54).

Esta observación empírica encaja con la idea de que la familia es el entorno natural más conveniente al menor para el desarrollo de sus capacidades y que la privación total de la misma, internado con ruptura familiar, es peor que la privación parcial, la ruptura familiar.

2. *“En lo referente a las otras dimensiones: sumisión, timidez, inhibición social, sentimientos de dependencia, inseguridad y culpabilidad, son los rasgos que se detectan en los niños de edades más tempranas de nuestro estudio, para ir pasando hacia aquellos otros aspectos de ansiedad, excitabilidad, agresividad, desatención por las normas, etc., en edades poste-*

(53) Pedro BENGOCHEA MARÍN: *Un análisis exploratorio de los posibles efectos del divorcio en los hijos*, Psicothema, 1992, volumen 4, número 2, pp. 491 a 511.

(54) El autor matiza la afirmación transcrita, diciendo seguidamente: *“Se ha de entender no como una infradotación, sino más bien, como un ejercicio disminuido de la capacidad para las tareas escolares debido a las tensiones y traumas familiares”*.

riores. Nuestros datos se corresponden con los mencionados por autores como HETHERINGTON y otros, 1982, 1985; WALLERSTEIN y NELLY, 1980; BRAY, 1988; ZILL, 1988”.

Nótese cómo el uso de razón va gradualmente convirtiendo el desconcierto del hijo ante semejante quiebra de su universo de seguridades, en creciente protesta por la injusticia que ello supone respecto de su desarrollo personal, aunque esto no se exprese con claridad ni coherencia por el adolescente.

3. *“Los hijos de preescolar, al no ser capaces de valorar acertadamente la situación del divorcio, sus consecuencias, pueden culparse ellos mismos del divorcio, temer el abandono de sus padres, percibiendo equivocadamente las emociones, necesidades y comportamientos de éstos y tratar de reconciliarlos”.*

En las edades más tempranas, la incondicionalidad del menor es tan absoluta en sus papás que tiende, de modo patéticamente surrealista, a autoinculparse de aquello de lo que, en realidad, es la gran víctima y su necesidad de afecto y estabilidad de ambos tan grande, que intentará la reconciliación, ajeno a cualquier otra valoración, distinta del cariño que les tiene y necesita que se tengan. Lo que resulta muy difícil de valorar es el alcance de la herida que todo ello produce en la personalidad *“in faciendo”* del hijo y hasta dónde llegarán los efectos de la misma en su propia biografía. Cuando ya sea adulto, sin duda producirá sus efectos el hecho de que en la fragua de su personalidad se produjo este mensaje “educativo”.

4. *“Durante el proceso de divorcio se ve más afectada la personalidad del niño que en tiempo posterior, lo que indica que esa fase se caracteriza por una mayor convulsión psíquica”.*

En realidad lo que se puede afirmar con rigor es solamente la parte final del aserto: una mayor convulsión psíquica. En cuanto a la incidencia del divorcio en la personalidad del niño, y del adulto que llegará a ser, no creo que sea tan sencillo establecer el efecto real del divorcio de sus padres. No me cansaré de insistir en el efecto educativo que, dada la plasticidad del menor, tienen todos los hechos que durante su desarrollo se producen, muy especialmente los relacionados con el núcleo de sus seguridades y afectividad: sus padres.

5. *“Los niños de cualquier edad, a excepción de un pequeño número de adolescentes (14 sujetos), expresan una significativa depresión en sus diversas manifestaciones, a causa del divorcio de sus padres. Nuestros resultados se corresponden con los obtenidos por otros investigadores como HETHERINGTON (1979); CHETHIK (1986); RÍOS GONZÁLEZ (1976)... una de las repercusiones inmediatas es la de «entrar en pena» que lleva a la apatía, tristeza, deseo inconsciente de morir o tendencia a no estructurar de modo alguno un modelo de vida...”.*

La depresión es una de las fuentes de padecimiento mayor que pueda darse. Quienes la han padecido afirman que prefieren cualquier dolor físico al que supone este sufrimiento psíquico. Si a ello unimos la inocencia total en la etiología de la misma y la indefensión e impotencia en orden a darle solución, nos haremos cargo, en un grado más, de la realidad de lo que supone el divorcio para los hijos y quizá de ello pueda salir una reflexión sobre la responsabilidad moral que supone el provocar semejante sufrimiento en aquellos respecto de los cuales, voluntaria y libremente, hemos asumido la obligación de criarlos, educarlos y sacarlos adelante.

6. *“Otro de los efectos del divorcio es la inadaptación tanto personal como escolar y social que sufre el niño. Después del período de crisis del divorcio, algunos hijos muestran una extraordinaria capacidad para adaptarse, otros sufren continuos retrasos evolutivos o trastornos, otros parecen adaptarse bien en las primeras etapas de la reorganización familiar, pero presentan efectos retardados que surgen con posterioridad, con especial incidencia en la adolescencia”.*

Lógicamente el estudio limita su observación al tiempo en que ésta se produce: el del divorcio o el del tiempo inmediato posterior al mismo. Como anteriormente apuntamos y posteriormente expondremos, ello no significa que se agoten en el mismo los efectos del divorcio en los hijos de la familia que se desestructura. Estos efectos se pueden medir no solamente en términos de patologías, que también las habrá, sino, sobre todo, en términos de plasticidad de personalidad fraguada, con la experiencia traumática y docente del divorcio, para la personal escala de valores del hijo que lo padece. La visión del matrimonio, de la superación de las dificultades de la convivencia conyugal, del divorcio como opción vital en la propia biografía, no será la misma cuando el ejemplo de vida que uno ha vivido es el del divorcio de sus padres. Ello se traduce en las estadísticas relacionadas en *Modelos de Familia* (55) y que nos llevan a la evidencia de que el divorcio genera divorcio y como fenómeno social tiende a expandirse porcentualmente en la sociedad que le da cabida normativa, tal como tendremos ocasión de analizar posteriormente.

Al describir los perjuicios ocasionados por el divorcio a los hijos menores no podemos pasar por alto el que se ha dado en llamar “Síndrome de alienación parental” (56) o SAP. Podemos describirla como una patología de las relaciones paternofiliales, provocada por uno de los progeni-

(55) Ob. cit., p. 326.

(56) Richard A. GARDNER, profesor clínico de psiquiatría en la división psiquiátrica infantil de la Universidad de Columbia, acuñó la expresión indicada en un artículo sobre el tema publicado en 1985. Publicó otra monografía sobre el mismo tema en 1992, fruto de una amplísima experiencia clínica práctica.

tores, que induce al hijo a la fobia del otro. Su marco específico es el de una ruptura de pareja en la que uno de los progenitores, generalmente el titular de la guarda y custodia del hijo, hace una utilización perversa de su enorme capacidad de influencia en el hijo menor para hacer daño al otro.

La importancia porcentual cuantitativa del fenómeno, según KOPETSKI (citado por TOVAR en trabajo al que aludiremos por extenso), en un estudio de seguimiento de 413 familias inmersas en procesos de *divorcio contencioso*, es de un *veinte por ciento* de los casos (20 por 100), lo que significa que felizmente no es un fenómeno generalizado, pero tampoco irrelevante, sobre todo habida cuenta de la gravedad del mismo, respecto de los menores afectados.

Desde la exclusiva perspectiva del daño que tal actitud produce en el hijo, resulta impresionante constatar hasta qué punto la plasticidad receptiva de un hijo pequeño puede provocarle desvíos afectivos hasta el surrealismo.

La vulnerabilidad de los hijos, cuando quien toma una iniciativa dañina es uno de sus progenitores, crece de un modo exponencial.

Siguiendo a TOVAR ESCUDERO (57), de los trabajos españoles realizados sobre el tema, sobre niños y niñas con una media de edad de diez años, que el autor describe con gran detalle de número, fechas y contenidos, resultan los siguientes síntomas de alienación parental, que cito literalmente, aunque de modo parcial, en lo necesario para trasladar al lector una idea suficientemente aproximada del tipo de daño que supone para el menor (por supuesto que también para el progenitor rechazado, pero no es el objeto de nuestro estudio), esta patología inducida por su progenitor/a:

“1. Campaña de desaprobación e injurias... En la mayoría de los casos alcanzan un grado de dureza inusitado, es decir, no solamente impropio de la relación paterno-filial, sino, muy probablemente, jamás empleado en ninguna de las relaciones personales que estos niños mantengan... Las expresiones verbales oscilan entre el insulto directo... y el desprecio... pasando por la total indiferencia... Se acompañan de profundo rencor... y se proyectan hacia el futuro...”

Las expresiones de rechazo suelen asociarse a conductas violentas y agresivas, que pueden alternarse con otras de total pasividad y displicencia...

(57) Carlos TOVAR ESCUDERO: “Manifestaciones y expresiones de los niños afectados por alienación parental en estudios españoles. Una aproximación cualitativa al síndrome de alienación parental (SAP).” En obra colectiva *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Aranzadi, 2008, pp. 113 y ss.

Entre los múltiples reproches... no faltan las falsas acusaciones de abuso sexual... Según RUIZ TEJERO, en los casos de alienación parental, y a diferencia de los casos de abuso real, los niños buscarán una confrontación directa con el presunto agresor, sobre todo si se encuentran en presencia del denunciante, esto es, del progenitor causante de la alienación parental.

2. Explicaciones débiles y frívolas o absurdas para justificar el desprecio...

3. Dicotomía radical en la valoración de los padres...

4. Fenómeno del pensador independiente. Consiste en que los niños, incluso de corta edad, afirman orgullosamente que sus opiniones son sólo suyas, propias, y que nadie les ha influido en lo que sienten...

5. Apoyo y defensa incondicional del progenitor alienador (58)...

6. Ausencia de remordimientos o sentimientos de culpa... Con extrema frialdad y dureza afectiva, que contrasta con el mutuo afecto y cariño que, hasta entonces, había estado presente en la relación paterno-filial, estos niños se vuelven insensibles a todos los acercamientos del progenitor que odian...

7. Argumentos y frases repetidas... que no forman parte de su lenguaje habitual...

8. Extensión del odio a la familia extensa..."

Esto por lo que se refiere a la manifestación inmediata de esta patología, pero es que, además de estas conductas, ya de por sí alarmantes, habría que investigar el proceso interior que lleva a los niños afectados a semejantes comportamientos y fobias y, como acertadamente hace notar el autor citado, las consecuencias que esta patología producirá en el adulto que la padeció en su infancia. Todos los estudios citados son muy recientes en el tiempo, años 2003 a 2006. Queda pendiente un estudio longitudinal biográfico de los menores afectados. La infancia es permanente aprendizaje y gradual fragua de la personalidad del futuro adulto. La manipulación perversa de la capacidad de influencia del progenitor para dañar al otro progenitor a través del hijo común, transmite a éste la experiencia de que para resolver los conflictos familiares la vía a seguir es el odio y el resentimiento, la confrontación directa y la destrucción del otro. Verdaderamente una mala escuela pero profunda y por tal eficaz.

Como tenemos dicho en otra parte de este trabajo, ello no significa

(58) En este sentido el autor cita a AGUILAR, que describe el caso de un niño que se queja de que su padre ha perdido interés por él. Cuando le muestran treinta burofax de su padre, interceptados por su madre, contesta que eso es sólo apariencia, y justifica a su madre, que "siempre hace lo mejor para mí".

un determinismo negativo obligado de todo adulto que en su infancia haya padecido este uso perverso de la influencia parental. Pero sí es cierto que, en la carrera de obstáculos que supone la maduración equilibrada de una personalidad de adulto, la víctima del SAP tiene un *handicap* especial, que requiere un tratamiento multidisciplinar o, mejor, polifacético, y un especial esfuerzo de su radical libertad, para corregir el profundo desvío que supone semejante envenenamiento afectivo. A corto plazo será el apoyo psicológico prestado al menor, para conseguir el desmantelamiento de la influencia perversa, salvando siempre, en lo posible, la figura del progenitor manipulador que, no se olvide, es su único referente de apoyo afectivo profundo y radical. A medio plazo será un proceso reeducativo, con especial atención a los valores afectivos dañados, en relación al progenitor atacado en particular y en relación al modo de proceder para resolver los conflictos que, como adulto, deba en su día afrontar. Tendrá una enorme importancia, en orden a la eficacia de la recuperación del daño, la acción sobre los progenitores, especialmente el manipulador, haciéndoles conscientes del perjuicio que producen a su hijo y ayudándoles a canalizar el afecto que sin duda le tienen, por una vía que permita rectificar los errores cometidos. Todo esto, evidentemente, es muy difícil en la práctica, supone el estudio y conocimiento de la personalidad de cada uno de los protagonistas, muchas horas de actuación prudente, paciente y clara, junto con la idea elemental de que un menor es un proyecto biográfico en marcha e incidir sobre el mismo no constituye una ciencia exacta.

2. El efecto “didáctico”.

Además de los efectos “traumáticos”, que hemos visto, desarrollados por los autores citados en el apartado anterior, existe un efecto “didáctico” del divorcio, como escuela de vida, como ejemplo e impronta que los padres, lo quieran o no, dejan en los hijos, no sólo ni fundamentalmente con lo que les dicen, sino, sobre todo, con su ejemplo.

En *Modelos de Familia* (59) constatamos cómo uno de los efectos comparativos diferenciados entre los hijos de lo que allí entendíamos por “familias desestructuradas”, entre las que se incluyen las resultantes de divorcio, y los de las que llamábamos “familias intactas” era, precisamente, una mayor incidencia entre los primeros de los fracasos afectivos y matrimoniales. Ello es consecuencia del que hemos dado en llamar “efecto didáctico” del divorcio en los hijos.

La plasticidad del menor, en un tema como el de su seguridad afectiva, de tan profunda incidencia en su desarrollo, hace que la vivencia del

(59) Vid. *Homenaje...*, pp. 322 y ss.

divorcio de sus padres se convierta, se quiera o no, en una lección de vida que queda grabada a fuego en los rasgos de su personalidad y en el archivo de sus recuerdos, vivencias y valores.

El hecho de que el divorcio, en las sociedades que lo admiten y regulan, tienda a expandirse socialmente tiene como explicación más razonable el que, en cada generación, desde que se introduce el divorcio, al porcentaje de crisis matrimoniales ya existente, se adiciona el derivado de la llegada a la adultez del sector social que componen los hijos de divorciados, en cuyo perfil de personalidad, en lo afectivo, se incluye la impronta derivada del efecto didáctico del divorcio de sus padres.

Se podría pensar, en sentido contrario, que las cosas no tienen por qué producirse de este modo, sino más bien del contrario: al ser una experiencia tan negativa, llevaría a quienes la padecen a aprender la lección y evitarla en su propia vida.

Pero el diseño de aprendizaje del ser humano, ínsito en su naturaleza, no es ese; para bien o para mal, el entorno del menor, con especial importancia en temas afectivos del entorno familiar, condiciona y moldea la escala de valores de éste por la vía de la vivencia y de la experiencia de vida. De ello se deriva el hecho estadístico comprobado de que entre los hijos de divorciados sea mucho más frecuente y arraigada la mentalidad divorcista y la actitud de considerar el matrimonio o, en general, la unión afectiva como algo cuestionable y sometido, si no a término, sí a condición permanentemente. Los humanos aprendemos por ósmosis de ejemplo de vida más de lo que parece. Si bien es cierto que siempre mantenemos un reducto de libertad y racionalidad, más profundo que todos los condicionantes ambientales.

Esta realidad explica que la progresión del divorcio, en las sociedades que lo introducen como institución aceptada socialmente, responde a una inercia de crecimiento indefinido, cuya pauta la marca el sector social creciente afectado generación tras generación. De este efecto dañino del divorcio se habla muy poco, sin embargo toda la información que se va conociendo, tanto del efecto didáctico del divorcio, en la conformación de la personalidad de los hijos de divorciados, como de la progresiva expansión social generacional del fenómeno, encajan perfectamente, como distintas piezas del mismo puzzle.

El ejemplo de vida, no obstante, no puede simplificarse en el solo hecho del éxito o fracaso de la convivencia conyugal y menos aún en la continuidad o no de la convivencia conyugal. Es mucho más rico en matices y se prolonga en muchos detalles que conforman un perfil didáctico positivo o negativo en esta faceta de la vida. Puede ser ese perfil positivo en un supuesto de fracaso de convivencia conyugal por culpa del consorte o por culpa propia debidamente reconocida y rectificada, y negativo, a pe-

sar de la continuidad de la convivencia conyugal, convertida en un “infierno de convivencia familiar”.

Pero no se diga que es menos malo el divorcio, incluso para los hijos, que un “infierno de convivencia”. En ese tipo de situaciones procede la separación personal, que supone, desde la perspectiva de los hijos, algunas ventajas: desaparece igualmente el choque continuo derivado de la convivencia enfrentada y los padres siguen vinculados por el compromiso que adquirieron con sus hijos, de modo que no cabe el “rehacer su vida”, en términos de multiplicar sus parejas y hacer de peor condición todavía la estabilidad afectiva del hijo, que tanto necesita ésta para su desarrollo.

Se podrá decir, en contra, que la estabilidad afectiva de la familia comienza por la de los progenitores y que, para ésta, en muchos casos, es conveniente la pareja. Efectivamente el tema puede reconducirse en argumentos y contraargumentos de modo indefinido.

No niego que podrán darse casos particulares de todo tipo, ya que existe una multitud de variables que producen un resultado cobiográfico familiar, pero ello no nos debe hacer perder de vista la norma abstracta, de mejor condición que su contraria, para una generalidad de casos. Para fijarla hay que determinar cuál se considera el valor preferente en el orden afectivo.

Un progenitor puede canalizar su afectividad en darse a sus hijos y llenar y “rehacer” de ese modo su vida, frustrada conyugalmente por el fracaso o trunca por la viudez. La vida suele, con el paso del tiempo, remunerar de modo profundamente satisfactorio, en términos biográficos, este olvidarse de sí mismo y centrarse en el desarrollo de los hijos. Lo hemos visto en multitud de ocasiones en nuestros despachos profesionales.

De todos modos hay otra razón más jurídica que nos lleva a la misma conclusión: los hijos son un compromiso asumido por los padres que conlleva, según se evidencia en todo lo que acabamos de examinar, la obligación por su parte de facilitarles el desarrollo adecuado durante su minoría de edad. Este compromiso es anterior a cualquier proyecto de “rehacer su vida”, por parte de sus progenitores en fase de desestructuración familiar o de familia desestructurada, y, en consecuencia debe, en justicia, ser preferido el interés del menor, del hijo, al del padre o madre en este contexto. Esta prioridad del interés del menor tiene su apoyo constitucional, tal como veíamos al comienzo de este trabajo, en el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, ya que para que esta igualdad pueda predicarse de los menores respecto del resto de los ciudadanos, debe facilitárseles el desarrollo que les permita llegar a la adultez adecuadamente y, para ello, según hemos visto, la estabilidad afectiva es un elemento esencial.

La libertad ejercida que supone para un adulto la paternidad conlleva la responsabilidad inherente a las consecuencias derivadas de la misma, aunque supongan una limitación en orden a los contenidos posibles de la expresión “rehacer su vida”. El alcance práctico de esta limitación y su posible plasmación jurídica son, hoy por hoy, cuestiones pendientes de una investigación seria y rigurosa, pero las premisas de las que se deriva esta conclusión, la existencia de tal responsabilidad y la consiguiente limitación derivada de la misma, resultan indiscutibles.

Si esto es así, ¿por qué nunca se ha planteado? Pues quizá la respuesta sea que el sector afectado por la misma, los menores dañados, nunca lo harán, precisamente por su condición de tales y, cuando llegan a la mayoría de edad, cambian de grupo, pasando a engrosar el de los adultos didácticamente predispuestos a protagonizar precisamente el perjuicio de los menores, sus propios hijos, por lo que tampoco tomarán presumiblemente nunca una iniciativa en este sentido, máxime cuando, con toda probabilidad, se sienten plenamente justificados en su derecho a “rehacer su vida”, tal como ya vieron, en su día, que sus progenitores lo intentaron.

De este modo, tan simple y cruel, tiende a perpetuarse el problema, sin que se apunte una línea de investigación que articule los medios con los que darle solución.

El entrecomillado de la frase “rehacer su vida” se debe a que la vida la vamos haciendo cada día y va produciendo sus frutos, en este caso los hijos, de modo que nuestra capacidad de “rehacerla” tiene, como límites, los efectos ya producidos y las obligaciones derivadas de los mismos. La persona tiene, en efecto, una enorme capacidad de rehacer su vida en términos de interioridad, pero ello no debe confundirse con hacer tabla rasa de las responsabilidades asumidas.

Rehacer vale como sinónimo de corregir posturas erróneas o dañinas, de mejorar comportamientos, de elevar miras, de modificar planteamientos vitales mejorándolos, etc. No vale, en cambio, rehacer la vida respecto de lo que yo llamaría “materias indisponibles”. Entre ellas la existencia de los hijos. Uno no puede impedir nada de lo que ya es pasado, es más, del futuro, uno tampoco puede impedir que se produzcan determinadas consecuencias de sus actos libres, por ejemplo, los perjuicios biográficos a los hijos si uno decide divorciarse. Estos perjuicios son tan materia indisponible como la propia existencia de los hijos y, por lo tanto, la causa que los produce es imputable moralmente a quien libremente la genera.

No se diga, es así la vida y es así para todos. Es así la vida cuando así la protagonizamos y lo es sola y exclusivamente para aquellos que, en uso de su libertad, recorren este camino. El hecho de que sean legión quienes lo recorren no modifica en absoluto el rigor del razonamiento, ni atri-

buye legitimidad moral alguna al comportamiento divorcista. Identificar el derecho a rehacer la propia vida con una extralimitación irresponsable respecto de las consecuencias de los propios actos es, aparte de imposible en muchos aspectos, profundamente injusto en el que ahora nos interesa, el de las obligaciones derivadas de la paternidad y maternidad.

3. *El “divorcio exprés”.*

No hemos incurrido en hipérbole alguna al intentar describir, en las páginas que preceden, los efectos devastadores que el divorcio produce en los hijos. Más bien podría decirse que nos hemos limitado a dar una información somera e imprescindible, para valorar con rigor la realidad profunda del fenómeno y, en consecuencia, el tratamiento que procede dar al mismo.

De esta realidad de dolor y daño enorme descrita, la primera consecuencia que impone un tratamiento lógico del fenómeno que la produce es tener en cuenta la misma para hacer una regulación del divorcio que, en la medida de lo posible, disminuya, minimice o evite tales perniciosos efectos.

De análogo modo a como, en sede de obligaciones contractuales, salvando las distancias, se atiende a la producción de efectos del contrato cuya resolución se pretende, en orden a determinar las causas y las consecuencias de la misma, parece lógico que el legislador tenga presente esta realidad de los daños producidos por la disolución del matrimonio con hijos, en orden a la determinación y modalización de las causas, evitación de tal resultado dañino o aminoración del mismo. Sin embargo, nada de esto ocurre con el divorcio y su regulación civil en España.

La Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio (60), sobre modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de matrimonio y divorcio, comprende veinticuatro párrafos, sumamente ilustrativos de la mentalidad del legislador. En ellos se hace hincapié en la libertad individual, como motor de la reforma que la ley introduce. En dicha Exposición de motivos, hasta el párrafo 15 no se hace mención alguna de los posibles hijos, como responsabilidad derivada del ejercicio de esa libertad, como realidad ligada al matrimonio que se disuelve y, en ese párrafo, la mención es para adelantar el divorcio, sin esperar a los tres

(60) Esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio “acausal” y “aconsensual”, esto es, unilateral, de lo que no hay, como señala Carlos LASARTE, parangón ni en nuestro Derecho, ni en el Derecho comparado. Lo más próximo, sería, como señala este autor, el repudio musulmán, pero en este caso permitido a ambos cónyuges. *Vid.* Carlos LASARTE en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid-2006, Derecho Editores, p. 312.

meses desde la celebración del matrimonio, cuando así lo aconseje el interés de los hijos (evidentemente, no matrimoniales del matrimonio a disolver). Las demás menciones a los hijos tienen un denominador común: regulan los efectos del divorcio sobre ellos.

Los hijos, para el legislador, no existen como compromiso asumido por los cónyuges progenitores, como principales víctimas, y víctimas inocentes, de la decisión tomada por uno o ambos progenitores de romper el compromiso conyugal por ambos asumido. De hecho, en la ley que comentamos, a los efectos de poner en marcha el proceso de divorcio, es totalmente irrelevante el hecho de que, fruto del matrimonio a disolver, existan o no hijos. Ello solamente afectará a la complejidad del convenio regulador que determine la atribución de la patria potestad, el régimen de guarda y custodia, visitas del progenitor a quien no se atribuye la guarda y custodia y las obligaciones de carácter económico derivadas de todo ello. Los hijos solamente existen en los efectos del divorcio, no modalizando las causas, ni generando medidas de prevención del mismo.

Para hacerse una idea de la profunda injusticia que supone tal regulación, es necesario entrar en el estudio de dos cuestiones: 1.^a La incidencia directa y comprobable de la ley que comentamos en el número de divorcios, con especial referencia a los matrimonios con hijos menores. 2.^a La existencia de medios que disminuyan el número de estas tragedias familiares que son los divorcios: la educación y formación previa al matrimonio, el matrimonio alianza y la mediación preventiva del divorcio, sobre todo con referencia a las primeras etapas de la convivencia conyugal.

1.^a Es evidente que la razón o causa inmediata de cada divorcio no está en la ley que lo permite, sino en la voluntad del o de los cónyuges que lo deciden. A nadie se le obliga por ley a tomar la iniciativa de divorciarse. Pero es igualmente evidente que la ley, en su función incentivadora o desincentivadora de conductas, indudablemente influye en el comportamiento de los ciudadanos, al regular de uno u otro modo el divorcio.

De las mil posibilidades de estudio estadístico que pueden valorarse, me centraré en una que me parece muy relevante para constatar la incidencia de la ley comentada en la realidad sociológica del divorcio. Me refiero a la evolución del número de divorcios en el primer año siguiente al matrimonio. Si bien es cierto que en la situación anterior, durante el primer año siguiente al matrimonio no cabía acudir directamente al divorcio más que en el supuesto de la regla quinta del artículo 86 del Código Civil, de irrelevante importancia estadística, sí que cabía la separación. Pues bien, si sumamos las separaciones y divorcios habidos durante el primer año de matrimonio en 2005, nos da un total de 243; esta cifra, referida solamente a los divorcios, crece para 2006 hasta 945 y en 2007 pasa

a ser de 1.095 (61), ello a pesar de que, en este último año, en términos absolutos, ha descendido el número de divorcios, según explican los analistas, por la incidencia que la crisis económica tiene en la iniciativa de divorciarse, en cuanto costosa para sus protagonistas.

La valoración que se desprende de las cifras recogidas es evidente: la ley comentada actúa como incentivo en los recién casados, en orden a tirar la toalla y no superar las dificultades iniciales de la convivencia conyugal, haciendo crecer de un modo exponencial los divorcios del primer año, hasta el punto de que, incluso en el año 2007, en que los divorcios descienden en casi un diez por ciento, los de primer año crecen, sobre la cifra del año anterior, en más de un diez por ciento. Si tenemos en cuenta que ya el año anterior, 2006, primer año completo de aplicación de la nueva ley, comparado con el anterior, el crecimiento de las rupturas es de más de un trescientos por cien, la conclusión obligada es que la ley incide directamente en la realidad matrimonial de los jóvenes españoles incentivando las rupturas.

Dado que este estudio lo es sobre la vulnerabilidad del menor, interesa conocer si ello afecta a los niños. Aunque no disponemos de una estadística precisa sobre el número de hijos menores correspondiente a este grupo de divorciados de menos de un año de matrimonio, sí disponemos del porcentaje general de divorcios con hijos menores y éste supera el cincuenta por ciento para los tres años de consulta (2005 a 2007).

Puede argumentarse en el sentido de que este porcentaje será menor en el grupo de estudio, por ser el primer año de convivencia y ser una convivencia conflictiva que, de hecho, concluye en divorcio. También puede argumentarse, en contra, que dada la actual aceptación social de la unión de hecho, la decisión de contraer matrimonio puede hacer pensar en un proyecto de vinculación más comprometido, al menos en la intención inicial de los contrayentes, en el que no quede excluida la procreación, en porcentaje significativamente diferente del resto de la población y que el propio embarazo, con las dificultades que conlleva, puede perfectamente pensarse como la piedra de toque de las dificultades que lleven a la ruptura.

De todos modos esta cuestión tiene algo de bizantina puesto que lo cuantitativo debe ceder ante lo cualitativo, de que esta ley no solamente no ayuda a los cónyuges a sacar adelante el compromiso de vida común, por el que ambos apostaron, sino que ni siquiera resulta neutra, y claramente incentiva las decisiones unilaterales de incumplir.

El hecho de que hayamos limitado el punto de observación al primer

(61) Los datos son los facilitados por el Instituto Nacional de Estadística a través de su página web, a partir de 22 de septiembre de 2008, en cuanto al año 2007.

año de convivencia conyugal no significa, obviamente, que la ley comentada no extienda sus efectos a los años posteriores. La ley no da un tratamiento diferenciado a este primer año de matrimonio, es más, en la medida en que lo da, es para restringir la posibilidad del divorcio hasta el cuarto mes de ese año. Pero, en su indudable función motivadora, la ley potencia y da cauce a las iniciativas disgregadoras que cualquiera de los cónyuges tome en cualquier momento. Cualquier persona con alguna experiencia de lo que es la convivencia humana y, de modo más acentuado, la convivencia conyugal, sabe que, como en la vida misma, que eso es, hay momentos dulces y amargos, días en que todo se ve claro y estable para bien y días en que lo único que se ve es un túnel negro de cuestionable salida. Siendo ésta la condición humana y conyugal, tener permanentemente a disposición del cónyuge más vehemente, irregular, negativo o depresivo, el arma eficazmente destructiva del matrimonio contraído y de la familia asentada sobre el mismo, sin darle a él mismo la opción de tener que reflexionar sobre las consecuencias de su iniciativa, es una barbaridad desde una perspectiva psicológica, institucional y, en lo que nos afecta como estudiosos de la vulnerabilidad del menor, paterno-filial.

El divorcio actualmente regulado en nuestro Código Civil resulta tan expeditivo y eficazmente destructor que puede, por su misma inercia, provocar rupturas que, en otro escenario civil y procesal, serían situaciones superables.

El legislador regula el matrimonio como un verdadero enemigo de la institución, lo regula para dinamitarlo con toda facilidad e impunidad. Lo hace así alegando un respeto a la libertad individual de los cónyuges, ese es el estribillo de la Exposición de motivos de la ley, ignorando la responsabilidad que es inherente a todo acto de libertad ejercida, máxime cuando se trata de un acto que tiene trascendencia respecto de terceros, de un modo relativo en lo referente al cónyuge, de un modo absoluto e incuestionable respecto de los hijos menores que aquí nos ocupan.

Este modo de proceder no se corresponde con el que el mismo legislador utiliza en cualquiera de las demás instituciones que comprende el mismo cuerpo legal en el que se inserta la regulación del matrimonio. No hace al caso repasar distintas instituciones del Derecho civil, pero es común denominador a todas ellas el que los compromisos asumidos libremente conllevan obligaciones y responsabilidades de las que, en ningún caso, cabe desligarse unilateralmente. No vale la pena hacer repaso de los casos en que esto ocurre, la lista sería interminable. En definitiva, estamos ante una regulación en la que se produce una obvedad antijurídica y la pregunta es, ¿por qué? La única respuesta lógica a esta pregunta básica es porque el legislador opta por destruir el matrimonio y sus consecuencias, la familia basada en el mismo, los hijos criados en el seno de

una familia estructurada, en un matrimonio estable y el tipo de sociedad resultante de todo ello. La siguiente pregunta que surge inevitable es, ¿para qué? La respuesta a esta segunda cuestión es más complicada de responder, pero vamos teniendo elementos de juicio y datos de hecho normativos para ir comprendiendo cuáles sean los objetivos sustitutorios de la realidad social que se trata de destruir.

El sistema de divorcio introducido por la reforma, en el que no importa la expresión de causa, ni es fase previa la separación, hace inútiles, vacías de contenido jurídico, las normas que en el Código Civil regulan los derechos y deberes conyugales, cuya conculcación o incumplimiento daba lugar a la posible petición de separación judicial. El sentido residual de estas normas será el de servir de punto de apoyo legal para sancionar judicialmente los comportamientos conyugales que perjudiquen a los hijos menores del matrimonio. En efecto, la obligación de respeto al cónyuge, incumplida por el agresor, ya no tiene virtualidad matrimonial civil, la tendrá, en su caso, penal, pero sigue teniéndola paternofilial, en cuanto que provoca sus efectos perjudiciales en los hijos menores, que contemplan, sufren, graban y aprenden del ejemplo de sus padres. Hasta aquí, la denuncia del daño inferido a los menores mediante el divorcio y agravado por la normativa que lo regula. El paso siguiente en la exposición lo constituye el conjunto de propuestas a adoptar para, en la medida de lo posible, si no resolver, sí, al menos, paliar los efectos indicados.

Anteriormente hemos enunciado algunos de estos posibles remedios. Queda para un trabajo posterior el estudio de cada uno de ellos, ya que realizarlo en este momento alargaría sobremanera la extensión del presente.

B) Educación para la ciudadanía.

1. *La educación.*

a) *Aproximación al concepto.*

La educación es el proceso de socialización de los individuos, indispensable para que éstos se desarrollen conforme a su naturaleza relacional (62). Es una progresiva concienciación cultural y conductual mediante

(62) Tan imprescindible que, de no darse, no se producen aprendizajes básicos como el habla y se produce una cierta deshumanización del menor. En la historia se han dado casos de niños criados por animales y el resultado es que la misma plasticidad del menor le lleva a un proceso de animalización, de tanta mayor dificultad en la reversibilidad del mismo, cuanto larga y profunda sea la etapa de privación de educación humana.

la cual las nuevas generaciones adquieren los saberes acumulados de las generaciones anteriores. El proceso educativo se materializa en habilidades y valores que producen cambios intelectuales, emocionales y sociales en el individuo. En los niños/as la educación busca fomentar el proceso de estructuración del pensamiento y de las formas de expresión, ayuda en el proceso madurativo sensorio-motor y estimula la integración y la convivencia grupal.

Desde una perspectiva psicopedagógica (63), la educación en un sentido amplio incluye la instrucción en conocimientos, la formación moral y, en su caso, religiosa.

La impronta que la misma supone en la plasticidad específica del menor es uno de los factores de influencia más relevante en la personalidad del futuro adulto. Es el conjunto de conceptos e ideas, filias y fobias, valores y contravalores del que el menor irá haciendo uso para la configuración de su personalidad, en cuanto ser racional con unos determinados conocimientos y criterios de actuación.

La educación no es determinante en sentido técnico, en cuanto determinista, no priva al educando de su libertad, pero sí es un gran condicionante, un elemento muy influyente en la configuración del adulto futuro ya que, a través de la misma, se llena el archivo de información del que el menor educando irá sacando las ideas y criterios clave, con los que gradualmente se convertirá en adulto y se van generando los criterios de selección de valores con los que organizar la propia vida.

En palabras de IBÁÑEZ MARTÍN (64) *“la formación de la personalidad significa dominio, conquista de sí, progresiva colonización de la propia mismidad desde la libertad”*. En análogo sentido LLANO CIFUENTES (65) afirma que *“la formación es un proceso positivo de autoperfeccionamiento, de crecimiento en la autoposesión del propio ser y del propio actuar”*.

Hay un aspecto de la educación que es permanente o continuo durante toda la vida del hombre, pero no es ese el que ahora nos interesa, sino más bien la etapa que podríamos llamar de la educación formal o escolar.

La educación formal escolar consiste en la presentación sistemática de ideas, hechos y técnicas a los estudiantes. A través de ella se ejerce una influencia ordenada y voluntaria sobre el educando, con la intención de formarlo, aunque, como afirma RASSAM (66), esa influencia no tiene por

(63) La psicopedagogía es una ciencia aplicada, que surge de la fusión de la psicología y la pedagogía, cuyo campo de aplicación es la educación, a la cual proporciona métodos, técnicas y procedimientos para lograr un proceso de enseñanza y aprendizaje más adecuado a las necesidades del educando.

(64) IBÁÑEZ MARTÍN, J. A.: *Hacia una formación humanística*, Herder, Barcelona, 1979, p. 28.

(65) LLANO CIFUENTES, Alejandro: *El futuro de la libertad*, Eunsá, 1985.

(66) RASSAM, J.: “Le professeur et les élèves”, *Revue Thomiste*, 1979, Toulouse, p. 64.

qué coincidir con lo que el profesor dice o expresa, sino que “*se educa por lo que se es, más que por lo que se dice. Se enseña también lo que se es más que lo que se sabe. El poder del educador o profesor depende menos de sus palabras, que de la presencia silenciosa y total que los alumnos perciben*”. El sistema escolar es la forma en que una sociedad transmite y, de ese modo, conserva su existencia colectiva a través de las nuevas generaciones.

Desde una perspectiva familiar, la educación es un derecho-obligación de los padres a dar y un correlativo derecho-obligación del menor a recibir, en y desde el entorno natural de su protección, la familia, la información y formación necesarias para el conveniente desarrollo de su personalidad. De hecho los primeros estadios del proceso educativo, básicos para el ulterior desarrollo, tienen lugar en el seno de la familia. En este entorno exclusivo se produce el aprendizaje del lenguaje hablado, que es determinante de todos los que vendrán luego. Además, la familia supone para el menor el entorno afectivo imprescindible, para que su desarrollo educativo pueda producirse en términos de normalidad. Es cierto que, a lo largo de la historia, se han producido teorías, algunas de tipo naturalista (67), otras de corte colectivista (68), que han propugnado una exclusión de la familia como entorno educativo del menor, pero la realidad sociológica abrumadoramente mayoritaria, en prácticamente todos los países y culturas, atribuye al entorno familiar no solamente estos aprendizajes y seguridades afectivas iniciales, sino también, como luego tendremos ocasión de examinar en el caso de España, la legitimidad para decidir sobre la formación moral y religiosa del menor.

De todo lo dicho hasta el momento resulta evidente que la educación, no solamente es relevante en el ámbito de la persona del educando y de

(67) El “Emilio” de ROUSSEAU se educa al margen de la familia e incluso de los libros, sin más ejemplo ni referencia que la naturaleza, personificada en Robinson Crusoe, el personaje de D. DEFOE. Este Robinson, en su isla desierta, encarna un racionalismo naturalista, que intenta explicar la sociedad a partir del individuo. Pero lo cierto es que el autor francés, con tan original teoría, lo único que pone de manifiesto es su profunda ignorancia antropológica. En él se cumple la afirmación antes citada de RASSAM relativa al educador. En su propia biografía, como pone de relieve Paul JHONSON en “Intelectuales” de modo descarnado pero riguroso, se evidencia que las teorías naturalistas que defendió no le impidieron abandonar a sus propios hijos biológicos en un hospicio, con lo que ni él mismo estuvo a la altura moral del “buen salvaje” que predicó ni, desde luego, facilitó a los suyos una buena educación en el sentido en el que estamos aquí tratando.

(68) Frente al mito robinsoniano, de profundo individualismo, surge como movimiento pendular de corrección el colectivismo, que incurre en el defecto opuesto: el mito del Estado. Tiene en común con el naturalismo negar a la familia el protagonismo educativo y lo sustituye por la formación por el Estado como ciudadano del colectivo. Sus resultados son conocidos y no hace falta insistir, después de la caída del muro de Berlín, en lo erróneo del planteamiento que subyace en la misma.

su entorno familiar, sino también la indudable trascendencia pública de la misma. Ello evidencia un interés legítimo del Estado a la hora de regular materia tan delicada, de modo que no se dañe, en perjuicio de la sociedad resultante, el proceso de socialización del individuo en que, como veíamos al comienzo de este apartado, consiste la educación. No obstante, esta realidad queda enmarcada en las coordenadas apuntadas, relativas al educando y su familia, en el sentido de que la intervención del Estado en la educación deberá producirse dentro de los objetivos y con los límites que marcan el resto de las facetas que esta realidad compleja que es la educación supone. Más adelante profundizaremos en este principio, concretándolo en las actitudes correctas y extralimitadas del poder público en relación a la educación.

b) *Conexión con la vulnerabilidad del menor.*

A la vista de lo dicho, resulta evidente la razón por la que nos ocupamos de esta materia en un ensayo sobre la vulnerabilidad del menor. La propia minoría de edad del educando, su configuración natural como personalidad “*in faciendo*”, a la vez que le dota de una singular capacidad de asimilación, no sólo racional sino incluso mimética y, diríase, cuasiosmótica, lo hace enorme y especialmente vulnerable en esta etapa, ya que su específica plasticidad es, por su propia naturaleza, acrítica respecto de los contenidos que se le proporcionan, al menos en los primeros y más determinantes estadios de la misma y, en todo caso, fácilmente manipulable por adultos con más experiencia, si así se lo proponen. Ello se traduce en una evidente necesidad específica de protección que, por naturaleza, corresponde a la propia familia, su entorno natural de protección y, subsidiariamente al propio Estado o colectivo en el que se produzca el desarrollo educativo del menor.

2. *La asignatura EPC.*

a) *Antecedentes en la Unión Europea.*

La profesora Beatriz VILA RAMOS (69) nos da cuenta del precedente europeo de la educación para la ciudadanía, datándolo en el final de los años noventa, cuando el Consejo de Europa, con el objetivo de aumentar

(69) Beatriz VILA RAMOS es profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Francisco de Vitoria. Presentó la ponencia titulada “La educación para la Ciudadanía en el contexto europeo” en la jornada de reflexión celebrada sobre Educación para la Ciudadanía, en dicha Universidad, el día 6 de marzo de 2007.

la calidad en el proceso de participación del pueblo en los asuntos públicos, promueve una política en torno a la Educación para la Ciudadanía Democrática (EDC) y los Derechos Humanos, incidiendo en cuatro facetas: *política*, por la que se pretende que los ciudadanos desarrollen su capacidad de participar en los procesos de decisión; *legal*, que fije los mecanismos por los que los ciudadanos exijan sus derechos y cumplan sus obligaciones; *cultural*, desde el respeto a las propias raíces y a las divergencias, y *económica*, que favorezca la lucha contra la pobreza y la exclusión. 2005 es declarado por el Consejo como el año de la Educación para la Ciudadanía, siendo su objetivo el que, a través de la educación, se articulen los mecanismos que permitan mejorar la calidad de la participación en las sociedades democráticas. En abril de ese año la Comisión Europea propone un nuevo programa, “Ciudadanos para Europa 2007-2013”, con un presupuesto de 235 millones de euros, que supere la distancia entre Europa y sus ciudadanos, a través del conocimiento y la comprensión mutua, la solidaridad y el sentimiento de pertenencia, con tres objetivos:

- Dar a los ciudadanos la oportunidad de participar en la construcción de una Europa más cercana, más unida y más rica gracias a su diversidad cultural.
- Forjar una identidad europea, basada en el reconocimiento de los valores, la historia y la cultura comunes.
- Facilitar el entendimiento mutuo entre los ciudadanos europeos, respetando y celebrando la diversidad cultural, a la vez que contribuyendo al diálogo intercultural.

Si subsumimos todo lo que antecede en nuestro marco constitucional, encontramos un sólido y directo anclaje en el artículo 23-1.º de la Constitución, que establece el principio de participación, al decir: “*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”. Ello significa que la educación para la ciudadanía, como medio articulado para mejorar la conciencia europea de los ciudadanos, en toda la extensión del término recogida anteriormente, no plantea ningún problema de adoctrinamiento moral.

No obstante, la evolución de los órganos de la Unión Europea en este tema ha tomado una deriva que, extralimitándose respecto de la finalidad y contenidos antes indicados, introduce en la educación para la ciudadanía contenidos de adoctrinamiento moral, claramente contrarios a lo dispuesto en el artículo 27-3 de la Constitución. En este sentido, el Comité *ad hoc* para la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, también del Consejo de Europa, el 14 de marzo de 2006, insiste en la im-

portancia de los entornos educativos éticos y democráticos y de “*promover la perspectiva de género en la educación*”. El cambio de orientación, la ampliación de los objetivos propuestos con la asignatura y, en definitiva, la intromisión en el campo del adoctrinamiento moral, en la dirección marcada por la ideología de género, resultan evidentes, comparados con los que hemos relacionado de la primera etapa hasta el año dos mil cinco. Esta evolución es muy importante tenerla en cuenta a la hora de aceptar el argumento de autoridad referente a la Unión Europea y sobre ella volveremos, al analizar el debate judicial que sobre esta cuestión se ha planteado en España.

b) En España.

1. El marco constitucional y su interpretación autorizada.

El derecho a la educación viene regulado en el artículo 27 de la Constitución que, en su párrafo segundo, dice: “*la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”. El derecho de los padres a decidir sobre la formación moral y religiosa de sus hijos viene recogido expresamente en el artículo 27-3, que afirma: “*los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”, y se relaciona con los artículos 10, derecho al desarrollo de la personalidad, 14, derecho a la igualdad, y 16-1.º, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, ya que la educación es uno de los cauces más importantes de desarrollo del menor y tiene el carácter de necesario para que se cumpla en él el principio de igualdad constitucional.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 12 de marzo de 2003, al afirmar que “*en nuestro Ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante»... en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al Ordenamiento*”, evidencia que no cabe en nuestro modelo constitucional una moral pública única. En el mismo sentido se manifiesta el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 2006, al señalar que “*no puede formar parte de los aspectos básicos del sistema educativo, sustraídos a la libertad de enseñanza garantizada en el artículo 27 de la Constitución, la difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables del Orden Constitucional*”. Este deber de neutralidad del Estado dimana de la aconfesionalidad del mismo, que viene declarada en el artículo 16-3 de nuestra Carta Magna. De los textos constitucionales cita-

dos y doctrina hermenéutica de los mismos, avalada por el Tribunal Constitucional y el Consejo de Estado, resulta patente que en nuestro Ordenamiento jurídico el adoctrinamiento moral y religioso es campo educativo reservado a los padres respecto de sus hijos, en el que no puede entrar el Estado, cuyo interés legítimo evidente en intervenir en la educación de los ciudadanos tiene ese límite excluyente. A la luz de lo expuesto hasta ahora, llega el momento de entrar en el análisis de la normativa que directamente regula la educación para la ciudadanía en nuestro país.

2. *La normativa vigente.*

La “educación para la ciudadanía” actualmente vigente en España es una iniciativa del Gobierno socialista, que viene regulada por la Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 3 de mayo, y se presenta, en su desarrollo reglamentario, como tres asignaturas: “Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos”, que se imparte en uno de los cursos del ciclo de primaria (10 a 12 años) y en uno de los tres primeros cursos de la ESO (12 a 15 años), “Educación Ético-cívica”, que se imparte en 4.º curso de la ESO (15-16 años), y “Filosofía y ciudadanía”, que se imparte en un curso de bachillerato (16 a 18 años).

Los contenidos mínimos de dichas asignaturas vienen determinados en los respectivos Reales Decretos, que desarrollan reglamentariamente la ley para los distintos ciclos educativos: 1513/2006, de 7 de diciembre, para la educación primaria; 1631/2006, de 26 de diciembre, para la Educación Secundaria Obligatoria; y 146/2007, de 2 de noviembre, para el Bachillerato.

3. *Los contenidos mínimos regulados en EPC.*

Con los antecedentes que hemos examinado en el ámbito de la Unión Europea y el marco constitucional que, en materia de educación, tenemos en España, disponemos de información suficiente para, subsumiendo el contenido concreto de las normas que regulan las asignaturas de educación para la ciudadanía, determinar si son o no respetuosas con nuestro Ordenamiento jurídico y los derechos que en él están reconocidos.

Me parece especialmente claro, bien sistematizado y contundente, el análisis que de esta cuestión realizan Benigno BLANCO y Raúl GARCÍA (70).

(70) Benigno BLANCO y Raúl GARCÍA: *Educación para la ciudadanía; los contenidos inaceptables*, Madrid, 23 de julio de 2007. Vale la pena recoger por extenso el citado trabajo, en la conexión de las afirmaciones realizadas en el mismo, con los contenidos mínimos regulados en los Reales Decretos citados.

Estos autores alegan cinco razones que fundamentan lo inaceptable de la educación para la ciudadanía en España, en base a los contenidos mínimos recogidos en los Reales Decretos antes citados. El trabajo clasifica y sistematiza las referencias de dichas normas en estos cinco apartados:

a) Porque expresamente plantea como contenido y fin de la EPC la formación de la conciencia moral de los alumnos (71).

(71) “... No es cierto, como se dice habitualmente por los defensores de la asignatura, que ésta se limite a enseñar la Constitución y los derechos humanos, sino que su contenido se extiende a todas las dimensiones de la personalidad, desde los más íntimos a los más sociales y públicos. Por eso supone una extralimitación sin soporte constitucional en las atribuciones del Gobierno y se entromete en el ámbito reservado a los padres por el artículo 27.3 de la Constitución.

Establece el RD literalmente lo siguiente:

La dimensión ética de la competencia social y ciudadana entraña ser consciente de los valores del entorno, evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse con coherencia con ellos al afrontar una decisión o un conflicto. (Anexo I RD)

Como se puede apreciar, el propio RD reconoce que la nueva materia tiene una «dimensión ética» y que su finalidad es lograr que el alumno cree un «sistema de valores propio». Si esto no es el terreno de la moral, ¿qué es?

.....

«Bloque 2, Identidad y alteridad. Educación afectivo-emocional, se centra en los valores de la identidad personal, la libertad y la responsabilidad, con particular atención a la relación entre inteligencia, sentimientos y emociones.»

«Bloque 5, Problemas sociales del mundo actual, incluye la valoración ética de los grandes problemas y dilemas morales generados en el mundo actual.»

Al definir la «contribución de la materia a la adquisición de las competencias básicas», el RD dice:

«Contribuye a mejorar las relaciones interpersonales al trabajar las habilidades encaminadas a lograr la toma de conciencia de los propios pensamientos, valores, sentimientos y acciones. Impulsa los vínculos personales basados en sentimientos.»

«El planteamiento de dilemas morales, propio de la educación ético-cívica de cuarto curso, contribuye a que los alumnos y alumnas construyan un juicio ético propio basado en los valores y prácticas democráticas.»

Como «objetivos» de la nueva materia el RD establece, entre otros, los siguientes:

«1. Reconocer la condición humana en su dimensión individual y social, aceptando la propia identidad, las características y experiencias personales respetando las diferencias con los otros y desarrollando la autoestima.»

«2. Desarrollar y expresar los sentimientos y las emociones...»

«12. Identificar y analizar las principales teorías éticas, reconocer los principales conflictos sociales y morales del mundo actual y desarrollar una actitud crítica ante los modelos que se transmiten a través de los medios de comunicación.»

En el apartado que describe los «contenidos» de la asignatura de Educación ético-cívica (algunos son comunes con la de Educación para la ciudadanía y los derechos humanos) establece, entre otros, los siguientes:

«Bloque 1. Contenidos comunes. Reconocimiento de los sentimientos propios y ajenos...»

«Bloque 2. Identidad y alteridad. Educación afectivo-emocional. Identidad personal, libertad

b) Porque da por supuesto que existe una ética cívica, distinta de la personal, que el Estado puede enseñar e imponer a través del sistema educativo y al margen del derecho de los padres a la educación moral de sus hijos (72).

y responsabilidad. Los interrogantes del ser humano. Respeto a las diferencias personales. Inteligencia, sentimientos y emociones. Las relaciones interpersonales...».

Entre los «criterios de evaluación» que deberá usar el profesor para determinar si los alumnos aprueban o no la asignatura, están los siguientes según el RD:

«1. Descubrir sus sentimientos en las relaciones interpersonales...».

«Con este criterio se intenta comprobar que cada alumno y alumna asume y controla sus propios sentimientos...».

«2. Diferenciar los rasgos básicos que caracterizan la dimensión moral de las personas (las normas, la jerarquía de valores, las costumbres, etc.) y los principales problemas morales.

Con este criterio se pretende evaluar si se identifican los distintos elementos de la dimensión moral de las personas y del comportamiento humano y de los dilemas morales que se plantean en el mundo actual.».

.....

(72) Esta ética dimanaría del ordenamiento jurídico vigente (declaraciones de derechos humanos, Constitución, Estatutos de Autonomía y leyes) y sería tan cambiante como éste.

Se confunde así el Derecho con la ética y se reduce ésta a aquél, olvidando que la ética es previa al Derecho, de mucho más alcance objetivo que el ordenamiento jurídico vigente en cada momento y que, además, éste puede –como de hecho sucede hoy en materias importantes– ser contrario a la ética.

En la definición inicial de la materia en el Anexo I se dice lo siguiente:

“Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de los Derechos Humanos”. (Anexo I RD)

En la introducción al Anexo II se especifica lo siguiente:

La asignatura profundiza en “las teorías éticas y los derechos, deberes y libertades que garantizan los regímenes democráticos, las teorías éticas y los derechos humanos como referencia universal para la conducta humana...”.

Y añade:

“Es preciso desarrollar, junto a los conocimientos y la reflexión sobre los valores democráticos, los procedimientos y estrategias que favorezcan la sensibilización, toma de conciencia y adquisición de actitudes y virtudes cívicas.”

Como se puede apreciar, los derechos humanos no se presentan como normas jurídicas valiosas, sino “como referencia universal para la conducta humana” y fuente de unas llamadas “virtudes cívicas” que no se especifican...

Un poco más adelante se precisa con más claridad que los derechos humanos pasan a ser el fundamento de una nueva “ética común”, basada en los elementos éticos comunes de las distintas tradiciones o teorías éticas. Es decir, se pretende sustituir la ética personal arraigada en la tradición moral, en que cada uno se inserta voluntariamente, por una novedosa “ética común”, definida en sus contenidos por el Gobierno conforme a su concepción ideológica al respecto.

“El estudio de los Derechos Humanos desde la perspectiva ética y moral lleva al alumnado a la comprensión de los fundamentos morales de la convivencia, identificando los distintos elementos comunes que desde las diversas teorías éticas se aportan para la construcción de una ética común, base de la convivencia en las modernas sociedades complejas. Esto permite igualmente profundizar en el sentido de la democracia y en el fundamento y funcionamiento de las instituciones democráticas, así como en los principales valores presentes en la Constitución.”

Este planteamiento ideológico se traslada a los contenidos, objetivos y criterios de evalua-

c) Porque, como consecuencia de lo anterior, presenta la ética como algo cambiante y relativo; a la vez que, coherentemente, presenta los procedimientos formales de la democracia como fuente de valor ético (73).

ción de la asignatura. Así, al definir los contenidos de la Educación ético-cívica de cuarto curso se establecen, entre otros, los siguientes:

“En el bloque 3, Teorías éticas, los derechos humanos, se incluye el análisis de las grandes líneas de reflexión ética y, particularmente, el referente ético universal que representan las diferentes formulaciones de los derechos humanos.”

Al definir la “contribución de la materia a la adquisición de las competencias básicas”, el RD insiste en la misma idea:

“Los valores universales y los derechos y deberes contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Constitución española constituyen el referente ético común.”

En cuanto a los “objetivos” se establecen, entre otros, los siguientes:

“4. Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales.”

Como se puede apreciar, los derechos humanos han pasado a ser el criterio de valoración ética también de las conductas personales. Ya el ámbito de la ética y la moral ha sido sustituido por el de unas normas jurídicas por definición cambiantes y susceptibles de interpretación políticamente interesada.

Este mismo planteamiento aparece en los “contenidos” de la asignatura en cuarto curso, donde se establece dentro del bloque 3 de contenidos el siguiente:

“Las teorías éticas. Los derechos humanos como referencia universal para la conducta humana... Evolución, interpretaciones y defensa efectiva de los derechos humanos.”

Y para cerrar el sistema, el mismo criterio se traslada a los “criterios de evaluación” de los alumnos, entre los cuales está el siguiente:

“4. Reconocer los Derechos Humanos como principal referencia ética de la conducta humana e identificar la evolución de los derechos cívicos, políticos, económicos, sociales y culturales, manifestando actitudes a favor del ejercicio activo y el cumplimiento de los mismos.”

Para EPC las declaraciones de derechos humanos son algo más que un conjunto de normas jurídicas valiosas; son la base de una nueva ética cívica que sustituye en la vida social a las éticas privadas (especialmente a las de base religiosa) y que el Estado laico debe hacer suya y propagar para luchar contra viejos “fundamentalismos”. Esta concepción la han defendido en España ilustres pensadores de la órbita del PSOE como PECES-BARBA o Dionisio LLAMAZARES, pero no se entiende por qué todos los españoles deben ser educados conforme a tales planteamientos ideológicos obligatoriamente y no conforme a las convicciones morales familiares, como dice el artículo 27.3 de la Constitución.

Recientemente el profesor PECES-BARBA ha declarado a los medios de comunicación que los obispos españoles deberían escribir cien veces: “no es lo mismo la ética privada que la ética pública”. Quizá se podría sugerir alternatively que el Gobierno debería escribir cien veces: “sólo hay una ética: la de la persona empeñada en identificar y hacer lo bueno como bueno y lo malo como malo; los Gobiernos no pueden suplantar a las personas imponiendo como común y obligatoria su peculiar visión de la ética y sus contenidos; los Gobiernos no deben manipular el sistema educativo para adoctrinar en sus prejuicios pseudo morales a los hijos de los demás”.

(73) El Anexo II del RD que venimos comentando se encarga de aclarar que los valores éticos, la ética cívica y los derechos humanos son cambiantes y dependen del momento histórico.

Asimismo, se presentan los formalismos mayoritarios de la democracia como fuente de la ética: así, lo instrumental –cómo se toman decisiones– se solapa con lo sustancial –qué es lo

d) Porque, como consecuencia de esa confusión entre ética, Derecho y formalismos democráticos, plantea temas, objetivos y criterios de evaluación de alto contenido político discutible y discutido (74).

bueno y lo correcto—. Veamos algunas citas tomadas literalmente del RD que define la EPC.

La introducción general del Anexo II establece:

“Ahora bien, estos contenidos no se presentan de modo cerrado y definitivo, porque un elemento sustancial de la educación cívica es la reflexión encaminada a fortalecer la autonomía de alumnos y alumnas para analizar, valorar y decidir desde la confianza en sí mismos, contribuyendo a que construyan un pensamiento y un proyecto de vida propios.” “También son comunes el conocimiento y la reflexión sobre los derechos humanos, desde la perspectiva de su carácter histórico, favoreciendo que el alumnado valore que no están garantizados por la existencia de una Declaración, sino que es posible su ampliación o su retroceso según el contexto.” “El planteamiento de dilemas morales, propio de la educación ético-cívica de cuarto curso, contribuye a que los alumnos y alumnas construyan un juicio ético propio basado en los valores y prácticas democráticas.”

Este postulado olvida que los procedimientos democráticos son sólo eso: procedimientos. No se define la ética por mayorías y minorías.

Como criterio de evaluación de los alumnos de cuarto curso prevé el RD, entre otros, el siguiente criterio:

“Comprender y expresar el significado histórico y filosófico de la democracia como forma de convivencia social y política.” “Mediante este criterio se trata de comprobar si se comprende el pluralismo político y moral, a la vez que se aprecia el necesario respeto a la dignidad de cada persona por encima de las diferencias individuales y culturales que tienen su origen en la historia de las colectividades y de los individuos.”

En el planteamiento ético de EPC es muy importante esta presentación de los valores cívicos y los derechos humanos como históricos y cambiantes y supeditados a las decisiones mayoritarias (“democráticas”) de cada momento; pues desde hace unos años en Naciones Unidas se está viviendo un proceso de reinterpretación de los derechos humanos para acoger, en una nueva interpretación de la Declaración Universal de 1948 y otros instrumentos posteriores, los llamados “derechos reproductivos” y las “nuevas formas de familia”, expresiones de la ideología de género que engloban el aborto, la esterilización y el llamado “matrimonio” entre personas del mismo sexo entre otros nuevos derechos que se quieren amparar en la Declaración de 1948 para hacerlos universales y obligatorios para todos los Estados.

En recientes documentos de Naciones Unidas se habla ya de una nueva ética universal, basada en estos nuevos paradigmas, que debe ir sustituyendo a las antiguas éticas privadas o religiosas, presentadas como enemigas de la universalización de los nuevos derechos humanos reescritos conforme a estas ideas.

En España, en esta misma línea, las recientes reformas legales en materia de familia se han presentado políticamente como “ampliación de derechos”, cuando en realidad no eran más que demoliciones de valiosas instituciones humanas.

Así, si las mayorías políticas del momento incorporan los “nuevos derechos” o los “derechos ampliados”, éstos pasarán, según el planteamiento pseudo-ético de EPC, a formar parte del “referente ético universal” y obligatorio para todos los alumnos de la escuela española.

(74) En el Anexo II del RD que comentamos se definen como objetivos, contenidos y criterios de evaluación de EPC temas hoy sometidos al debate político partidista, más propios del Pleno del Congreso de los Diputados que de una enseñanza básica común sobre los valores comunes de la convivencia. Se incentiva así una politización indeseable de esta asignatura y una manipulación de las conciencias de los escolares menores de edad.

Veamos algunas citas del Anexo II del RD.

Como contenido de la Educación ético-cívica de cuarto se establece, entre otros, el siguiente:

“Estudio de los factores de discriminación de distintos colectivos, el análisis de la globaliza-

ción, el concepto de ciudadanía global, el desarrollo humano sostenible o lo relativo a la cooperación y al desarrollo de una cultura de paz.”

Y en el bloque quinto de esta asignatura se indica:

“Todo ello desde la perspectiva del rechazo de las discriminaciones y de la valoración de la actuación de aquellos movimientos y fuerzas internacionales que contribuyen a fomentar la cultura de la paz y la cooperación.”

¿Quién los seleccionará para los alumnos?

Y se añade como definición de la asignatura:

“En esta etapa, se incluyen contenidos relativos a la actuación de los organismos internacionales y de aquellos movimientos, organizaciones y fuerzas que trabajan a favor de los derechos humanos y de la paz.”

¿Cómo se valorará, por ejemplo, la reciente apuesta de AI a favor del aborto? ¿Cómo un trabajo a favor de los derechos humanos?

Como “objetivo” de la materia aparece, entre otros, el siguiente:

“Conocer las causas que provocan la violación de los derechos humanos, la pobreza y la desigualdad, así como la relación entre los conflictos armados y el subdesarrollo, valorar las acciones encaminadas a la consecución de la paz y la seguridad y la participación activa como medio para lograr un mundo más justo.”

¿Hay un mínimo consenso social, político o científico sobre estas “causas”, “acciones” y “participaciones” como para trasladar a la escuela tales materias?

En el bloque 5 de contenidos se añade lo siguiente:

“Los conflictos en el mundo actual: el papel de los organismos internacionales y de las fuerzas armadas de España en misiones internacionales de paz. Derecho internacional humanitario. Acciones individuales y colectivas en favor de la paz.”

Basta recordar los debates políticos recientes sobre nuestro papel en Irak para comprender que la política entra en la escuela descaradamente.

Como criterios de evaluación de los alumnos aparecen, entre otros, los siguientes:

“6. Identificar los principales servicios públicos que deben garantizar las administraciones, reconocer la contribución de los ciudadanos y ciudadanas en su mantenimiento y mostrar, ante situaciones de la vida cotidiana, actitudes cívicas relativas al cuidado del entorno, la seguridad vial, la protección civil y el consumo responsable.”

“8. Identificar las características de la globalización y el papel que juegan en ella los medios de comunicación, reconocer las relaciones que existen entre la sociedad en la que vive y la vida de las personas de otras partes del mundo.”

“9. Reconocer la existencia de conflictos y el papel que desempeñan en los mismos las organizaciones internacionales y las fuerzas de pacificación. Valorar la importancia de las leyes y la participación humanitaria para paliar las consecuencias de los conflictos.”

¿Cómo se puede evaluar a los alumnos con criterios que son de público debate en la actualidad política de nuestro país?

Respecto a la Educación ético-cívica de cuarto, se reitera más o menos lo mismo. Así, como “contenido” en el Bloque 5 aparece lo siguiente:

“Los conflictos armados y la actuación de la comunidad internacional en su resolución.

Operaciones para establecer, mantener o consolidar la paz. La defensa al servicio de la paz. La cultura de la paz.”

Y como “criterio de evaluación” de los alumnos, el siguiente:

“Reconocer la existencia de conflictos y el papel que desempeñan en los mismos las organizaciones internacionales y las fuerzas de pacificación. Valorar la cultura de la paz, la importancia de las leyes y la participación humanitaria para paliar las consecuencias de los conflictos.”

Introducir en la escuela y en una asignatura como EPC –que se supone debe unirnos a todos, en lo que nos identifica como ciudadanos de una misma sociedad– debates sobre temas tan controvertidos intelectual y políticamente como la globalización y su valoración, las causas de la pobreza en el mundo, la función internacional de las fuerzas armadas, el papel de los organismos internacionales o la identificación de qué servicios debe proporcionar el Estado o

e) Porque utiliza la terminología y los conceptos propios de la ideología de género (75).

quedar al albur del mercado, es introducir en la escuela la política y las ideologías en conflicto en nuestra época. Estos planteamientos no ayudan a educar buenos ciudadanos, sino a politizar la escuela al servicio de las ideologías particulares de quienes deciden qué se enseña y con qué materiales “pedagógicos”.

(75) Aparte de las citas que se hacen a continuación, debe tenerse en cuenta que la confusión entre ética y Derecho que inspira la materia, hace que la presencia de esta ideología vaya más allá de lo que estas citas reflejan. Piénsese, por ejemplo, en la fuerte carga de género que tiene la legislación vigente en materia de matrimonio y registro civil o los nuevos Estatutos de autonomía, como el catalán o el andaluz, presentados como referentes éticos, también para la conducta personal, a los alumnos de esas CCAA por los Decretos autonómicos de desarrollo de la normativa básica estatal sobre EPC.

Dice el RD que es “objetivo” de esta materia, entre otros, el siguiente:

“Identificar la pluralidad de las sociedades actuales reconociendo la diversidad como enriquecedora de la convivencia y defender la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas, rechazando las situaciones de injusticia y las discriminaciones existentes por razón de sexo, origen, creencias, diferencias sociales, orientación afectivo-sexual o de cualquier otro tipo, como una vulneración de la dignidad humana y causa perturbadora de la convivencia.”

Como contenido de la materia en el Bloque 2 aparece lo siguiente:

“Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios sociales racistas, xenófobos, antisemitas, sexistas y homófobos.”

Y como criterio de evaluación, el siguiente:

“1. Identificar y rechazar, a partir del análisis de hechos reales o figurados, las situaciones de discriminación hacia personas de diferente origen, género, ideología, religión, orientación afectivo-sexual y otras, respetando las diferencias personales y mostrando autonomía de criterio.”

La terminología propia de la ideología de género aparece en estas citas una y otra vez: Orientación afectivo-sexual, género como característica de la persona, homofobia, etc. La ideología de género es una ideología y muchos españoles no la compartimos. No se entiende por qué todos los escolares españoles deben ser educados en esta ideología y no conforme a los criterios sobre la sexualidad y la persona de las familias, conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Constitución.

Especialmente ofensivo para la libertad es que se consagre en el sistema educativo el término “homofobia”, que es un término sectario inventado por los defensores de la ideología de género para limitar la libertad de expresión de quienes no piensan como ellos. A todos los escolares españoles se les pretende educar en la idea de que quienes no piensan como los ideólogos de género son “homófobos” y en que deben evitar ese “prejuicio”. Por ejemplo, en España el Papa Benedicto XVI y el Foro de la Familia han sido públicamente calificados como “homófobos” por defender el matrimonio como institución específica para la unión entre hombre y mujer. ¿Es este tipo de “prejuicios” el que deben evitar los escolares españoles?

Conclusiones:

La nueva materia EPC en España tiene un profundo contenido moral e ideológico según se aprecia, no sólo por los antecedentes, sino por la literalidad de su definición en el BOE.

El Gobierno engaña a la opinión pública cuando presenta EPC como una enseñanza de la Constitución y los derechos humanos: es más que eso y distinta a eso.

La objeción de conciencia frente a esta asignatura está más que justificada para todo defensor de la libertad y, especialmente, para los padres de familia que no quieran dejar que el Gobierno de turno forme la conciencia moral de sus hijos.

Esta asignatura sólo sería compatible con la libertad y la Constitución si se modificasen los RRDD que regulan su estructura, contenidos, objetivos y criterios de evaluación para acomodarlos a los artículos 1, 16 y 27 de la Constitución.

De lo expuesto resulta evidente la intromisión de las normas comen-
tadas en el ámbito de la formación moral del alumnado, en modo que no
solamente justifica la objeción de conciencia, sino que además plantea un
problema de más calado, esto es, el de la constitucionalidad de la educa-
ción para la ciudadanía, tal como se articula y concreta en nuestro Orde-
namiento.

En términos de vulnerabilidad del menor, la educación para la ciuda-
danía, tal como se ha regulado y se viene desarrollando en España, no es
una novedad (76), pero sí una usurpación totalitaria por parte del Esta-
do, del derecho-obligación de los padres a determinar el tipo de forma-
ción moral de sus hijos y supone una agresión educativo-generacional a
éstos que debe denunciarse.

Siendo así las cosas, no es de extrañar que se haya producido en Es-
paña un amplio movimiento cívico de protesta ante esta intromisión del
Estado en el derecho de los padres a la formación moral de los hijos. Esta
protesta se ha manifestado de muy diversas maneras y ha dado lugar a
una polémica social y judicial que merece un apartado especial.

4. *El debate autonómico y judicial.*

De una parte, para el curso 2008-2009, las seis Comunidades goberna-
das por el Partido Popular (77), cumpliendo la obligación de acatar la ley
vigente, pero amparándose en las importantes competencias que tienen
las Comunidades Autónomas a la hora de fijar los currículos, elaborar los
planes de estudio, etc., han establecido una política de enseñanzas comu-
nes, acorde con la idea matriz de la Unión Europea antes expuesta, con
contenidos basados en la Constitución y ajenos a todo empeño de forma-
ción integral o moral del educando.

De otra parte, una ola de protestas, que han tomado forma, en mu-
chos casos, de ejercicio por los padres de la objeción de conciencia, en
orden a evitar que sus hijos cursen tal asignatura. La negativa de las auto-
ridades académicas a esta exclusión ha provocado las correspondientes
cuestiones litigiosas que, a su vez, han generado ya multitud de senten-
cias y autos, en diversas Comunidades Autónomas, con el denominador
común, para casi todas ellas, de que el “*petitum*” de la demanda, origina-
ria del pleito, lo constituye la procedencia de la objeción de conciencia.

(76) UNAMUNO en el prólogo a la segunda edición de *Amor y pedagogía*, escrito en 1932, denuncia esta misma agresión educativa socialista diciendo: “Y aún hay quien ha propuesto, aquí en España, establecer por cuenta del Estado la pedagogía socialista,... ¡Pobres conejillos!”.

(77) Inicialmente Navarra, gobernada por UPN, se sumó a la iniciativa del Partido Popular pero posteriormente, en el marco de progresivo distanciamiento y posterior ruptura de su pacto con el PP, permitió que los contenidos de la asignatura fueran los generales del Estado.

Este “movimiento objetor”, como ha dado en llamarse al conjunto de padres y asociaciones que rehúsan la asignatura de Educación para la Ciudadanía, lleva acumuladas hasta el momento doscientas sesenta resoluciones judiciales favorables de los TSJ de La Rioja, Zaragoza, Huesca, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Cáceres y Andalucía, así como algunas otras, en mucho menor número, que lo niegan (78).

Vale la pena adentrarse en el fondo argumental de tales resoluciones judiciales, tanto de las favorables a la objeción de conciencia, como de las contrarias a la misma, para conocer mejor la realidad. No es el objetivo de este trabajo realizar una recopilación de todas las resoluciones judiciales recaídas sobre el tema. Se trata de recoger, eso sí, las claves argumentales utilizadas en las mismas, de modo que nos den luz sobre el fondo del asunto. Lo haremos centrándonos en las más relevantes al respecto, tanto a favor de la objeción solicitada como en contra.

La Sentencia del TSJ de La Rioja de ocho de julio de dos mil ocho, al entrar en la cuestión de fondo, se plantea el alcance de la expresión “formación moral” y afirma: *“Por moral cabe entender los criterios o principios de conducta (prescripciones y prohibiciones) sobre el bien y el mal, criterios que son diferentes en distintas sociedades. Tales principios o normas de conducta son adquiridos por los niños en la infancia como imperativos y proceden normal y principalmente de sus padres, que constituyen en la primera etapa su única «sociedad». Con el paulatino desarrollo del uso de razón, los niños comienzan a discernir en relación con aquellas normas o criterios, hasta llegar a asumirlos o no asumirlos, en todo o en parte, mediante la reflexión sobre concretos comportamientos o conductas y las experiencias propias y ajenas y por comparación con otros criterios o principios morales de otras personas... De lo expuesto se desprende que es a los padres a quienes corresponde naturalmente el derecho y el deber de educar a sus hijos, fundamentalmente durante su minoría de edad... la educación que hayan de recibir en los centros educativos deba ser, también, exquisitamente respetuosa con el derecho fundamental de los padres consignado en los artículos 16 y 27-3 de la Constitución... una eventual inmisión del Estado, a través de la prestación del servicio público educativo, que pretenda imponer alguna concreta ideología o descalificar otras, será contraria a tales derechos y libertades constitucionales”*.

Más adelante se recoge otra idea que merece la pena transcribir: *“El artículo 27-2 de la Constitución dispone «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». La Constitución no distingue entre una «ética pública», supuesta-*

(78) *Semanario Alba*, número 211, 9 al 15 de enero de 2009, p. 10.

mente amparada en dicho precepto y una «ética privada», supuestamente amparada en el artículo 27-3. El artículo 27-2 autoriza la regulación de una educación para la ciudadanía en la que el libre desarrollo de la personalidad debe ser compatible con el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

La supuesta dualidad ética pública, ética privada no tiene el menor amparo constitucional. La conducta humana de cada persona se rige por las normas de una sola ética, con la que se resolverá el juicio moral concreto sobre cada acción de las personas”.

En el Real Decreto 1513/2006, sobre contenidos mínimos para educación primaria, sin pretender en absoluto ser exhaustivo en el elenco recogido en la sentencia comentada, dada la extensión de la misma, se alude a la conciencia cívica, a la dimensión ética de la competencia social que se exige, a emplear el juicio ético, basado en los valores y prácticas democráticas, a la identificación de las desigualdades entre hombres y mujeres y a la valoración de la igualdad, aceptación (que no, respeto) de las diferencias entre las personas, reconocer y rechazar situaciones de discriminación, marginación e injusticia e identificar los factores sociales, económicos, de origen, de género (que no, de sexo), desarrollar sus capacidades afectivas en todos los ámbitos de la personalidad y en sus relaciones con los demás, así como su actitud contraria a la violencia, a los prejuicios de cualquier tipo y a los estereotipos sexistas.

Afloran en dichos contenidos mínimos criterios de clara pretensión de formación moral y, en cuanto a la orientación de ésta, valores propios de la ideología de género.

En el Real Decreto 1631/2006, sobre contenidos mínimos para la educación secundaria, con el mismo carácter puramente enunciativo, podemos aludir a *“la dimensión ética de la competencia social y ciudadana... entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a los principios o valores universales como los que encierra la declaración de derechos humanos”*; *“... empleando el juicio ético basado en los valores y prácticas democráticas...”*; *“la educación para la ciudadanía y los derechos humanos se plantea el conocimiento de la realidad desde el aprendizaje de lo social, centrándose la educación ético-cívica en la reflexión ética que comienza en las relaciones afectivas con el entorno más próximo para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica”*. Entre los objetivos de la asignatura se recogen: *“4. Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales”*.

Se confunden en este objetivo moral y derecho. Se impone la aceptación de principios jurídicos, que informan normas, como criterio de valoración ética de conductas, lo que vulnera el artículo 16 CE e implica una determinada formación moral, que vulnera el artículo 27-3.º de la misma.

“5. Identificar la pluralidad de las sociedades actuales, reconociendo la diversidad como enriquecedora de la convivencia y defender la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas, rechazando las situaciones de injusticia y las discriminaciones existentes por razón de sexo, origen, creencias, diferencias sociales, orientación afectivo-sexual o de cualquier otro tipo, como una vulneración de la dignidad humana y causa perturbadora de la convivencia.”

La expresión “orientación afectivo-sexual”, en el contexto de rechazo a cualquier tipo de discriminación, supone introducir la ideología de género. Resulta igualmente evidente la realidad de contenidos relativos a una “formación moral” del alumnado, que usurpa el derecho de los padres a decidir sobre la formación moral y religiosa de sus hijos, protegido por el artículo 27-3 de la Constitución.

En sentido contrario a la procedencia de la objeción de conciencia solicitada, se pronuncian varias resoluciones judiciales, de las que interesa hacer un examen argumental y de causas de denegación. Haremos un repaso, por orden cronológico, de tres resoluciones denegatorias de la pretensión de los demandantes:

1. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de noviembre de 2007. Deniega la objeción de conciencia pretendida por entender que *“el derecho a la libertad ideológica, reconocido en el artículo 16 de la Constitución no es por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”*. Porque el TEDH tiene declarado que *“la manifestación de una religión o una convicción... no protege cualquier acto..., ni garantiza la exclusión de los deberes generales”*. Porque según la jurisprudencia americana *“las leyes pueden exigir un comportamiento incompatible con una práctica religiosa o prohibir un comportamiento impuesto por los ritos especiales de una religión”*.

Afirma que la Constitución no reconoce a los recurrentes el derecho a la objeción de conciencia, que alegan como infringida.

En esta resolución se plantean dos cuestiones interesantes. La primera, de tipo procedimental, es si cabe o no, en nuestro Ordenamiento, un derecho de objeción de conciencia distinto del previsto por el artículo 30-2.º de la Constitución para el servicio militar. La segunda, la cuestión de fondo, sobre los contenidos de la asignatura y su relación con los derechos constitucionales de los educandos y sus padres.

En cuanto a la primera, se resuelve negativamente. No puede aceptarse la objeción de conciencia con carácter general, pues supondría el imperio de la arbitrariedad y la falta de vinculación de las normas imperativas. De ello deduce el ponente una conclusión sumamente restrictiva: solamente es admisible en los supuestos específicamente previstos legalmente, como el del servicio militar. Dado que en el presente caso no hay previsión legal específica, no procede. La conclusión es jurídicamente discutible, pero ello nos desviaría del objetivo del presente trabajo (79).

Respecto de la segunda, el comentario que merece este auto es negativo, porque desenfoca jurídicamente el tema, al tratarlo en el campo del respeto a la libertad ideológica, cuando el campo propio es el del derecho-obligación de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos y la subsiguiente de si dicha asignatura supone o no la formación moral de quienes la cursan. La libertad ideológica es el género del que “cuelgan” diferentes “especies” de derechos, entre otros, el derecho constitucional de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos y los criterios que deben regirla. No entrar a tratar específicamente de la faceta sobre la que versa el “*petitum*” de la demanda, dotada de especial protección constitucional en el artículo 27-3.º de nuestra Carta Magna y ampararse en la argumentación de que una modalidad de la manifestación de libertad ideológica, la libertad de confesión religiosa, no exonera del cumplimiento de los deberes legalmente establecidos, no solamente no resiste un juicio de rigor jurídico, sino que se presenta como una manifestación evidente de cinismo incongruente, que dolosamente omite tratar la cuestión verdaderamente planteada por la demanda. Sería comprensible entender una negativa basada en que el medio solicitado, la objeción de conciencia, no es, en opinión del juzgador, el adecuado, pero negar la protección, omitiendo el trato de la cuestión planteada y desviándola hacia otra, sencillamente no resulta admisible.

2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 197/2008, de 11 de febrero, considera que *“el mero enunciado de una determinada asignatura, no afecta a derecho fundamental alguno, por lo que la supuesta vulneración de derechos fundamentales, sólo es predicable del acto concreto de las enseñanzas de las asignaturas que afectasen a su libertad ideológica o religiosa y no de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación... los Centros docentes privados y concertados gozan del ideario o carácter propio del centro, artículo 115 de la Ley orgánica citada, y todos los centros de*

(79) La STC de 11 de abril de 1985 admite la objeción de conciencia en relación al aborto, ya que tal derecho existe y puede ser ejercido “con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”. En el mismo sentido la STC de 11 de noviembre de 1996.

autonomía pedagógica, a través de la elaboración de sus propios proyectos educativos, en los que se recogerán, según el artículo 120 de la Ley, los valores, objetivos y prioridades de actuación... pero además,... se encuentra la actividad del profesorado encargado de impartir dichas enseñanzas, sobre los que recaerá, en última instancia, la concreción del contenido de las mismas, dentro del derecho de libertad académica o de cátedra...”.

De todo ello deduce el ponente que no cabe impugnar genéricamente las asignaturas relativas a Educación para la Ciudadanía y que el derecho fundamental invocado, en base a los artículos 16 y 27-3 de la Constitución, sólo cabría en relación al caso concreto, en el cómo se desarrollen las enseñanzas.

El ponente, en este caso, ha limitado el análisis de la legalidad a la Ley Orgánica, sin incluir los Reales Decretos que, en desarrollo de la misma, tal como hemos visto, evidencian la intromisión en la formación moral del alumnado. Siendo éstos normativa vigente de desarrollo en el momento en que se dicta la sentencia, no parece serio prescindir de los mismos cuando, precisamente en ellos, se resuelve la objeción del ponente a la admisión de la solicitud planteada por los demandantes.

En este caso, en cambio, a diferencia del anterior, no se ve reparo alguno al ejercicio del derecho de objeción de conciencia, en apoyo del cual se citan varias sentencias tanto del Tribunal Constitucional, ya antes mencionadas, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 29 de junio y 9 de octubre de 2007, en las que se reconoce el derecho de ciudadanos noruegos contra el Reino de Noruega, en el primer caso y turcos, en el segundo, contra la República de Turquía, a objetar unas asignaturas de contenido obligatorio, en base al derecho de los padres respecto a la educación de sus hijos.

3. El Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de febrero de 2008, se diferencia de los casos anteriores en cuanto que lo solicitado no es la admisión de la objeción de conciencia, a título individual, respecto de los hijos de los demandantes, sino la suspensión, con carácter general, de las disposiciones recurridas.

Se argumenta en base a que su aplicación supondría la implantación obligatoria de una asignatura cuya finalidad es la formación de todos los alumnos en una conciencia ética y moral inspirada, entre otros, en la ideología de género y, de no producirse la suspensión, durante la sustanciación del recurso, atentaría de forma evidente, inmediata e irreversible contra los derechos fundamentales.

La negativa a la suspensión solicitada se fundamenta en que el cauce adecuado para la misma no es su impugnación ante la jurisdicción ordinaria, sino ante el Tribunal Constitucional; que los perjuicios no se gene-

ran por la implantación de la asignatura, sino por los contenidos concretos o textos que se utilicen; que la exclusión global supondría que la misma no pudiera impartirse a alumnos que podrían estar interesados en recibirla.

En este caso, como vemos, tampoco se ha entrado en la cuestión de fondo. Como reflexiones derivadas del argumentario analizado en las resoluciones comentadas, podemos realizar las siguientes:

1.^a En ninguna de ellas se contradice el contenido sustantivo de la primeramente analizada, esto es, que del examen de los contenidos mínimos recogidos en los Reales Decretos de desarrollo, se deduce que incurren en una estrategia de formación moral, contraria al derecho constitucional que contiene el artículo 27-3.º de nuestra Carta Magna.

2.^a En todas ellas se alegan razones formales para la denegación de lo solicitado por los demandantes: o bien que la objeción de conciencia no tiene cabida más que en el supuesto previsto en el artículo 30 de la Constitución, o bien que el cauce de reclamación adecuado es el constitucional y no la jurisdicción ordinaria, o bien que los contenidos concretos contrarios al derecho de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos, no constan en el expediente, ni en la Ley Orgánica de Educación.

3.^a Si reuniéramos en un argumentario global todas las consideraciones recogidas en las cuatro resoluciones comentadas nos encontraríamos:

a) Con que la objeción de conciencia tiene apoyo jurisprudencial, para el caso que nos ocupa, tanto nacional como europeo.

b) Con que los contenidos mínimos, recogidos en los Reales Decretos de desarrollo, suponen una clara intromisión en el derecho de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos.

c) Con que el procedimiento de impugnación debería concretarse en dos líneas: una línea individual, a través de la jurisdicción ordinaria, de suspensión respecto de los hijos de los solicitantes, mediante el ejercicio de la objeción de conciencia; y una línea de impugnación constitucional de la norma, en cuanto que atentatoria del derecho de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos.

En este contexto se produce la **sentencia del Tribunal Supremo de once de febrero de dos mil nueve**, en la que veintidós de los veintinueve magistrados votan a favor de un texto, redactado por don Luis Díez-PICAZO, sustituto del ponente inicial y disidente minoritario, don Juan José GONZÁLEZ RIVAS, del que son destacables los siguientes argumentos recogidos en los fundamentos de derecho, a partir del quinto:

1. En dicho fundamento quinto se alude a los antecedentes inmediatos de la asignatura, que se hallan en la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se afirma que la Educación para la Ciudadanía Democrática debe ser un objetivo prioritario de la política educativa en todos los niveles de la enseñanza. Inspira esa orientación la *“preocupación por los crecientes niveles de apatía cívica y política y de falta de confianza en las instituciones democráticas y por los cada vez más abundantes casos de corrupción, racismo, xenofobia, nacionalismo agresivo, intolerancia frente a las minorías, discriminación y exclusión social...”*.

*“Esta Recomendación fue seguida por otros documentos. Entre ellos, el elaborado por el Comité ad hoc para la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, también del Consejo de Europa, el 14 de marzo de 2006, que insistirá en la importancia de los entornos educativos éticos y democráticos, en la escuela y fuera de ella y de **promover la perspectiva de género en la educación**”* (80).

2. En el fundamento sexto se producen dos manipulaciones conceptuales graves, que conviene desenmascarar.

La primera de ellas viene dada por la forma que tiene el ponente de presentar el artículo 27 de la Constitución, que regula el derecho a la educación, en sus apartados 5, que justifica la intervención del poder público para garantizar el derecho a la educación de todos, sin referencia a contenidos; 2, que describe contenidos, independientemente de intervención pública, cuando dice: *“la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”*, y 3, que modaliza y desarrolla el 2, precisamente en cuanto a los contenidos relativos a la formación moral y religiosa diciendo: *“Los poderes públicos garantizan el derecho que les asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

Como puede observarse, el precepto garantiza la extensión a todos del derecho a la educación (apartado 5), sin referencia alguna a contenidos, y cuando se refiere a éstos (apartados 2 y 3), lo hace en los términos transcritos, es decir, con expreso y escrupuloso respeto al derecho-obliga-

(80) El resaltado en negrita es mío y el párrafo transcrito y entrecomillado, del que forma parte literal, es el sexto del fundamento quinto de la sentencia. Ya hemos visto cómo en la Unión Europea se produce, a partir del año 2005, un cambio de orientación en lo que se refiere a los contenidos de la Educación para la Ciudadanía, ampliándolos al campo del adoctrinamiento moral, en las directrices marcadas por la ideología de género, sin que ello tenga apoyo constitucional en España, tal como hemos visto.

ción de los padres a decidir sobre los contenidos y orientación de la formación moral y religiosa de sus hijos.

Esto no resulta de la indirecta cita realizada por el ponente de la sentencia. Al final del párrafo, al margen de la cita del precepto, el ponente refiere los contenidos sustantivos, por extensión, a todos los titulares del derecho a la educación.

Esta, aparentemente, pequeña “pirueta”, permite al ponente presentar como directamente constitucional la intervención pública en sede de contenidos educativos, que posteriormente referirá a la formación en la “moral común” inherente a los derechos fundamentales.

La segunda, íntimamente relacionada con la anterior, restringe el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa de sus hijos al **“mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y de transmitir a sus hijos”** (81).

Llama la atención la expresión utilizada por el ponente para referirse y acotar el ámbito objetivo del derecho constitucional de los padres a la formación moral y religiosa de sus hijos. Parece referirla a un “mundo” distinto de aquel en el que se desarrollan la democracia y los derechos fundamentales con su moral común subyacente.

Esto es lo que se deduce, con toda lógica, de los párrafos que siguen de dicho fundamento sexto.

3. En el fundamento séptimo de la sentencia se elude entrar en los contenidos concretos de la materia, de los que previamente se ha afirmado que constan con suficiente detalle, como así es, en los reglamentos estatales y autonómicos. El motivo alegado para ello es que la sentencia impugnada no hace ningún reproche concreto a la materia Educación para la Ciudadanía, “... *por lo que no es preciso entrar en los contenidos concretos de la materia, que no son objeto de los presentes recursos de casación*”. Esta es, a mi modo de ver, la piedra angular de la sentencia. El argumento con el que el ponente elude entrar en la verdadera cuestión de fondo, se lo afean por insostenible todos los magistrados disidentes con la misma, en sus respectivos votos particulares. No se sostiene, lógica ni jurídicamente, el no entrar a estudiar el sustrato que sostiene y motiva todo el movimiento de opinión surgido de la sociedad contra estas asignaturas, amparándose en un motivo adjetivo-formal absolutamente superable. Volveremos sobre este tema, ya que me parece el determinante, junto con la referencia comunitaria a la ideología de género, de la profunda desconfianza que me genera el fallo comentado.

(81) El resaltado en negrita es mío.

4. Los fundamentos octavo y noveno se destinan a argumentar el rechazo del derecho a la objeción de conciencia del siguiente modo:

A) No existe con carácter general:

a) En la Constitución: solamente para un caso particular, el servicio militar. No puede fundamentarse de este modo en el artículo 16-1, ya que la libertad ideológica tiene como límites: el orden público, recogido en el mismo precepto, y el sometimiento de los ciudadanos al Ordenamiento jurídico, recogido en el artículo 9-1 (82).

b) En la jurisprudencia: excluye la sentencia 53/1985 del TC, sobre el aborto, por considerarlo “un supuesto límite” (83), y la 154/2002, sobre creencias religiosas (prohibición por los padres de transfusión sanguínea al hijo), por tratarse de cuestiones religiosas, no morales, ser aislada y ligada a “la justicia material del caso concreto” (84).

c) En los Tratados internacionales. El artículo 10-2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En contra de su aplicabilidad se alega, de una parte, que su ámbito de aplicación es la aplicación por un Estado de derecho de la Unión Europea y, de otra, que requiere ley nacional que lo regule y aquí no la hay (85).

Es posible la objeción si se da contraposición radical entre la conciencia del solicitante y un deber jurídico preciso, contraposición que aquí no

(82) Sí puede fundamentarse, tal como veremos posteriormente, en el artículo 27-3 para proteger el derecho de los padres a determinar, de acuerdo con sus propias convicciones, la formación religiosa y moral de sus hijos. La falta de tipificación expresa no debe asimilarse a prohibición.

(83) ¿En qué consiste, en términos de la propia conciencia, “un supuesto límite”? No parece en absoluto razonable que sea el tribunal quien se invente esta frontera, que no está en la ley, máxime para excluir la analogía, cuando para los padres la formación moral de sus hijos, en términos de su propia conciencia, está en el mismo nivel ético de derecho-deber irrenunciable.

(84) Lo cualitativo aceptado es que la jurisprudencia pueda ponderar, sea para un caso concreto o para un supuesto concreto, la protección de los derechos fundamentales del ciudadano por la vía del reconocimiento del derecho a objetar la norma que los vulnera. Posteriormente volveremos sobre el modo en que esto encaja en nuestro ordenamiento y para el supuesto que nos ocupa.

(85) El reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia es un criterio efectivamente limitado en el artículo 51-1 de la Carta, aplicable a los Estados miembros únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión pero, dicho precepto continúa diciendo: “*Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias*”. Este inciso final del precepto permite e incluso defiende la aplicación del principio regulado, en este caso el del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, en el ámbito de las competencias propias del Estado miembro, por vía jurisprudencial.

se da, ya que los demandantes, según la sentencia impugnada, no conocen con exactitud el contenido de la materia a objetar.

B) No existe, específicamente apoyado en el artículo 27-3, porque este precepto se limita a los temas de moral y religión y la EPC abarca temas ajenos a éstos (86). Excluye asimismo la analogía con las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo de 20 de junio (Noruega) y 7 de octubre (Turquía) de 2007, por tratarse de la imposición de una enseñanza religiosa obligatoria y porque las sentencias se limitan a decir que dichas asignaturas, propias de Estados confesionales distintos del nuestro, sólo son adecuadas si se reconoce la posibilidad de dispensa a los ciudadanos, lo cual no es asimilable a una objeción de conciencia (87).

5. El fundamento décimo, después de pasar de nuevo por encima de los contenidos regulados en los reglamentos reguladores, con una frase de ambigüedad estudiada al final del primer párrafo, en los párrafos segundo y tercero saca, por fin, una consecuencia obligada de la existencia del artículo 27-3 de la Constitución y de la prohibición de adoctrinamiento que conlleva, al decir que *“el hecho de que la materia de Educación para la Ciudadanía sea ajustada a derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido no autoriza a la Administración educativa –ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores– a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas”*.

Esta sentencia, que, en base al último párrafo transcrito, fue inicialmente recibida en algunos medios de comunicación próximos a la objeción de conciencia con excesivo optimismo, verdaderamente hace lo siguiente:

1. Recoge como fuente inspiradora una Recomendación de la Unión Europea sobre promoción de la perspectiva de género en la educación, que es evidente y frontalmente contraria a nuestra Constitución, concretamente del modo que la misma sentencia recoge en su fundamento déci-

(86) Esto no deja de ser una petición de principio. Precisamente de lo que se trata es de que los contenidos mínimos de la asignatura, fijados por los respectivos Reales Decretos antes estudiados, desarrollan de modo evidente un adoctrinamiento moral.

(87) La objeción de conciencia, ejercida con éxito, no es otra cosa que eso, una dispensa al ciudadano de lo que, en otro caso, sería para él un deber jurídicamente exigible. Si el artículo 27-3 va referido a la formación religiosa y moral, la analogía del tratamiento que se dé al tema religioso con el que se deba dar a la formación moral, resulta evidente. El carácter no confesional del Estado español es lo irrelevante, ya que el supuesto que se somete a consideración del Tribunal no es de formación religiosa, sino moral.

mo, que acabamos de transcribir, ya que esta perspectiva de género no es otra cosa que una ideología sobre cuestiones morales altamente controvertidas en la sociedad española.

2. Legítima la intervención del Estado en la determinación de los contenidos educativos referidos a la llamada “moral común”, con una interpretación de los distintos apartados del artículo 27 de la Constitución que contraría frontalmente el sentido del conjunto de los mismos. Como consecuencia de ello, restringe el ámbito de aplicación del apartado 3 de dicho precepto al “mundo de las creencias personales”, por oposición a la “moral común” que impone el Estado a todos.

3. Hurta, una y otra vez, el ocuparse de la cuestión de fondo debatida, la existencia de contenidos morales en los tres Reales Decretos que desarrollan la norma y fijan los contenidos mínimos de las asignaturas (1513/06, 1631/06 y 1467/07) precisa y curiosamente anclados en la ideología de género. Omite dicho tratamiento específico, utilizando pretextos para ello que no son de recibo: en el fundamento séptimo, en el hecho de que la sentencia recurrida no hace reproche concreto sobre dichos contenidos, limitándose a denunciar su alto grado de indefinición, y en el fundamento décimo, al decir que aunque dichos contenidos, en la consideración aislada de alguna de sus frases, pueden inducir a dudas sobre su alcance, su interpretación dentro del contexto de los reglamentos y desde los presupuestos constitucionales señalados disipa toda incertidumbre. Esta última afirmación, contrastada con el examen que páginas atrás se ha realizado de dichos contenidos, resulta falsa e insostenible (88).

4. Excluye el derecho de objeción de conciencia con una argumentación sumamente discutible, en los términos que ya hemos puesto de manifiesto, mediante las notas a pie de página. Como indica en su voto particular el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate, lo que el artículo 10-2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión

(88) Así se hace notar en la práctica totalidad de los votos particulares. En especial hace hincapié en esta sospechosa omisión el Magistrado Excmo. Sr. Don Juan José González Rivas, que dedica los fundamentos VIII, IX, X y XI de su voto particular al examen de estos contenidos. Toda vez que ya han sido examinados por extenso anteriormente dichos contenidos, no vamos ahora a reproducirlos. Pero sí hacer notar que la misma idea es expresada por el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Peces Morate, en el fundamento octavo de su voto al decir que “*la Sala no entra en los contenidos de los reglamentos configuradores de la conflictiva asignatura, lo que debería haber hecho... en la forma establecida por el artículo 95.2 d) de la Ley de esta Jurisdicción para resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que no son otros que los relativos a si los bloques de materias, los objetivos y los criterios de evaluación contenidos en los reglamentos de la genéricamente denominada educación para la ciudadanía, a los que se refieren concretamente los demandantes en la instancia y ahora recurridos en casación, constituyen una educación en valores...*”.

Europea (89) condiciona a la “*interpositio legislatoris*”, no es el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia, sino la regulación del ejercicio del mismo. Mientras ésta no se produce, a los tribunales corresponde examinar, en cada caso, si se puede o no derivar del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia o religión, recurriendo para solucionar el conflicto a un ejercicio de ponderación, que se echa en falta en el presente caso.

5. Distingue una moral común, derivada de los derechos fundamentales, tal como son ahora regulados “recogidos en normas jurídicas vinculantes” (90), en cuyo adoctrinamiento puede entrar la Administración educativa, y la separa del “mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual”, al que quedaría limitado el ámbito del artículo 27-3. Con esta expresión, en el contexto indicado, se está dando carta de naturaleza a la distinción entre una ética pública, común, oponible a todos, en la que el protagonismo educativo se lo reserva el Estado y que limita la facultad de los padres de decidir sobre la formación moral de sus hijos, y una ética privada, constituida por un mundo segregado, de creencias y modelos de conducta individual (91). Según esta dicotomía ética, ligada en su parte pública al positivismo jurídico, son valores y derechos fundamentales los que resulten de las normas jurídicas vinculantes en cada momento. Es un portillo permanentemente abierto al relativismo moral (92) y, si la sentencia se quedara en eso, sería total y frontalmente rechazable por incompatible con el artículo 27-3 de la Constitución. Pero no, el fundamento décimo de la sentencia excluye de esa ética pública las “cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas”. Con ello se permite al ciudadano discrepar judicialmente de los contenidos, eso sí, echando sobre la sociedad civil la carga de la demanda, de la prueba de lo controvertido del contenido, de modo que si ésta no se produce, se irá, poco a poco, imponiendo la nueva ideología.

(89) Este documento, según indica el Magistrado Don Manuel Campos Sánchez Bordona en su voto particular, no tiene en estos momentos carácter jurídico vinculante. Ello no obsta a que nos sirva como criterio orientativo sobre el sentir de la Unión Europea respecto al tema.

(90) La frase entrecomillada se contiene en el fundamento sexto de la sentencia y conecta esos valores éticos comunes con el positivismo del momento y, por ende, con el relativismo del mismo derivado.

(91) A lo largo del fundamento sexto de la sentencia comentada son seis las expresiones con las que se alude a esta ética pública: “*valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático*”, “*valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales*”, “*valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas*”, “*valores éticos comunes*” y “*moral común subyacente en los derechos fundamentales*”.

(92) Resulta muy elocuente, en este sentido, la denuncia que realiza Jesús TRILLO FIGUEROA en la obra citada anteriormente, pp. 51 y ss.

Como consecuencia de todo ello, entiendo que procede hacer una valoración muy negativa de la sentencia comentada, por claramente inconstitucional, al conculcar, al menos parcialmente, el derecho de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos y obligarles, para el ejercicio del mismo, a estar permanentemente vigilantes respecto de los contenidos de una asignatura, la educación para la ciudadanía, que nace extralimitada en sus contenidos y con orientaciones ideológicas de género, sumamente controvertidas en la sociedad española, que sin embargo la propia sentencia, como hemos visto, asume, obligando a los padres, a la sociedad civil, a utilizar el mecanismo más incómodo, largo y desmoralizante: acudir a los Tribunales, cada año, en cada colegio, en cada curso, con cada profesor, con cada libro... e imponiendo, por defecto, contenidos a todas luces incoherentes con el razonamiento del fundamento décimo de la misma.

5. *Fundamento ideológico de EPC en España.*

Si queremos entender en profundidad lo que significa la iniciativa que nos ocupa, debemos hacer algunas reflexiones sobre los fundamentos ideológicos a los que responde.

La orfandad ideológica de la izquierda, ocasionada por sus propias contradicciones internas y manifestada de modo irrefutable en la quiebra económica y política que originó la caída del muro de Berlín y del llamado telón de acero soviético, ha llevado a ésta a nuevos posicionamientos, con un doble denominador común: planteamientos colectivistas, o mejor, estatistas, en el sentido de considerar al Estado como la única fuente de legitimidad y máxima autonomía personal como criterio de moralidad.

Fruto de la primera de estas características es la pretensión de imponer la que ellos llaman moral pública, a toda la ciudadanía, relegando al ámbito de la intimidad personal todo lo relativo a las creencias y moral, que los padres puedan transmitir a sus hijos, y fruto de la segunda es la llamada ideología de género, contenido sustantivo de esa moral pública, que parte de la negación del concepto de naturaleza humana, el cual es sustituido por la cultura.

Conectando con la postura filosófica de NIETZSCHE, que, al negar la existencia de un Dios creador, sienta la base sobre la que SARTRE (93) considera que en el hombre la existencia es anterior a la esencia y por tanto cada hombre hace su perfil con completa autonomía existencial. Conecta asimismo con la postura feminista de Simone DE BEAUVOIR (94), que entiende que el sexo es materia disponible a la voluntad del sujeto, de modo que no se nace mujer u hombre, sino que se hace, y da lugar al

(93) J. P. SARTRE en *El ser y la nada*.

(94) Simone DE BEAUVOIR: *El segundo sexo*.

concepto de nueva ciudadanía de Michel DE FOUCAULT (95), que le lleva a “resignificar”, mediante las correspondientes estrategias, utilizando a tal efecto la educación para la ciudadanía, los conceptos de **varón** (dominante de mujer sometida. Estrategia de liberación del cuerpo femenino del sexo y de la maternidad); **padre** (dominante del hijo. Estrategia de liberación de la infancia, desde la bisexualidad, que se predica como original en el niño); **marido** (pareja procreadora. Estrategia de control de la natalidad); y **heterosexual** (dominante homófobo. Estrategia de normalización de la homosexualidad).

Todo ello se traduce en un planteamiento que, al decir de Jesús TRILLO (96), resulta totalitario de cintura para arriba, imponiendo adhesiones vía educación, y liberal a ultranza de cintura para abajo... Es una moral sin obligación ni sanción. En ella se sustituye la que autores, tan diversos como Santo Tomás y KANT, estuvieron de acuerdo en reconocer como existente en toda persona, la sindéresis, como conjunto de leyes morales, que se hallan en el interior de la conciencia humana y actúan en la misma como principios universales de moralidad, por la opinión, el gusto, la personal perspectiva, etc. En el trasfondo del planteamiento hay una negación del concepto de verdad, que es sustituida por la voluntad sin medida. Pero el voluntarismo es una tabla de salvación precaria, que hace tránsito al relativismo y, a la larga, genera desesperación.

Convertir todos estos contenidos en didáctica social impuesta desde el Estado, a través de la educación para la ciudadanía, es sin duda ingeniería de manipulación social, cuyos antecedentes más claros se encuentran en GRAMSCI en Italia, como repensador de la expansión marxista en clave cultural y sobre todo, Mao en China, que a través de la Revolución Cultural, muy crudamente descrita por Jung CHANG en *Cisnes Salvajes* (97), se propone la reeducación de todo el pueblo chino, adoctrinándolo en la nueva moral comunista y haciendo tabla rasa de toda la tradición cultural y religiosa anterior.

Resulta evidente el intento que, en esta misma línea, supone la actual educación para la ciudadanía española. Ello aunque la eficacia adoctrinadora parezca infinitesimal, comparada con el caso chino, ya que el intento

(95) Michel DE FOUCAULT: *Historia de la sexualidad. Derecho de muerte y poder sobre la vida, siglo XXI*. Buenos Aires, 2003.

(96) Jesús TRILLO: ob. cit., p. 59.

(97) Jung CHANG es la autora de una novela biográfica titulada *Cisnes Salvajes*, que relata la historia de tres generaciones de chinas: abuela, nacida y criada en el antiguo régimen de los “señores de la guerra”; madre, criada en plena revolución comunista, y nieta, la autora, que a la vista de los desmanes producidos, especialmente por la revolución cultural, que llevan a su padre, fiel comunista ortodoxo, a ser marginado y castigado psicológicamente hasta la locura, decide autoexilarse a Londres, consiguiendo una beca de estudio y escribir el citado libro, contando su terrorífica experiencia.

en este caso se realiza desde una sociedad organizada democráticamente.

Resulta evidente la inconstitucionalidad del intento en sí y la vulneración del derecho de los menores educandos, a serlo en el ámbito de las creencias religiosas y morales de sus respectivas familias. Es verdad que en este caso no estamos ante un daño actual, sino más bien ante una amenaza, pero no por ello debe minimizarse la importancia del asunto. Al contrario, al ser este daño generalizado socialmente a todos los menores y conculcador de libertades constitucionales, se hace preciso insistir en la denuncia de modo que pueda servir, con carácter preventivo, para evitar el hecho consumado del daño de adoctrinamiento moral de los relevos generacionales.

En el caso de España, los contenidos suponen mucho más que una simple formación política respecto de la realidad europea emergente. Así lo pone de manifiesto Jesús TRILLO (98) cuando dice que *“el currículo, es decir «el conjunto de objetivos, capacidades, competencias básicas –en el sentido de habilidades y capacidades– contenidos y métodos pedagógicos de cada una de las enseñanzas reguladas en la ley», en el caso de la Educación para la Ciudadanía, nada tiene que ver con la formación política. De acuerdo con la ley y sus normas de desarrollo, lo que se pretende con esta asignatura es la formación integral de los niños y niñas, desde la educación infantil hasta el bachillerato. Una formación y educación que comprende un recorrido que va de lo individual a lo social y no se queda solamente en lo social”*.

Corroborra esta afirmación el dato comparativo de horas lectivas: veinte aproximadamente en los países de nuestro entorno, frente a ciento setenta horas lectivas en España.

Este hecho no viene contradicho por los partidarios de la nueva educación para la ciudadanía en España. Entre los partidarios de esta nueva enseñanza destaca, como ideólogo e intelectual, Gregorio PECES-BARBA, quien dice que la educación para la ciudadanía *“constituye una hermosa aventura de endoculturización y de socialización para modelar personas más libres, más justas y más solidarias... protagonistas en esa España civil que entre todos debemos construir”* (99).

Si nos preguntamos por cuáles son los referentes de esa España Civil de la que habla el autor, la respuesta nos la da él mismo, en artículo de

(98) Jesús TRILLO FIGUEROA: ob. cit., p. 23.

(99) G. PECES-BARBA: *La España civil*. Editorial Galaxia. Círculo de Lectores. Madrid, 2006, p. 14. Por cierto, esta persona ha protagonizado, en relación con este asunto, un caso de incoherencia sectaria que vale la pena reseñar. El año 2001 propuso desobedecer la Ley de Universidades y publicó el 20 de octubre de ese año, en la tercera de ABC, un artículo en el que puede leerse: *“ofende en lo más profundo mi conciencia y el espíritu de la Constitución, frente a lo que he dicho y mantengo que la desobediencia a disolver los claustros es una prueba de civismo y una contribución al mejor funcionamiento de la democracia”*. En julio de 2008,

opinión que se puede leer en la página web del diario *El País*, el once de noviembre de 2008, cuando nos dice que los referentes de la España civil son “*signos positivos a considerar en la historia y en la vida social española que marcan modelos de comportamiento, desde valores y desde principios. Los hay conceptuales y también personales. Los primeros son ideas y creencias que refuerzan la España civil y la orientan en su desarrollo. Entre ellas podemos destacar la laicidad, la igualdad de género, los nuevos derechos al medio ambiente, al aire limpio, al agua limpia, al avance en ideas como la vida digna, el derecho a morir ante la vida irremisiblemente deteriorada, entre otras muchas que marcan la vanguardia de la reflexión para favorecer el dinamismo de la libertad que va de la libertad de elección a la libertad moral y que necesita en la democracia la mediación de la libertad social, política y jurídica*”.

No hacen falta muchos comentarios. Aquí se explicitan ya contenidos específicos de la ideología de género, de la eutanasia y otros, como la laicidad, equívoco por la expresión utilizada, pero que, en el contexto de la obra del autor, nadie duda en identificar con laicismo anticristiano. De que la educación para la ciudadanía encierra como objetivo mucho más que una simple pretensión de educación en la civilidad democrática, lo afirman todos sus propulsores, algunos incluso en el propio título de sus monografías al respecto, como es el caso de Antonio BOLÍVAR en su libro *Educación para la ciudadanía: algo más que una asignatura* (100).

Uno de los ideólogos más destacados de la educación para la ciudadanía, entendida como adoctrinamiento moral, es Philip PETIT, citado por TRILLO (101), para el que la libertad es la ciudadanía y sólo el derecho emanado del Estado es creador de libertad. El derecho crea y configura la libertad; los seres humanos son personas sujetos de derecho, en la medida en que son ciudadanos, esto es, en la medida en que forman parte de un colectivo. La libertad consiste en la no dominación arbitraria. Solamente la interferencia del Estado, en cuanto que actúa en interés de todos, no resulta arbitraria. Es destacable el hecho de que este profesor de Teoría política y Filosofía de la Universidad de Princeton, New Jersey, resulte ser el más influyente ideólogo de José Luis Rodríguez Zapatero y autor de un libro (102) en homenaje al Presidente del Gobierno Socialista.

en los cursos de verano de la Universidad Menéndez Pelayo, en el Seminario sobre “Educación para la ciudadanía”, manifestó tajantemente que cumplir la ley es una obligación y que los que se oponen a esta materia cometen prevaricación.

(100) A. BOLÍVAR: *Educación para la ciudadanía: algo más que una asignatura*, Editorial Grao, Barcelona, 2007.

(101) Jesús TRILLO FIGUEROA: *Una tentación totalitaria. Educación para la Ciudadanía*, Euns, 2008, pp. 84 y ss.

(102) El libro en cuestión se titula *Examen a Zapatero*, y ha sido publicado por Temas de Hoy, Madrid, 2008.

6. Conclusiones.

1. No tiene apoyo constitucional la distinción entre una moral pública y una moral privada. La única referencia que hace la Constitución a la moral, en sede del derecho a la educación, es la que se contiene en el artículo 27-3, al atribuir a los padres el derecho a determinar el adoctrinamiento moral y, en su caso, religioso, de sus hijos.

Es regla de interpretación normativa pacíficamente admitida que, donde la ley no distingue, no debe el intérprete distinguir. La dicotomía moral pública-moral privada no existe en nuestra Constitución y, por tanto, no es correcta la interpretación del texto constitucional que lleva a ella.

2. El respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales que recoge el artículo 27-2 de la Constitución, no es el contenido de una “moral pública”, sino un marco jurídico de mínimos, no manipulable por ningún Gobierno, común a todas las democracias occidentales y reflejado en Tratados internacionales suscritos por todas ellas (103).

3. La asignatura EPC que se pretende implantar en España, hace una interpretación extensiva y extralimitada del marco de referencia que supone el artículo 27-2 mencionado y lo transforma en una moral pública, cuyos contenidos se permite concretar, tal como hemos analizado, siguiendo las pautas de la ideología de género, absolutamente ajena a aquellos principios, derechos y libertades.

4. Es evidente, a la vista de los contenidos mínimos previstos en los tres Reales Decretos de desarrollo anteriormente comentados, que las asignaturas en que se concreta en España la nueva Educación para la Ciudadanía constituyen una evidente vulneración del artículo 27-3 de la Constitución, en cuanto que incurren en un adoctrinamiento moral y, por ende, una vulneración al derecho de los menores a ser formados moral y religiosamente con el criterio decidido por sus respectivos padres.

5. Resulta igualmente evidente que los contenidos ideológicos de dicha enseñanza van en la línea de la ideología de género.

6. Resulta claramente injusta la postura adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de once de febrero de 2009, al eludir entrar en el contenido ideológico de las normas sometidas a su enjuiciamiento, remitiendo a los padres a iniciativas procesales para casos concretos.

(103) En la primera parte de este trabajo se han recogido, en lo concerniente a la vulnerabilidad del menor, los textos relativos a tales derechos y libertades fundamentales.

C) Programación en TV.

Desde la perspectiva del desarrollo del menor, la televisión es un fenómeno reciente. Hasta los años cincuenta del siglo pasado en Estados Unidos y muy entrados los sesenta en España, en la problemática de la vulnerabilidad del menor, no ha existido esta variable. Sin embargo, en los últimos relevos generacionales ha irrumpido de un modo tan importante, que hace inexcusable su tratamiento específico.

La TV, como medio de comunicación audiovisual que es, tiene un especial atractivo para captar la atención, y su carácter total como mensaje de imagen dinámica y sonido provoca una actitud receptivo-pasiva en el televidente. Por otra parte, su masiva generalización en la sociedad, no solamente en los países desarrollados, hace que su influencia se extienda cuantitativamente a todas las capas de la sociedad. A todo ello hay que añadir que la variedad de posibles contenidos, a los que acceder con el simple gesto de pulsar un botón, el “zapping”, supone un aumento exponencial del atractivo y de la sensación de libertad, al no sentirse constreñido por ningún programa en exclusiva.

A estas coordenadas genéricas, cuando los televidentes son menores en desarrollo, hay que añadir otras:

a) La derivada de la tan repetida plasticidad del menor, su especial capacidad de recibir mensajes de modo acrítico, con los que ir conformando la propia personalidad. Esta plasticidad, cuando los programas emitidos no son adecuados en su contenido al grado de desarrollo y madurez del menor, puede provocarle daños.

b) La televisión es un recurso fácil para mantener al niño/a ocupado, distraído, sin que moleste, sin que prácticamente se mueva, evitando así la necesidad de atenderlo personalmente o incluso posibilitando la ausencia física del adulto encargado de su cuidado. Esta última circunstancia, especialmente en los casos de familias desestructuradas, actúa como recurso de relleno de huecos de desatención, de soledad del menor.

La incidencia de todo ello, desde la perspectiva del presente trabajo sobre la vulnerabilidad del menor, nos obliga a analizar los dos extremos del hecho sociológico: de una parte, la propia TV en cuanto a sus contenidos, horarios y control sobre unos y otros en protección del menor; y de otra, el estudio de los efectos nocivos que la TV puede causar y efectivamente causa en los menores.

Evidentemente, al centrar el estudio en los perjuicios que la TV causa a los menores, no estamos descalificando el medio en sí. El progreso que supone la TV como medio de comunicación es un hecho incontestable que

no necesita defensa. Las inmensas posibilidades de información, formación y sano entretenimiento son también una realidad notoria, que justifica no solamente la permanencia del medio, sino también su presencia en todos los hogares. Es precisamente la enorme eficacia comunicativa, que lleva ínsita en su propio diseño tecnológico, la que, empleada para el mal, por el operador o por el destinatario, la hace verdaderamente temible y dañina. Pero la mayor eficacia comunicativa, en sí misma considerada, no puede valorarse sino positivamente, desde una perspectiva de progreso.

Esta totalidad envolvente de imágenes y sonido, en una variedad temática enorme, barata y comodísima de uso, conlleva un cierto riesgo adicional de abandonismo psicológico del televidente que, cansado o aburrido, se entrega fácilmente a una actitud pasiva y perezosa, en la que insensiblemente va claudicando de controles y actividad directora para, con la apariencia de control que supone el mando a distancia, irse rindiendo a la seducción de canales y contenidos que, en realidad, le vienen impuestos y entre los que la capacidad de elección, en un momento dado, resulta muy reducida.

Aunque esto no ocurra, porque uno solamente ve programas que le gustan y convencen, puede también ceder en el número de horas que pasa como telespectador diariamente, con lo que tenemos un doble riesgo, cualitativo, de contenidos, y cuantitativo, de horas dedicadas. Esta problemática se da entre los adultos y, por tanto, con mayor motivo e indefensión, en los menores. En el caso, sobre todo de la publicidad, aunque también de determinada programación en televisión, existe otro matiz perjudicial que denuncia POLO (104) diciendo: *“La cultura de la imagen adopta formas llamativas, pone un énfasis exagerado para atraer la atención de las gentes... Pero al provocar reacciones psíquicas fuertes hacia asuntos sin importancia, se acaba secando el hondón del alma, abocada a descargas emocionales sin apenas sentido. La publicidad utiliza constantemente tonos de impresionabilidad propios de situaciones límite; lo trivial se presenta como hazaña o lo imaginario como real. Es un fraude que, al pasar inadvertido, trastorna el orden psicossomático... Acostumbrarse a la hiperexcitación es una forma de perder libertad. El hombre, arrastrado por el psiquismo sin control despertado desde fuera, produce reacciones desproporcionadas”*.

Centrándonos ya en los menores, la responsabilidad de evitar los daños que puedan resultarles de la TV se distribuye de modo desigual en tres frentes: El primero viene constituido por el poder público y los operadores, en definitiva, la ley y quienes deben cumplirla como especialmente obligados por ella; el segundo, los adultos responsables de la educación, formación y desarrollo del menor; y el tercero, de un modo gradual

(104) Leonardo POLO: *La persona humana y su crecimiento*, Eunsá, 1996, p. 137.

y creciente con el uso de razón, el propio menor y su incipiente libertad ejercida.

El primero de ellos, el poder público y los emisores u operadores, en relación a los menores, partiendo de la conciencia clara del riesgo que determinados contenidos suponen para los menores, debe proponerse como objetivo el que la TV incida del modo menos peligroso posible en la formación de los pequeños. Para ello resulta básico dividir el horario de emisión en dos sectores bien diferenciados: el diurno de menores y el resto, con adaptaciones a horarios de días festivos o escolares. Fijada la franja horaria de protección al menor, habrá que regular los contenidos que deben excluirse de la misma como nocivos y las medidas de protección que se consideren necesarias para los menores, tanto en programación como en publicidad. Dada la multitud de operadores, la iniciativa de esta regulación corresponderá normalmente al poder público, máxime en la medida en que los emisores sean titulares de concesiones administrativas, esto es, titulares derivativos y parciales, para una determinada emisión de señal televisiva, que tiene su origen en el Estado, titular concedente de la misma y que puede, por tanto, en el condicionado de la concesión, establecer las limitaciones de ésta, en orden a las finalidades que el bien común impone, entre las que aparecerá, en lugar destacado, la que ahora nos ocupa: el interés del menor. Por supuesto, la normativa a la que imperativamente el Estado somete a los operadores, debe incorporar un régimen sancionador eficazmente penalizador y disuasorio de incumplimientos.

En cada uno de los países de la Unión Europea, excepto en España, el planteamiento que se acaba de hacer en las líneas que anteceden, con mayor o menor grado de protección, pero en el marco tuitivo indicado, ha generado una entidad pública con este específico cometido: el Consejo Audiovisual Estatal. Nuestro país es el único de nuestro entorno que carece de este organismo.

Refiriéndonos a nuestro país, vale la pena hacer un repaso del marco normativo por el que se rige esta materia y seguidamente realizar un examen del grado de cumplimiento de dicha normativa, para concluir sobre la calidad o deficiencias del sistema.

1. *Marco normativo.*

Para su estudio conviene distinguir dos ámbitos: el europeo, en cuanto vinculante a los países miembros, y el de la normativa específicamente española.

a) En el ámbito de la Unión Europea debemos remontarnos al Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, en cuyo artículo 10 se con-

sagra el principio de libertad de expresión; el artículo 57 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957, que consagra el principio de libre circulación y, en desarrollo y aplicación de los mismos al tema que nos ocupa, la protección del menor en el ámbito de la televisión; sin ánimo de ser exhaustivos, son destacables las siguientes normas:

* La protección de los menores respecto de la publicidad y la programación televisiva se ha materializado en la **Directiva 89/552, de 3 de octubre**, CEE, del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, también llamada Ley europea de Televisión sin fronteras, modificada por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 1997. El artículo 22 de la misma dice:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que sus emisiones de televisión no incluyan programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. Esta disposición se extenderá asimismo a los programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que dichos menores en el campo de difusión no ven ni escuchan normalmente dichas emisiones.

Los Estados miembros velarán asimismo para que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.”

* El llamado **“libro verde”** sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales, **de 1996**, en el que se admite que el principio de libertad de expresión pueda estar sometido a algunas limitaciones por estas razones de protección, aplicándose en las mismas un principio de proporcionalidad, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Se impone el “etiquetado” de los contenidos, como principio clave que facilite el control parental y se insiste en la eficacia de la autorregulación por los propios operadores.

* **La Recomendación 98/560 del Consejo, de 24 de septiembre de 1998**, que promueve marcos nacionales destinados a obtener un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana. En ella se constata la dificultad adicional de identificación del radio-

difusor que suponen los medios de comunicación digitales (Internet, radiodifusión digital y juegos de vídeo). Se insiste en la creación de los marcos nacionales de protección y de autorregulación de los operadores, en una mayor concienciación de padres y profesores en la utilización de los medios de protección de los menores, luchar contra la difusión de contenidos ilícitos, facilitar el intercambio de experiencias en este sentido, generar estructuras que faciliten la denuncia contra contenidos ilícitos y fomentar la cooperación entre las autoridades nacionales al respecto.

* **La Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006**, relativa a la protección del menor y la dignidad humana en el conjunto de los servicios audiovisuales y de información en línea, recoge y refunde anteriores disposiciones de ámbito europeo sobre la materia (Decisiones, Directivas y Recomendaciones), distinguiendo:

a) Recomendaciones a los Estados miembros:

— Derecho de réplica a personas físicas o jurídicas que se consideren dañadas en su honor por los contenidos emitidos.

— Concienciación y ayuda a padres y profesores.

— Etiquetado de contenidos que ayude a éstos en su labor tuitiva de los menores.

— Vigilancia y denuncia de las páginas de contenidos ilícitos.

b) Recomendaciones al Sector de los Servicios Audiovisuales:

— Sistemas que permitan un acceso más amplio a los servicios audiovisuales y de información en línea, a la par que sistemas de filtrado y de símbolos que eviten contenidos perjudiciales, en cooperación con organismos reguladores, autorreguladores y correguladores de los Estados miembros.

— Filtros que impidan la circulación en Internet de contenidos que atenten a la dignidad humana.

— Sistemas de etiquetado de contenidos.

— Instrumentos eficaces que eviten la discriminación por sexo, raza, religión, discapacidad, edad u orientación sexual (105)...

* **La Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007**, dedica algunos apartados a la protección de los menores que, por su interés, transcribo a continuación:

“(45) Se deben equilibrar cuidadosamente las medidas para proteger a los menores y la dignidad humana con el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La finalidad de este tipo de medidas, tales como el uso

(105) Esta referencia a la no discriminación por razón de orientación sexual, responde a la ya denunciada progresiva infiltración de la “ideología de género”.

de códigos PIN (números de identificación personal), de sistemas de filtrado o de identificación, debe ser, pues, asegurar un adecuado nivel de protección del menor y de la dignidad humana, en especial en relación con los servicios de comunicación audiovisual a petición.

La Recomendación relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica reconoce ya la importancia de los sistemas de filtrado e identificación, e incluye una serie de posibles medidas que pueden llevarse a cabo en beneficio de los menores, tales como proporcionar sistemáticamente a los usuarios un sistema de filtrado eficaz, actualizable y fácil de utilizar cuando se suscriban a un proveedor de acceso u ofrecer el acceso a servicios específicamente destinados a los niños y dotados de un sistema de filtros automáticos.

(46) Los prestadores del servicio de comunicación situados bajo la jurisdicción de los Estados miembros deben estar sujetos en todo caso a la prohibición de difundir pornografía infantil, con arreglo a las disposiciones de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

(47) Ninguna de las disposiciones de la presente Directiva en relación con la protección del desarrollo físico, psíquico y moral del menor y del orden público requiere necesariamente que las medidas adoptadas para proteger dichos intereses deban aplicarse mediante un control previo de los servicios de comunicación audiovisual por parte de organismos públicos.”

Podemos preguntarnos, ¿qué eficacia vinculante tienen las normas europeas citadas, en orden a exigir su cumplimiento a los operadores de televisión que actúan en España?

Las Directivas, como norma general, no son de aplicación directa en los países miembros. Suponen más bien un mandato normativo que éstos deben convertir en norma estatal, siguiendo las directrices en el mismo contempladas. La excepción a esta norma la constituye el llamado efecto directo del Derecho Comunitario, que permite a los ciudadanos ejercer los derechos derivados del mismo, independientemente de que hayan sido convertidos en Derecho interno del país correspondiente a dicho ciudadano. El efecto directo reviste dos aspectos: horizontal y vertical. El primero se da en las relaciones entre los particulares y el Estado miembro respectivo. El segundo se produce en las relaciones entre particulares. El efecto directo completo supone ambos, el parcial se limita al vertical. El efecto directo completo se limita, en la jurisprudencia comunitaria, a unos pocos artículos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Dichas normas nada tienen que ver con la protección del menor.

El Tribunal de Justicia Comunitario que sentó el principio del efecto directo en 1963, en la sentencia Van Gend en Loos, indicó como condi-

ción que las obligaciones deben ser precisas, claras, incondicionales y no requerir medidas complementarias, tanto de carácter nacional como comunitario.

Respecto de las Directivas, el Tribunal de Justicia les ha reconocido efecto directo (sentencia de 6 de octubre de 1970, Franz Grad), porque *“el efecto útil... se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales”*. No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que el efecto directo era de carácter exclusivamente vertical (sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall). Además sólo rige a partir de la expiración del plazo de transposición, es decir, de adaptación del Derecho interno al contenido de la Directiva (sentencia de 5 de abril de 1979, Ratti). Por último, las Directivas deben cumplir las condiciones antes aludidas de la sentencia Van Gend en Loos para que se les reconozca este efecto directo parcial (sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn).

La conclusión de todo ello es que solamente en la medida en que se incorporan al Ordenamiento interno son aplicables a los ciudadanos españoles los contenidos de las Directivas comunitarias relacionadas. Como veremos seguidamente, solamente algunas de ellas han cumplido ese requisito.

b) En España, el marco normativo de la televisión, en relación al tema que nos ocupa, puede sintéticamente presentarse así:

*** En el plano constitucional:**

— El artículo 20 de la Constitución, en su número 3, promete la regulación por ley de los medios de comunicación social, garantizando el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos con respeto del pluralismo, y en su número 4 impone como límite a estas libertades de acceso, entre otras, las derivadas de la protección de la juventud y la infancia.

— El artículo 39-4 establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

— El artículo 128-2, al establecer que, mediante ley, se podrá reservar al sector público la prestación de servicios esenciales.

*** El desarrollo normativo: legislativo y pactado** (106), de estos mandatos constitucionales, viene dado a través de las siguientes normas y acuerdos:

(106) Javier HERVADA en su libro *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, 3.^a edición, 2000, p. 350, dice: *“La norma jurídica no es sólo la ley, sino también el pacto, ... en las relaciones humanas, la relación entre el autor de la norma y el destinatario no se ha de plan-*

— La Ley 4/1980, de 10 de enero, que configura la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal.

— Posteriormente, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, regula la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión por sociedades anónimas, en régimen de concesión administrativa.

— La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de televisión por satélite, regula la prestación de este servicio público cuando para ello se utilicen satélites de comunicaciones.

— Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora la Directiva europea antes mencionada de 1989. En la misma, el capítulo IV se denomina: “De la protección de los menores” y se compone de dos artículos: 16 y 17.

— Ley 22/1999, de 7 de junio, por la que se incorpora la Directiva europea antes mencionada de 1997, reformando los citados artículos (107).

tear en términos ontológicos de superioridad o imposición, sino que, por tratarse de hombres esencialmente iguales, la relación ha de establecerse en términos jurídicos de función y servicio, o de compromiso –engagement– según los casos”.

(107) El contenido normativo de dichos preceptos, después de la reforma, es el siguiente:

Artículo 16: Protección de los menores frente a la publicidad.

1. *La publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores. A este efecto, deberá respetar los siguientes principios:*

a) No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate.

b) En ningún caso deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, profesores u otras personas, tales como profesionales de programas infantiles o eventualmente personajes de ficción.

c) No podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas.

d) En el caso de publicidad o de televenta de juguetes, éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daño para sí o para terceros.

2. *La televenta deberá respetar los requisitos que se prevén en el apartado 1 y, además, no incitará a los menores a adquirir o arrendar directamente productos y bienes o a contratar la prestación de servicios.*

Artículo 17. Protección de los menores frente a la programación.

1. *Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.*

2. *La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrá realizarse entre las veintidós horas del día y las seis horas del día siguiente, y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos.*

Cuando tales programas se emitan sin codificar, deberán ser identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración.

Lo aquí dispuesto será también de aplicación a las emisiones dedicadas a la publicidad, a la televenta y a la promoción de la propia programación.

3. *Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudarse la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia,*

Nótese que en estas normas, que transcribimos en su versión actualizada a pie de página a texto completo:

a) No se recoge la prohibición expresa de pornografía y violencia gratuita que, en cambio, sí está expresamente contenida en la Directiva de 1989, que se supone queda incorporada a nuestro Derecho interno a través de estos dos artículos. Esta omisión no es casual y está siendo denunciada por distintas organizaciones de consumidores y usuarios de Televisión.

b) No existe ninguna previsión relativa a infracciones, sanciones ni procedimiento sancionatorio. Diríase que al legislador le ha movido más el cumplimiento formal de un deber de adaptación de nuestro Derecho interno a los principios del Derecho Comunitario europeo, que velar verdaderamente por el cumplimiento cabal de los principios tuitivos de los menores.

— La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su artículo 3, al definir los objetivos de la misma, en su apartado “e”, en el marco de la defensa de los usuarios, alude especialmente al objetivo de “*protección a la juventud y a la infancia*”. No obstante, a lo largo del extenso articulado de la misma no encontramos ni una sola mención relativa a la consecución de dicho objetivo.

Dicha Ley regula un extenso elenco de infracciones muy graves, graves o leves a lo en la misma ordenado, así como un procedimiento sancionador muy completo, tanto por los órganos y el procedimiento previsto, como por las distintas sanciones reguladas, pero en absoluto aparece la protección del menor en ninguna de estas normas. Puede, en consecuencia, achacarse a la ley comentada, incongruencia y vacío normativo, con la consiguiente desprotección del menor, en ámbito tan importante como el de las Telecomunicaciones.

realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los espectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad.

En el caso de películas cinematográficas esta calificación será la que hayan recibido para su difusión en salas de cine o en el mercado del vídeo, de acuerdo con su regulación específica. Ello se entiende sin perjuicio de que los operadores de televisión puedan completar la calificación con indicaciones más detalladas para mejor información de los padres o responsables de los menores. En los restantes programas, corresponderá a los operadores, individualmente o de manera coordinada, la calificación de sus emisiones.

En el supuesto de que en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, los operadores de televisión no se hubieran puesto de acuerdo respecto de un sistema uniforme de presentación de estas calificaciones, el Gobierno dictará las normas precisas para asegurar su funcionamiento.

4. En las emisiones realizadas por operadores de televisión bajo jurisdicción española, habrá de respetarse, en todo caso, los preceptos constitucionales.”

El Gobierno tiene actualmente en preparación un Anteproyecto de Ley General Audiovisual, en el que se prevé la creación de un Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, dotado de amplias facultades sancionadoras, encargado del seguimiento y control del contenido de la nueva ley. Pero, en lo que ha podido conocer de la misma el autor de estas líneas, no ha encontrado ninguna referencia normativa específicamente dedicada a la protección del menor.

En cambio, en este proyecto de ley (108) se contiene, por fin, en virtud de reforma introducida en el mismo en octubre de 2009, la prohibición de emitir en abierto pornografía o violencia gratuita, en los términos recogidos en la Directiva Comunitaria de 1989 antes transcrita.

El estudio y la visión de conjunto resultante de la normativa española sobre protección de menores en cuanto a los contenidos y los horarios de televisión es verdaderamente lamentable. El legislador no se ha tomado en serio la protección del menor.

Han sido los propios operadores quienes privadamente han tomado una iniciativa en este sentido aunque, como veremos, incompleta e inoperante en la práctica.

— El 8 de diciembre de 2004 los operadores de televisión de ámbito estatal (Televisión Española, SA; Gestevisión Tele 5, SA, y Sogecable, SA, a los que posteriormente se unieron La Forta, Veo, Net tv y La Sexta) suscriben el Código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia.

En él, partiendo de la responsabilidad primordial que corresponde a padres y educadores, como colaboradores de los mismos, los operadores firmantes se plantean dos objetivos de colaboración:

1. La preservación de determinados contenidos en las franjas horarias protegidas.
2. Una mejora e incremento del sistema vigente de calificación y señalización de la programación, como herramienta a disposición de padres y profesores, para que puedan ejercer más eficazmente su responsabilidad educativa.

(108) El Gobierno ha modificado el anteproyecto de Ley General Audiovisual para prohibir la emisión de pornografía y violencia gratuita en abierto, según recoge el dictamen del Consejo de Estado a la futura norma, que precisa este cambio respecto al texto presentado por el Ejecutivo en Consejo de Ministros el pasado verano. Así, en los documentos remitidos por el Ejecutivo al Consejo de Estado, el Ministerio de Presidencia incorpora la prohibición de la emisión de la pornografía y la violencia gratuita, salvo que se garantice el acceso condicional y la posibilidad de control parental. Inicialmente, el anteproyecto preveía la posibilidad de que dichos contenidos pudieran ser emitidos en abierto de madrugada.

Esta clasificación, toda vez que los menores acceden indistintamente a TV, Cine, Vídeo, Videojuegos e Internet, debe ser, en lo posible, homogénea y coherente para todos ellos. Por ello, los criterios de clasificación que se adoptan son los de la ICAA (Instituto de las Ciencias y Artes Audiovisuales). En un amplio Anexo del Código de Autorregulación se recoge la clasificación de programas, distinguiendo: 1. Programas especialmente recomendados para la infancia; 2. Programas para todos los públicos; 3. Programas no recomendados para menores de siete años; 4. Programas no recomendados para menores de trece años, y 5. Programas no recomendados para menores de dieciocho años.

En cada uno de éstos se tratan, en positivo o en negativo, según los casos, cuatro apartados: comportamientos sociales, violencia, temática conflictiva y sexo.

Se diseñan dos órganos que garanticen la credibilidad y confianza pública en el Código de autorregulación:

— El Comité de Autorregulación, compuesto por operadores de televisión firmantes del Código, Productoras de contenidos televisivos y Periodistas, que resolverá las dudas y tramitará las quejas y reclamaciones que se presenten en relación con la aplicación del Código.

— La Comisión Mixta de Seguimiento, compuesta por una representación paritaria de miembros del Comité de Autorregulación y organizaciones de la sociedad civil, que actuará como una segunda instancia, en los casos en los que los dictámenes del Comité de Autorregulación no hayan sido atendidos.

En cuanto al contenido sustantivo de protección, se establecen dos franjas de protección horaria: una genérica, de 06:00 a 22:00 horas, y otra de protección reforzada, pensada en los menores de trece años, de 08:00 a 09:00 horas, y de 17:00 a 20:00 horas en días laborables, y de 09:00 a 12:00 horas en sábados, domingos y determinados días festivos (genéricamente: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre; y en cada localidad, para los operadores de cobertura no estatal, sino local, los festivos del respectivo territorio). Además, en los períodos de vacación escolar, se obligan los operadores a una especial sensibilidad y cuidado en la programación.

Si durante estas franjas horarias se debe dar una noticia de trascendencia que pueda resultar inadecuada al público infantil, se avisará expresamente de ello a los telespectadores.

Para fomentar el control parental, se establece y refuerza un sistema de clasificación y señalización de la programación televisiva y, de acuerdo con tal clasificación, no se emitirán en franja de protección los progra-

mas para mayores de dieciocho años, y en franja de protección reforzada, además, los programas para mayores de trece años.

2. La realidad constatable.

En el año 2005 se crea el OCTA (Observatorio de Contenidos Televisivos y Audiovisuales), cuyo objetivo fundamental es garantizar los derechos de la infancia y de la juventud, en su relación con los diferentes medios y sistemas de comunicación.

Es una iniciativa de la sociedad civil, que cuenta con el apoyo de una base amplia y plural de organizaciones de infancia, de padres y educadores, sindicales, vecinales, de consumidores y usuarios, ONGs, organizaciones ecologistas, de mujeres, de la tercera edad, etc., y está abierto a la participación de cualquier otro colectivo o de ciudadanos particulares interesados en este tema.

Entre sus objetivos figura el de evaluar la realidad de la oferta audiovisual española, detectando incumplimientos legales o normativos, para su corrección futura. Esta finalidad se concreta también en el apoyo a los representantes sociales en la Comisión de Seguimiento del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos.

En ejercicio de esta función de control, durante el año 2008 se han verificado varios Informes de Evaluación de los que vale la pena hacer una recensión:

* La Comisión Mixta de Seguimiento del Código de Autorregulación ha realizado su último informe hasta el mes de marzo.

La valoración que hace OCTA de la labor realizada por esta Comisión es muy negativa, ya que, a finales de 2008, el último informe elaborado por la misma data del mes de marzo, es decir, la falta de datos oficiales confirma la ineficacia de la Comisión. Esto provoca que no se puedan denunciar programas, porque muchos de ellos ya no se emiten cuando se publica el informe.

En este último informe, de las 216 quejas presentadas solamente se aceptaron 71, es decir, el 32,8 por 100.

Las mayores incumplidoras, por quejas presentadas, son: Antena 3, con noventa y cuatro quejas; La Sexta, con cincuenta y dos quejas; La cuatro, con treinta quejas; Tele 5, con veintiocho quejas, y TVE1, con doce quejas. Y por programas: “Shin Chan” (Antena 3), con cuarenta y nueve quejas; “Buenafuente” (La Sexta), con veintisiete quejas; “A 3 Bandes” (Antena 3), con trece quejas; “Channel número 4” (Cuatro), con once quejas, y “El Diario de Patricia” (Antena 3), con diez quejas.

* El TAC, Telespectadors Associats de Catalunya, ha realizado un informe de evaluación durante los meses de junio y julio de 2008, del que pueden destacarse los siguientes datos:

— 76 de las 160 emisiones de programas vulneran el Código de Autorregulación, lo que supone el 63 por 100 del tiempo total analizado.

— Tele 5, Antena 3, La Sexta y TVE1, son las cadenas que acumulan el mayor número de incumplimientos.

— Los principales incumplimientos vienen dados por contenidos inadecuados y por falta de señalización.

* El Centro Universitario Villanueva ha realizado un seguimiento, desde el 13 de octubre hasta el 7 de noviembre de 2008, para la Agrupación de Telespectadores y Radioyentes (ATR), del que resulta lo siguiente:

— Identifican 62 incumplimientos diarios durante el mes en el que se realiza el seguimiento.

— La Sexta es la cadena que más incumple el Código de Autorregulación, seguida de Antena 3 y, a mayor distancia, Tele 5, Cuatro y TVE.

— Los incumplimientos se distribuyen entre los cuatro apartados conocidos: comportamientos sociales, violencia, temática conflictiva y sexo.

Como consecuencia de todo lo anterior, el OCTA afirma:

— Que es evidente la desprotección de los menores.

— Hay que resaltar el hecho de contar con el Código de Autorregulación: una herramienta para la aplicación de unas normas evaluadoras de los contenidos televisivos, establecida por los propios operadores, en el marco de un sistema de regulación voluntaria.

— Su correcto funcionamiento es vital, en un país caracterizado por ser el único de la Unión Europea que no cuenta con un Consejo Audiovisual Estatal.

— Tanto en la actual Comisión de Seguimiento como en el futuro Consejo Audiovisual, la participación del OCTA debería ser fundamental, dada la amplia y plural representatividad de las organizaciones que lo componen.

— No todas las cadenas de televisión están adheridas al Código de Autorregulación. Hay un amplio abanico, cada vez más numeroso con la llegada de la TDT, que están fuera. Es exigible una regulación de ámbito estatal. Mientras ésta no exista el Código debiera ser refrendado por todas las emisoras.

— A pesar de la existencia de la Comisión, la evolución de la progra-

mación pone de relieve que las cadenas siguen emitiendo programas de adultos en franja de protección reforzada, sin derivar dicha programación hacia contenidos de perfil, no ya infantil, sino familiar. Ello, junto con los límites de los propios modelos de autorregulación, arroja un balance muy preocupante sobre la aplicación del Código.

— Se reclama una vigilancia más activa de la fiscalía de menores para comprobar la correcta aplicación de la Ley Europea de Televisión sin fronteras.

— Se hace, por último, una llamada a la sociedad civil, padres, educadores y ciudadanía en general, para que incrementen su participación en defensa de los menores haciendo llegar sus quejas y comentarios sobre programación, ya a la Comisión de Seguimiento, ya a través de la propia página web del OCTA.

Del examen de la normativa relacionada y de los indicadores de incumplimiento de la misma, que resultan de los informes reseñados, no se puede por menos de concluir que ese resultado dañino que la televisión puede suponer para los menores, en España viene agravado por una clara desatención por parte del Estado, al carecer de una regulación homogénea y exigente y un control de la fiscalía de menores, en orden a exigir su cumplimiento; y por parte de los operadores, en cuanto obligados por la normativa vigente, incluido su propio compromiso, resultante del Código de Autorregulación, para quienes lo tienen suscrito.

Las normas, cuando carecen de sanción para el caso de incumplimiento, resultan inoperantes y su propia existencia se convierte en un ejercicio de cinismo cara, en este caso, al objetivo tuitivo al que debieran servir. La cascada de incumplimientos denunciados, sin que de los mismos se derive consecuencia alguna, resulta altamente escandalizante en un Estado de Derecho.

El daño producido a los menores a través de la televisión, según veíamos antes, viene dado por esta variable, en la que el resultado es verdaderamente lamentable, y otras dos: la vigilancia y control ejercidos por padres y educadores, de una parte y, de otra, la creciente libertad ejercida por el propio menor televidente.

La valoración de esta última conecta directamente con la educación del menor y de ella trataremos indirectamente al estudiar los criterios con los que padres y educadores deben incidir en el horario y contenidos televisivos a los que quedan expuestos los pequeños. En cuanto a la primera de ellas, padres y educadores, hemos de constatar la enorme responsabilidad que los mismos tienen en este tema: son los únicos responsables del tiempo que los menores pasan frente al televisor, sobre todo en las edades más tempranas, y corresponsables de los contenidos, junto con los

operadores, en cuanto que el control y vigilancia que pueden y deben ejercer es determinante del resultado final en cada menor.

Según un estudio publicado en la revista *Pediatrics*, en febrero de 2006 (109), la Asociación Americana de Pediatría desaconseja la televisión para los menores de dos años y considera nocivo para los menores de doce años un uso de este medio que exceda de dos horas diarias. El estudio tiene como base un conjunto de mil setecientos menores de hasta doce años, en los que se da una media de cuatro horas diarias de televisión. Este exceso de horas ante el televisor tiene un doble efecto perjudicial: aumenta la obesidad media de los niños/as y disminuye proporcionalmente las actividades alternativas positivas que los autores enuncian, como jugar, compartir con la familia, pintar o hacer los deberes.

En el caso de España un estudio del año 2004, citado por Gaspar RULLÁN, defensor del menor en la Comunidad Balear (110), hace notar que los niños españoles de entre cuatro y doce años dedican una media de tres horas y media diarias a ver televisión y cinco minutos diarios a hablar con sus padres.

Además del exceso de tiempo dedicado, cuyas consecuencias perjudiciales podríamos considerar, al menos comparativamente, como leves, la televisión conlleva el riesgo de los contenidos inadecuados y aquí ya no es el factor cuantitativo el relevante. Un mensaje inadecuado puede hacer en pocos segundos mucho daño a un menor receptivo y acrítico, por razón de su propia inmadurez. Los mensajes temáticos repetitivos e inmorales pueden terminar conformando una mentalidad, deformando el modo de comportarse, reaccionar, tratar a los demás, etc. Apremiar siquiera aproximadamente la realidad del daño inferido por los contenidos inadecuados es labor de muy difícil apreciación, pero en la que conviene que hagamos un esfuerzo de aproximación.

Entre los daños que se infieren a los menores no debe olvidarse el derivado del bombardeo de contravalores que suponen determinados programas de televisión, especialmente dirigidos a adolescentes y preadolescentes, y plagados de contenidos perjudiciales para los mismos. Esta afirmación no responde a un determinado planteamiento moral, que podría ser considerado discutible y rechazable por quienes no lo compartan. Se trata de un objetivable daño al desarrollo del menor, un ataque a su vulnerabilidad de persona no madura. Siguiendo la clasificación de conteni-

(109) PEDIATRICS, febrero de 2006. Autores: Elizabeth A. VANDEWTER, David S. BICKAHM y June H. LEE. Título: *Time Well spent? Relating television use to children's free-time activities*. Universidad de Austin, Texas.

(110) Gaspar RULLÁN es médico neuropediatra, Director General de la oficina de defensa de los derechos del Menor de las Islas Baleares desde el año 2003.

dos inadecuados, adoptada en el Código de Autorregulación antes estudiado, podemos distinguir:

a) Sexo:

En Estados Unidos se ha publicado un trabajo de A. CHANDRA (111), que sugiere que los adolescentes que pasan más tiempo viendo programas de televisión con contenido sexual, tienen el doble de probabilidades de quedar o de dejar a alguien embarazada (112).

(111) Anita CHANDRA, *Revista Pediatrics*, año 2008, noviembre, número 122.

(112) El estudio fue realizado sobre una muestra de 2.003 adolescentes de ambos sexos, de entre 12 y 17 años, consultados vía telefónica sobre sus gustos televisivos en el año 2001. Los adolescentes fueron entrevistados en otras dos ocasiones, la última en 2004, y se les preguntó sobre si estaban o estuvieron embarazadas.

Los embarazos eran más comunes entre quienes veían esos programas habitualmente, en comparación con los adolescentes que casi no los seguían. Había también más embarazos entre los adolescentes mayores, pero la tasa de embarazos se mantenía constante en todas las edades que seguían los programas más eróticos.

CHANDRA dijo que el ver televisión tenía una fuerte relación con los embarazos adolescentes, incluso cuando se consideraban otros factores, como las calificaciones escolares, las estructuras familiares y la educación de los padres.

En dicho artículo se afirma además: *“No hay mucho contenido en la televisión que hable de las consecuencias negativas potenciales del sexo”, señaló Chandra. “Los personajes participan en riesgos y el uso de anticonceptivos.”*

Como resultado, señaló, los niños pueden interesarse por el sexo sin darse cuenta de los peligros derivados de las conversaciones o actividades sexuales, dan al sexo atributos positivos, y hay poca discusión sobre los potenciales.

Investigaciones anteriores han relacionado ver programas de TV con contenido sexual, a la actividad sexual en adolescentes, dijo CHANDRA. El nuevo estudio buscaba evaluar una posible relación con el embarazo adolescente.

Alrededor de una de cada tres niñas en los Estados Unidos queda embarazada antes de los veinte años, según los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los EEUU. En 2006, más de 435.000 bebés nacieron de madres entre los quince y los diecinueve, y se calcula que más del 80 por 100 de los nacimientos fueron inesperados.

Las estadísticas federales muestran que aunque los índices de embarazos y nacimientos han declinado en alrededor de un tercio en las niñas y mujeres en ese grupo de edad desde 1991, los índices de nacimiento aumentaron en ese grupo en 2006.

En el nuevo estudio, los investigadores encuestaron a 2.003 niños de doce a diecisiete años de edad en 2001, y dieron seguimiento a muchos de 2002 a 2004.

Los investigadores determinaron qué adolescentes encuestados eran sexualmente activos. Tras ajustar los resultados de la encuesta para tomar en cuenta factores como la raza y la educación de los padres, encontraron que los que veían más programación de contenido sexual seguían siendo el doble de propensos a quedar embarazadas o a dejar a alguien embarazada desde el inicio de la encuesta, frente a los que veían menos de este tipo de programación.

Los investigadores declinaron mencionar los programas de televisión que consideraban tenían contenido sexual. Divulgar los programas quitaría la atención “de nuestro mensaje cen-

En España la situación no es mejor. De una parte, los programas de televisión dirigidos a adolescentes y preadolescentes, y con alto contenido sexual, tanto de escenas como de guión, son multitud. De otra parte, desde la modificación del Código Penal de 1995, la edad de emancipación sexual se ha fijado en los catorce años, la más baja de Europa, lo que priva a los menores de la protección y control de sus padres, que no pueden legalmente oponerse a las relaciones sexuales de su hijo/a con un adulto, sean relaciones heterosexuales u homosexuales, ni a la utilización de la píldora abortiva “del día después”.

En un reportaje de la revista *Muy Interesante* de mayo de 2003, Javier MARTÍNEZ SALMEAN, Jefe del Servicio de Ginecología-Obstetricia del Hospital Severo Ochoa de Madrid, comenta: “Ciertas series juveniles como «Compañeros» o «Un paso adelante», ofrecen una imagen tan distorsionada como falsa de las relaciones amorosas entre los adolescentes, según los sexólogos. Transmiten la idea de que el coito es la forma prioritaria de la relación erótica y que hay que pasar por esta «prueba de fuego» cuanto antes”. En el mismo reportaje, el sexólogo Carlos DE LA CRUZ, de la Delegación de la Juventud en Leganés (Madrid), dice que los jóvenes se encaminan hacia el coito de forma precipitada, debido, en parte, a la presión mediática que reciben y, más adelante, continúa: “*Hoy los adolescentes son víctimas de una mayor presión social para que se enamoren a edades tan tempranas como los 12 o 13 años...*”. Otro sexólogo citado es KLUGE, de quien se dice en el reportaje que “*atemoriza a los padres con la tesis de que la avalancha erótica en los medios de comunicación alimenta la libido de sus hijos*”.

En un trabajo publicado en enero de 2009 por Carmen GONZÁLEZ VICENTE (113) se lee:

tral de que este tipo de programación puede tener un impacto sobre la salud adolescente, lo que incluye el riesgo de embarazo”, enfatizó CHANDRA.

En general, el 14 por 100 de los encuestados reportaron quedar embarazadas o haber embarazado a alguien tras la entrevista inicial.

Los hallazgos “añaden al creciente cuerpo de evidencia de que lo que los niños ven en la pantalla afecta su conducta en la vida real”, apuntó el Dr. Dimitri A. Christakis, profesor de pediatría de la Universidad de Washington, que estudia a los niños y la televisión.

“Sabemos que los niños imitan la conducta que ven en pantalla, y eso hace que estos resultados sean mucho más creíbles”, afirmó.

Aun así, es posible que haya algún otro motivo tras los hallazgos, apuntó, añadiendo que “nadie puede estar seguro de que no hay alguna otra explicación”.

(113) En enero de 2009 La Asociación Plaza del Castillo de Usuarios de Medios de Comunicación ha presentado a la opinión pública el trabajo de análisis de cincuenta personajes infantiles y juveniles, realizado por la periodista Carmen GONZÁLEZ VICENTE, miembro de la asociación, y autora de algunos de los estudios más relevantes presentados en los últimos años. En él se analizan las principales series de producción española emitidas por las cadenas privadas de mayor difusión nacional (Antena 3 y Tele 5). Hospital Central, MIR, AIDA, Escenas de

“Hay muchos personajes cliché. Lo que es común a todas las series, es la marcada, casi podría llamarse obsesión, por las relaciones sexuales. Algunas de las series prácticamente basan el peso de sus historias en eso, en cómo «se enrollan» unos con otros. De nuevo recalcarlo, destaca el enorme materialismo de la juventud, y la marcada importancia del sexo. En general, no se hacen preguntas sobre su futuro, sobre el trabajo, sobre la dificultad de cumplir sus sueños. La belleza, el «ir a la moda», la promiscuidad sexual y la amistad, son los valores más preconizados por estos personajes, que, a pesar de estar en edad escolar, sólo excepcionalmente, otorgan importancia al cultivo personal, al estudio.” Felizmente no es ésta la realidad sociológica en España, sino el modelo que ofrecen algunos programas de televisión a los adolescentes televidentes.

b) Comportamiento social.

Del trabajo citado de Carmen GONZÁLEZ VICENTE, resulta muy oportuno traer a colación el siguiente comentario a los programas de televisión analizados: *“En general, los adolescentes son presentados de una manera muy estereotipada, más que personajes elaborados. Presentan una gran incomunicación con sus familias y su ámbito de expresión es el colegio y los amigos. Lo curioso es que, esta visión no es nada real, la comunicación entre los adolescentes y sus familias, hoy en día, es mejor que nunca, y si en estas series se refleja lo contrario, se hace, precisamente, desde la propia voluntad de los adolescentes de no acercarse a su entorno familiar.*

Resulta, cuando menos curioso, que no suelen tener entornos familiares normales, entiéndase por normales, convivir con su madre y su padre y sus hermanos o hermanas... Parece que los guionistas no contemplan estas situaciones como interesantes para la trama, por más que es lo más común en España, (la familia descrita anteriormente), es la menos común en las series españolas. Esta paradoja, ¿se supone que se debe al afán de

Matrimonio, Cámara Café, Sin Tetas no hay paraíso, Yo soy Bea, IMPARES, los Hombres de Paco, Lalola, Física o Química, el Internado.

“El estudio se ha realizado analizando al menos cuatro capítulos de cada temporada emitida, remontándonos al inicio de las emisiones hasta el momento actual de conclusión del estudio (diciembre de 2008), lo que permite observar la evolución de alguno de los personajes y el propio crecimiento de los mismos, ya que se trata de personajes de poca edad, cuya personalidad está en plena formación.

Se analizan críticamente, centrándose en la descripción que de los mismos se hace en las páginas web oficiales de cada serie (motivo por el cual aparece edulcorada y carente de cualquier crítica), y contraponiéndola con las conclusiones obtenidas tras el visionado y estudio pormenorizados. Se aportan datos de audiencia para dar idea de la difusión total de estos productos.

Como no podía ser menos, en las correspondientes webs se cuida el marketing y se ofrecen multitud de productos de venta relacionados con ellas, desde politonos para los móviles, hasta mochilas, camisetas, etc.”.

romper tabúes?, ¿es una forma más de deconstruir la sociedad?, ¿es el tipo de vida que llevan los guionistas y el único que conocen? Estas preguntas y otras parecidas surgen una y otra vez con el visionado de las series.

Apenas hemos encontrado personajes adolescentes con la suficiente verosimilitud y credibilidad como para constituir una identidad con calado.”

c) Violencia.

En la portada del número 223 del semanario *Alba*, correspondiente a la semana del 3 al 9 de abril de 2009, se denuncia el hecho de que el Ministerio de Igualdad ha eludido cualquier actuación contra LA SEXTA por la serie de dibujos animados “Padre de familia”, que se emite sábados y domingos por la tarde, esto es, dentro del horario de protección de menores, y que contiene reiterada apología del maltrato y la violencia conyugal. Si uno pasa a las páginas interiores y lee con atención el itinerario seguido por la periodista Belén ESTER para denunciar el hecho (Ministerio de Igualdad, que remite al Instituto de la mujer, donde animan a presentar la queja en el Observatorio de publicidad sexista y simultáneamente remiten al Ministerio de Industria, donde nadie entiende del asunto...), se percata del nulo interés de la Administración actual, no ya por tomar iniciativas de protección del menor, en tema tan grave como éste, lo cual sería no sólo razonable, sino también exigible, por coherencia con tantas declaraciones programáticas de protección del menor en leyes centrales y autonómicas, sino que ni siquiera cuando alguien en la sociedad civil toma la iniciativa de denunciar hechos como el descrito, que suponen un frontal incumplimiento de la normativa vigente (art. 17 de la Ley antes citada de 1999) y del Código de Autorregulación suscrito por el propio operador, se toma iniciativa alguna para hacer valer la realidad de esa supuesta protección de los menores.

d) Temas conflictivos.

Del trabajo “Televisión para los niños, 2008” recientemente presentado por la Confederación española de amas de casa, consumidores y usuarios, transcribimos lo siguiente:

“En cuanto a los hábitos saludables, las incidencias son múltiples. Por ejemplo, el alcohol y el hecho de beber se encuentra arraigado en las series y telenovelas. Por ejemplo, en la serie de Antena 3 «El Rey de Queens», el lunes 20 de octubre de 2008, sobre las 8:02, el protagonista dice: «Normalmente bebo cerveza de litro en litro». En la misma serie, el jueves 23, sobre

las 8:08 se dice «Fui a darles el vodka y me obligaron a beber con ellos, no recuerdo mucho más, salvo que estuve bailando con dos hombres y a lo mejor jugué a la ruleta rusa»”.

Junto a esto, de especial gravedad es el caso que recoge el Informe de CEACCU y que pone en evidencia la irresponsabilidad que representa programar en horario infantil espacios para adultos, aunque sean de animación. En La Sexta, el miércoles 23 de octubre de 2008, sobre las 15 h., 17 a 23 m., encontramos en “Padre de Familia” una clara referencia a la bulimia y anorexia en el diálogo entre James Word y Meg (la hija de la familia): “Oye Meg, ¿Quieres estar delgada como las actrices de Hollywood, no?”, “Sí, pero me encanta comer”, “Sé cómo puedes comer todo lo que quieras y estar como una actriz de Hollywood. Meg permite que te presente a Don Vomitín (le enseña un dedo)” “Cielos Don Vomitín usted sí que sabe hacer adelgazar a una gorda. ¿Cree que puede ayudar a mi amiga Meg?” (gesticula con el dedo); “Sí, puedo echarle una mano”, “Ahora cierra los ojos Meg y deja que Don Vomitín te ayude” (le mete medio brazo en la boca y Meg vomita). En esta misma serie, el sábado 25 de octubre sobre las 15:34:37, con varias niñas en el colegio: “Chicas es maravilloso ser delgada y popular, vamos a vomitar”, “Sí claro, buena idea”, “Qué guay”, –la hija dice–: “¡Eh!, me encanta vomitar”.

También en Antena 3, la serie, American Dad, incluye varias referencias sobre salud y alimentación. El sábado 25 de octubre, el padre dice a la madre: “Siempre te he respetado, incluso cuando bebías y te metías toda aquella coca”. La madre recuerda entonces el nombre del camello que tenía la mejor coca.

En Cuatro, en el programa “Zapping Surferos”, que recopila trozos de emisiones de otros canales, con una finalidad humorística, el martes 21 de octubre aparecieron imágenes de un programa con niños sentados en el suelo y además de cantar aparece la sobreimpresión “Sexo, drogas y rock and roll, lo mejor para tu vida”. El 23 de octubre en el mismo programa aparecen imágenes de un caffè shop de Amsterdam con gente fumando hachís y además se dice “en España para despertarse uno se toma en un bar un café, aquí hay varios tipos de marihuana...”.

Podríamos continuar el elenco de incumplimientos, pero sinceramente creo que no hace falta abundar más en algo tan obvio y notorio como lo reflejado en el mismo.

3. Conclusiones.

En cambio sí me parece llegado el momento de hacer algunas reflexiones sobre todo lo que antecede, que contribuyan a poner luz en el

diagnóstico de la situación actual en España y, a modo de terapia, las propuestas necesarias para corregir la misma. Son las siguientes:

1. Los contenidos dañinos para los menores están suficientemente concretados, por edades, en el Código de Autorregulación y en los artículos 16 y 17 de la Ley de 1999 antes citada.

2. Las franjas horarias de protección para menores están igualmente previstas de modo aceptable y no plantean mayor problema, salvo en cuanto al tratamiento de los períodos vacacionales escolares, que requerirían una mayor concreción de la “especial sensibilidad” con la que debe tratarse la programación y publicidad en tales períodos de tiempo.

3. La prueba de los incumplimientos por parte de los operadores tampoco presenta mayor problema, ni de preconstitución de prueba, ni de prueba *a posteriori* en base a testimonios o grabaciones, publicidad de horarios, etc.

4. Se puede calificar, sin miedo a incurrir en exageración, de masivo y escandalizante el número de infracciones constatadas durante el año 2008 al Código de Autorregulación y de absolutamente inoperante la normativa y pactos vigentes, en relación con dichos incumplimientos, lo cual priva a estos últimos y a los operadores que los suscribieron y sistemáticamente los incumplen, de credibilidad, haciendo necesaria y urgente una regulación que merezca el nombre de tal, por ser completa, es decir, contar con un régimen de seguimiento, infracciones, sanciones y ejecución de las mismas.

5. La gran asignatura pendiente en esta materia es la existencia de un sistema eficaz y fiable de seguimiento de las emisiones, constatación de los incumplimientos, fijación de los distintos grados de infracción y las correspondientes sanciones, que deben tener un efecto disuasorio eficaz de ulteriores incumplimientos.

Para ello parece evidente la necesidad de un órgano estatal, no dependiente de los propios operadores, que califique las infracciones, fije regladamente las sanciones y se ocupe de su ejecución.

No es de recibo que España sea, en este momento, el único país de la Unión Europea en el que no existe un organismo estatal con este cometido.

No es serio que quede huérfano de regulación el proceso de denuncia y sanción de las irregularidades comprobadas, de modo que tengan que ser los particulares los que denuncien los incumplimientos, y que los distintos Ministerios de la Administración ante los que se presenten las quejas, eludan hacerse cargo de su seguimiento.

6. De los daños derivados de la programación o publicidad inadecuada para los menores, sólo una mínima parte de los mismos resulta evidente y comprobable (114). La parte oculta del iceberg la constituyen los

daños morales, de deformación de personalidad, que exigirían una constatación personalizada en cada caso. Pero no por su dificultad de apreciación son menos reales ni menos graves.

7. De todo lo que antecede se deduce que actualmente en España la televisión, en términos de vulnerabilidad del menor, es un riesgo adicional y excesivo, que supone para padres y educadores un plus de atención para evitar que se convierta en siniestro de daño producido a los menores.

(114) Es el caso de la estadística sobre embarazos no deseados de adolescentes investigada por A. CHANDRA antes reseñada.

LOS PODERES EXTRANJEROS EN LA CONTRATACIÓN NOTARIAL

JOSEP M.^a FUGARDO ESTIVILL

Notario

SUMARIO: **1.** INTRODUCCIÓN. **1.1.** La representación formal. **1.2.** La forma del poder en determinados ámbitos jurídicos. **2.** PODERES OTORGADOS POR NOTARIO EXTRANJERO INTEGRADO EN LA UINL. **2.1.** Rasgos que caracterizan el notariado desde el punto de vista del autor y del documento. **2.2.** La calificación del documento extranjero aportado. **2.3.** La forma del poder. **3.** APODERAMIENTOS PROCEDENTES DEL NOTARIADO ANGLOSAJÓN. **4.** CUESTIONES SOBRE LA TAXONOMÍA Y EL CONTENIDO DE LOS PODERES ANGLOSAJONES. **4.1.** Introducción. **4.2.** Los poderes en Inglaterra y Gales. **4.3.** Los poderes en Estados Unidos. **5.** LOS PODERES EXTRANJEROS EN LA DOCTRINA DE LA DGRN. **5.1.** Resolución DGRN de 11 junio 1999 (Poder-diligencia alemán). **5.2.** Resolución DGRN de 21 abril 2003 (Poder-diligencia alemán). **5.3.** Resolución DGRN de 23 mayo 2006 (Caso Royal Air Maroc). **5.4.** Resoluciones DGRN de 29 mayo 2006 y 29 mayo 2006 (Poderes ingleses). **6.** REFERENCIA AL DOCUMENTO PÚBLICO EN LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO. **7.** EPÍLOGO. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

1.1. La representación formal.

En la contratación en el ámbito notarial y análogamente a lo que sucede cuando se actúa en nombre y representación de personas físicas y jurídicas residentes en territorio español, la persona física que actúa en representación de personas residentes en el extranjero debe acreditar suficientemente su legitimación por medio del oportuno documento de poder, mandato o comisión.

A efectos del desarrollo de esta cuestión y aunque cada una de las expresiones acabadas de mencionar tiene una significación jurídica propia, se utilizará preferentemente la primera de ellas, entendiendo en sentido amplio que el poder, considerado como cosa, documento o carta credencial, consiste en un título de legitimación que, con o sin constancia expresa del contrato de mandato, comisión, negocio o situación jurídica habilitante y dentro de los límites establecidos voluntariamente por el principal o previstos por la norma legal, faculta a la persona designada para representarle y actuar jurídicamente en nombre y por cuenta de aquél y vincularle directamente en relación con los actos o negocios jurídicos otorgados por el designado.

El representante es la persona que recibe o emite por otro (el representado) una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representado (ENNECERUS). Poder de representación y *contemplatio domini* constituyen, por tanto, los requisitos de toda actuación representativa (1).

En nuestro derecho, de no mediar sometimiento expreso, la *representación voluntaria* se rige por “la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas” (art. 10.11, inciso segundo, CC). Por otra parte, a la *representación legal* debe aplicarse “la ley reguladora de la relación jurídica de que nacen las facultades del representante” (art. 10.11, inciso primero, CC). La representación legal u orgánica de las sociedades se rige por la Ley de la sociedad y por influencia del Derecho comunitario en general el ámbito del poder de representación es amplio e inderogable (2).

En el derecho europeo no existe una regulación uniforme de esta materia por lo que cada Estado miembro dispone de su propia normativa.

(1) GORDILLO CAÑAS, A.: 1995, IV, p. 5834.

(2) Sobre la representación de las sociedades extranjeras desde la perspectiva notarial, cfr. GONZÁLEZ BOU, E.: 2009, pp. 75 y ss. Sobre la representación en relación con las personas físicas y jurídicas en general, cfr. ROJAS MONTES, L., *et al.*: 1988; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *et al.*: 1989, pp. 107 y ss.

A su vez, el Reglamento Roma I número 593/2008, de 17 junio 2008, establece que “*la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica*” se halla excluida del ámbito de aplicación material de este Reglamento (art. 1, letra g) (3).

La falta de una regulación uniforme sobre la representación voluntaria no excluye la existencia de normas que se refieren a estas cuestiones, como sucede en la venta internacional de mercancías (Convenio de Ginebra, de 17 febrero 1983, en el seno de UNIDROIT), los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994, PCCI), los Principios Lando o de Derecho Contractual Europeo, y el Proyecto de Marco Común de Referencia preparado por el Grupo de Estudios sobre un Código Civil Europeo y por el Grupo de Investigación sobre Derecho Privado Europeo (Grupo *Acquis*), aunque de estos proyectos sólo el primero puede alcanzar valor normativo, si consigue las ratificaciones necesarias, y los restantes, en principio, constituyen reglas de *soft law*, de aplicación supeditada al hecho de su aceptación por las partes (4).

La doctrina más antigua situaba la relación representativa dentro de la órbita del contrato de mandato, pero la doctrina moderna y la jurisprudencia distinguen claramente entre ambos conceptos. El mandato como contrato se refiere a la relación entre el mandato y mandatario; el poder de representación se basa fundamentalmente en el acto unilateral de apoderamiento, mira, sobre todo, a terceros. El mandato puede ir unido a la representación pero también cabe un mandato sin representación. Tanto el Código Civil como el Código de Comercio no regulan la representación de forma autónoma, sino con ocasión de otros negocios singulares, significadamente, en relación con el mandato y la comisión mercantil, y casi con la misma unanimidad con que se acepta la distinción entre mandato y representación, la doctrina, implícita o explícitamente, entiende que la regulación del mandato viene a constituir la disciplina jurídica típica de una relación representativa y no vacila en aplicar a la representación, por razones de analogía, los preceptos del Código Civil referentes al mandato, lo que ofrece base suficiente para colmar las múltiples lagunas que ofrece esta última figura (5).

Respecto del requisito de forma, en nuestro derecho el mandato (o la representación) es informal, puede darse por “instrumento público o privado y aun de palabra” (art. 1710 CC). Debido a su carácter consensual,

(3) CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2009, II, pp. 641 y ss.

(4) RUEDA VALDIVIA, R.: 2009, pp. 284-286.

(5) PUIG FERRIOL, L.: 1979, I, p. 922; ÁLVAREZ BARO, F.: 1980, pp. 31 y ss.

la validez del mandato viene determinada por la existencia del consentimiento cualquiera que sea la forma en que se manifieste (6).

La prueba del mandato o la representación conferido verbalmente puede ser una cuestión de hecho de difícil percepción en muchos casos y normalmente deberá recaer en el tercero que contrató o incluso en el apoderado (arts. 1259 y 1725 CC). Cuando el poder consta en documento privado, su prueba se simplifica, pero en este supuesto podrá discutirse su autenticidad, la fecha, la capacidad del poderdante, el conocimiento de lo que hacía, los vicios de su voluntad, etc., y en caso de manipulación, pérdida, ocultación o extravío del documento, según proceda, tampoco será posible obtener una copia fidedigna del original o acreditar su existencia por remisión a un documento matriz u original, problemas todos ellos que difícilmente podrán presentarse si el poder consta en escritura pública.

El documento público notarial está dotado de fe pública, lo que significa prueba plena de lo auténtico, que se impone a todos por el poder coactivo del Estado. Esta autenticidad comprende tres aspectos diferentes: la autenticidad subjetiva o de autoría; la autenticidad corporal o del documento como cosa que ampara la identidad de la copia con la matriz, teniendo plena eficacia mientras no se le prive de su fe pública en el proceso correspondiente; y la autenticidad ideológica o del pensamiento que se expresa en el documento mientras el documento no sea privado judicialmente de la misma (7).

Por otra parte, en relación con el requisito de forma del poder, el artículo 1280.5.º CC se refiere a su constancia en documento público (8). Con arreglo a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de este artículo y por analogía a la regulación referente al mandato y debido al carácter excepcional que se atribuye a los actos y negocios formales en nuestro ordenamiento jurídico, esta disposición no debe contemplarse aisladamente, sino en relación con los artículos 1254, 1255 CC, por lo que la exigencia de forma pública prevista en dicho artículo lo es a efectos *ad probationem* y *ad utilitatem*, sin que ello suponga, a efectos sustantivos, que dicha forma tenga carácter de prueba única, al no estar sujeto el apoderamiento al requisito de forma *ad solemnitatem* (9).

(6) SSTs 16 marzo 1961, 25 octubre 1975, 12 febrero 1983, 1 marzo 1988, 19 marzo 1995. Según la sentencia de 29 enero 2004, el mandato verbal, conforme al artículo 1710 CC, resulta válido y eficaz.

(7) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *et al.*: 1989, pp. 61-67.

(8) Artículo 1280 CC: “Deberán constar en documento público: ... 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero”.

(9) ALMAGRO NOSETTE, J.: 2006, pp. 716 y ss.; Díez-PICAZO, L. I.: 2007, p. 293. Según la STS 9 enero 1964, “El 1280, en relación a la exigencia de forma no rige para el mandato, que

No obstante, doctrina y jurisprudencia también se refieren a la necesidad de forma pública que en materia de poderes fundamentalmente tiene que ver con los siguientes supuestos: el poder para contraer matrimonio (10); el poder para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio –con independencia en este caso de los apoderamientos *apud acta*–; los apoderamientos generales, en que pueden primar razones de general conveniencia, publicidad y seguridad jurídica de la contratación, exigencia que la doctrina prevé para los poderes generales para administrar todos los bienes del poderdante (“*procuratio omnium bonorum*”), pero que no se considera necesaria para la administración de bienes concretos y determinados; el poder para comparecer en escritura pública, supuesto en que la doctrina ha señalado que lo impone así la fehaciencia y la estructura misma del documento notarial, aunque la mención legal deja fuera a los demás documentos notariales que no revistan aquel carácter; el poder para hacer y aceptar donaciones; y el poder para la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. También deberán constar en documento público aquellos poderes que deban inscribirse en determinados registros públicos cuando así esté prescrito en la correspondiente regulación legal.

Sin embargo, a pesar de lo que antecede, la doctrina consolidada –salvo en el supuesto del poder para pleitos y el poder para contraer matrimonio– sitúa la exigencia de documentación pública en la órbita de los artículos 1278 y 1279 CC, en el sentido de que el requisito, según se ha indicado, no es *ad substantiam* sino *ad probationem* (11) y *ad utilitatem* o, en

se vincula al artículo 1710, que permite el mandato verbal”. La exigencia del documento público “tiene un valor simplemente potestativo” (S. 26 enero 1967). Según la STS 5 febrero 1992, “Es doctrina jurisprudencial que «el apoderamiento no viene sujeto a forma *ad solemnitatem* tal como establece el artículo 1710, párrafo 2.º de dicho Código, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita, sin que a ello se oponga la exigencia formal señalada en el número 5.º del artículo 1280» (STS 6 marzo 1978)”.

(10) Al regular la celebración del matrimonio religioso, el Código de Derecho Canónico prevé la posible intervención de “procurador”, en cuyo caso es necesario que se haya dado mandato especial para contraer con una persona determinada. Este mandato requiere que esté firmado por el mandante y además “*por el párroco o el ordinario del lugar donde se da el mandato, o por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos; o debe hacerse mediante documento auténtico a tenor del derecho civil*” (art. 1105 CDC).

(11) BADENAS CARPIO, J. M.: 1998, pp. 112-113; ÁLVAREZ BARO, F.: 1980, pp. 49-55. Para TORRES ESCÁMEZ, S. (2005, pp. 360-367), resumiendo las posturas doctrinales al respecto, “cuando la escritura pública es exigida para algún efecto derivado de la misma –como puede ser la fecha fehaciente, la inscripción en un registro público, el carácter ejecutivo de la obligación, la prelación de créditos–, tales efectos no se pueden obtener si falta dicho requisito de forma (a cuyo otorgamiento la parte interesada puede compeler a la otra parte), pero esta falta no es obstáculo para la validez del negocio, cuyo cumplimiento *inter partes* es plenamente exigible por vía judicial”. Según Díez-PICAZO, L.: 1979, pp. 144 y ss., “El problema del negocio de apoderamiento no es, por consiguiente, en línea de principio, un problema de forma, sino un

su caso, a los efectos especialmente previstos por una norma o para un efecto o ámbito específico. Como afirma TORRES ESCÁMEZ, “*el entendimiento sistemático [...] de los artículos 1278, 1279 y 1280 CC permite salvar, aunque sea con un cierto malabarismo, el «deberán constar en documento público», de este último precepto*” (12).

En el ámbito del derecho privado, cuando el poder no conste en documento público el tercero puede desconocer el poder que le perjudique pero podrá aceptarlo si así le conviniese, lo que vendría a ser el efecto negativo de la fe pública notarial. Este efecto se completa con el efecto positivo de la fe pública notarial para el tercero que confía o se apoya en el poder que consta en escritura pública. Como observa la doctrina, “El tercero que de buena fe confía en un poder que conste en escritura pública que no aparezca modificado ni contradicha en un Registro público, goza de una plena protección jurídica consistente en la seguridad de que el *dominus* queda vinculado para la actuación del representante”. Por tanto, por su carácter legal con valor de prueba preconstituida y privilegiada, la aportación del documento público de poder goza de mayor eficacia en orden a su prueba y efectos (poderdante y apoderado y tercero que contrata con éste) y permite su oponibilidad a terceros (13), pudiendo compelerse las partes a llenar dicha forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (arts. 1278 y 1279 CC), todo ello sin perjuicio de la ratificación por el *dominus* cuando el poder no reúna los requisitos de forma que sean exigibles al supuesto de hecho (14).

Por otro lado, determinadas representaciones legales o voluntarias y poderes se hallan sometidas al requisito de publicidad registral (por ejemplo, Registro Civil, Registro Mercantil, y Registro de la Propiedad respecto de los actos y resoluciones judiciales de los que resulte una modificación de la capacidad del titular registral ex art. 2.4.º LH) y, con carácter general, el acceso al registro de los documentos inscribibles en estos Registros se basa en el principio de titulación pública.

En suma, el mandato o poder puede existir y ser válido en las distintas formas en que puede convenirse. Pese a su tenor literal, los negocios

problema de prueba [...] La forma no es constitutiva del negocio y el poder puede decirse que nace con independencia de ella.”

(12) TORRES ESCÁMEZ, S.: 2005, p. 365.

(13) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *et al.*: 1989, p. 69.

(14) Díez-PICAZO, L.: 1979, pp. 144 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *et al.*: 1989, pp. 54 y ss.

a los que se refiere el artículo 1280 CC (15): *a)* son “válidos” aunque se hayan celebrado sin observar las formas que dicho artículo establece; *b)* “pueden ser probados” aunque no sea mediante los documentos públicos o privados que la norma expresa; *c)* “pueden también ser probados” aunque se hubiesen celebrado sin observar la forma escrita documental. No obstante, en determinados ámbitos del tráfico jurídico y en atención a la seguridad y eficacia de las relaciones jurídicas y mejor tutela de las partes, la necesidad de que el mandato o el poder conste en documento público o fidedigno constituye la regla general.

1.2. La forma del poder en determinados ámbitos jurídicos.

Lo que antecede, en relación con la regulación establecida en el derecho civil. En las líneas que siguen se hará una referencia a la regulación de esta cuestión desde el punto de vista formal en relación, por un lado, con las esferas procesal y contencioso-administrativa, y por otro lado, en relación con los derechos administrativo, registral y notarial.

a) Esfera procesal. Según se ha indicado y excepto en los supuestos en que los litigantes puedan comparecer por sí mismos, en la esfera procesal la comparecencia en juicio debe hacerse por medio de procurador legalmente habilitado, que deberá contar con el correspondiente poder para pleitos que “*habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto [apoderamiento apud acta]*” (art. 24 LEC). Si el litigante afirma en su escrito que comparece mediante procurador pero no acompaña el poder, no se estará ante una causa de inadmisión de la demanda (art. 403 LEC), sino ante un supuesto de subsanación (art. 231 LEC, STC 213/1990). Por otra parte, según el artículo 27 LEC, a falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador “*regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable*”. El poder notarial para pleitos o la representación *apud acta* han de presentarse con la demanda o la contestación a la misma. Si la parte contraria considera que el poder es ilegal o insuficiente, el demandado debe denunciar este vicio en la contestación y el demandante en la audiencia previa al juicio, momento en que procederá resolver la cuestión (art. 264 LEC).

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en la esfera procesal es de aplicación la legislación española (art. 3 LEC). En materia

(15) ALBALADEJO, M.: 2001, p. 761.

de poderes para pleitos otorgados a procuradores, la capacidad para otorgar el poder se sujeta a la ley nacional de los otorgantes personas físicas (art. 9.1 CC) o jurídicas (art. 9.11 CC) (16). Sin perjuicio de la opción de la modalidad de poder *apud acta* ante el secretario judicial, las opciones que se ofrecen al litigante residente en el extranjero son las siguientes (17):

— *Recurso a autoridades extranjeras*: Según jurisprudencia constante el poder puede otorgarse de conformidad con las solemnidades exigidas por la legislación del Estado extranjero donde se otorgó (principio *locus regit actum*, art. 11 CC), debiendo presentarse cumplimentando en forma documental pública, traducido a idioma español y, en su caso, legalizado o apostillado (arts. 323 y 144 LEC) (18). La equivalencia de forma exige comprobar si la forma extranjera reúne el requisito de forma pública y la autoridad o persona oficialmente autorizada interviniente, competente por delegación del poder público, debe hacerlo de forma activa, no limitándose a comprobar la firma, sino la condición y calidad de los comparecientes y en su caso, el título en que se basa (19).

— *Recurso a las autoridades consulares*: El poder también podrá otorgarse ante autoridades consulares españolas, supuesto en el que el otor-

(16) Si el notario extranjero no observó la ley nacional de los intervinientes, el poder no surte efectos en España (AAP Baleares, 22 febrero 2005).

(17) CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2009, pp. 517-518.

(18) SSTs 17 diciembre 1881, 13 mayo 1893, 7 diciembre 1894, 22 noviembre 1902, 9 julio 1931, 29 mayo 1974, 23 junio 1977, 29 mayo 1978, 20 febrero 1986, 19 febrero 1987, 31 octubre 1988, AAP Barcelona, sección 4.ª, 25 enero 1994, AAP, Baleares, 22 febrero 2005 (citadas por CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2009, p. 518).

En la STS de 20 junio 1992 se impugnaba la corrección del poder para pleitos (arts. 1280.5º, 11.2, 8.2 y 1216 CC, en relación con los arts. 147 RN y 503 ALEC), por entenderse que el recurrente debía haber acreditado debidamente las formalidades exigibles en la legislación belga. El alto tribunal señaló que el documento se había aportado con la autenticación de firmas de los poderdantes, legalizado y apostillado, lo que era sustancialmente conforme con las normas de DIPr (*locus regit actum*), sin que pueda exigirse a un documento foráneo formalidades de nuestro régimen jurídico puramente reglamentarias, siendo además el defecto subsanable en cualquier momento del proceso antes de la sentencia. Análoga doctrina establece el auto de 17 junio 1983, respecto de un poder notarial alemán que fue autorizado en Hamburgo.

En la STS de 2 junio 1998 se cuestionaba la legalidad formal del poder italiano para pleitos, motivo que fue rechazado con apoyo en la doctrina de la sentencia de 23 junio 1977, en la que se admitió el poder aunque su contenido no se ajustase a los requisitos previstos en el Reglamento Notarial español, pues, si bien estos requisitos han de ser cumplidos escrupulosamente en territorio español para el reconocimiento de su validez y eficacia (S. de 25 de mayo de 1975), no son exigibles respecto a los poderes otorgados en el extranjero, por tratarse de preceptos de rango reglamentario. En la sentencia citada el Alto Tribunal afirma que, como sea que la parte demandada recurrente no ha aportado prueba alguna acreditativa de que dicho poder no se ajusta a las leyes del país en que se otorgó, ha de reconocerse la validez y eficacia a este apoderamiento (FJ 1).

(19) VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: 2007, p. 429.

gamiento deberá realizarse con arreglo a la Ley sustantiva española (art. 11.3 CC) (20).

b) *Esfera contencioso-administrativa*. El artículo 45, aptdo. a), de la LJCA (21) establece que la interposición del recurso debe ir acompañada del “*documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos*”. En el supuesto de “personas jurídicas” otro requisito previsto en el aptdo. c) es el relativo a la acreditación de la *legitimatatio ad causam*, ya que el recurrente debe aportar el documento o documentos “*que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado*” (art. 45.c). Esta representación se manifiesta con el poder general para pleitos otorgado por el órgano competente, según los estatutos o normas sociales de la persona jurídica (22).

c) *Derecho administrativo*. El artículo 32 de la LRJPA (23) (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) establece que los interesados con capacidad de obrar podrán actuar “*por medio de representante*”. El representante también debe gozar de capacidad de obrar, y para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, “*deberá acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación*”. La falta o insuficiente acreditación de la representación no impide que se tenga por realizado el acto, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo legal establecido. Análogas previsiones establece el artículo 46 de la Ley General Tributaria (L. 58/2003, de 17 de diciembre) (24).

(20) SSTs 7 abril 1922, 11 junio 1987, 19 febrero 1987, 20 junio 1992, SAP Madrid, 27 enero de 1990, SAP Granada, 4 diciembre 1989, SAT Burgos, 5 febrero 1985 (citadas por CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2008, p. 523).

(21) Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998, de 13 de julio (LJCA).

(22) ARANGUREN PÉREZ, I., GONZÁLEZ RIVAS, J.: 2008, II, tomo III, volumen II, pp. 501 y ss.; ZEJALBO MARTÍN, J.: 2009.

(23) Acrónimo de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

(24) Entre otras particularidades, este artículo dispone que para los actos de mero trámite se presume concedida la representación y para los demás actos “*la representación deberá*

Con arreglo a la doctrina, dicha norma sigue lo previsto en el anterior artículo 24.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (25), lo que significa que la representación podrá acreditarse por los siguientes medios: por documento público (art. 1216 CC), debiendo entenderse que un poder general para pleitos confiere representación para realizar los actos propios de cualquier procedimiento administrativo; por documento privado con firma notarialmente legitimada (S. 6 mayo 1985) o de acuerdo con el artículo 46.3 de la vigente Ley, mediante documento cuya autenticidad “haya sido comprobada”; y, por último, mediante declaración en comparecencia personal del interesado (poder *apud acta*) (26).

d) *Derecho registral*. En el ámbito del derecho registral y en relación con la presentación de documentos y la formulación de recursos contra la calificación registral, se observan pautas próximas a las acabadas de indicar. Según el artículo 6 LH (principio de rogación), la inscripción del título en el Registro podrá pedirse por el adquirente, el transmitente o quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir o por quien tenga “*la representación de cualquiera de ellos*”.

La presentación “tácita” está admitida en el artículo 39 RH para “*quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción*”. En este supuesto existe una gran flexibilidad, pues con ello se trata de facilitar la obtención de los beneficios de la inscripción (27). En cambio, el artículo 325 LH establece que para la interposición de recursos contra la calificación negativa del registrador, la legi-

acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado ante el órgano administrativo competente. – A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración tributaria para determinados procedimientos”. La STC 113/2006, de 5 abril, declaró no acorde con el artículo 24.1 CE, el artículo 59.2 RDL 3050/1980, referente al texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por atribuir al “presentador” del documento el carácter de mandatario representativo pleno *ex lege* en todas las notificaciones y diligencias recibidas por aquél, de lo que se desprende la necesidad de que el sujeto pasivo confiera la representación de forma expresa.

(25) LPA: “Art. 24.2. Para formular reclamaciones, desistir instancias y renunciar derechos en nombre de otra persona deberá acreditarse la representación mediante documento público, documento privado con firma notarialmente legitimada y, en su caso, legalizada, o poder *apud acta*. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

(26) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: 1999, I, p. 903. La norma parece presumir que el poderdante es una persona física que goza de plena capacidad jurídica de obrar, pero en el supuesto de personas jurídicas, adicionalmente, será preciso el correspondiente bastanteo de facultades, de aquí que, a veces, la Administración prevea la necesidad de que la legitimación notarial vaya complementada con el juicio o control de legalidad y suficiencia de las facultades del poderdante que suscribe el poder.

(27) GARCÍA GARCÍA, J. M.: 2002, III, p. 1004.

timación está reservada, entre otras personas u órganos, a la persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, a quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y a “*quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto*”, pudiendo subsanarse en un plazo no superior a diez días –salvo que las circunstancias del caso requirieran un plazo mayor– el defecto o falta de acreditación de la representación.

En armonía con estas previsiones, la doctrina de la DGRN ha señalado que la falta de acreditación de la representación instada por quien ha actuado como simple presentante del título en el Registro no es suficiente a efectos de interponer el recurso gubernativo (entre otras, RR. 14 noviembre 2005 y 8 febrero 2007). Respecto a la forma de acreditar la representación con dicha finalidad, generalmente procederá aportar el correspondiente poder notarial que incluso puede haberse conferido en el momento de otorgar el acto o negocio inscribible objeto del recurso, pero como afirma la Resolución de 21 de mayo de 2007, en estos supuestos también será válido un documento privado de representación con las firmas legitimadas notarialmente.

Los argumentos para admitir esta forma especial los basa la Dirección General en que en esta clase de recursos existe “*un indudable proceso de administrativación*”, por lo que debe considerarse que el supuesto no está comprendido en el ámbito del artículo 1280.5º CC, por lo que al amparo de lo previsto en el antes citado artículo 32 LRJAP, que en materia de representación comporta una mayor flexibilidad formal, dicho procedimiento “*en principio ha de reputarse adecuado para acreditar la representación...*”.

e) Esfera del derecho notarial. La necesidad de disponer de un título o documento auténtico del cual resulte la representación orgánica o voluntaria y legitimación bastante al efecto, se halla prevista con carácter general en relación con la representación de sociedades, establecimientos públicos, corporaciones y personas sociales, así como en los supuestos de representación voluntaria o legal de personas físicas.

Según el artículo 98 L. 24/2001 (28) y su correspondiente normativa

(28) “Art. 98 (Ley 24/2001). Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario.

1. *En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.*

de desarrollo, en el supuesto de intervención de una persona en representación de otra, el notario deberá reseñar en el correspondiente instrumento público “*los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante*” (art. 164 RN), debiendo reseñarse, cuando así proceda, “*los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada...*” y expresarse, obligatoriamente, el juicio del notario sobre la “*valoración de la suficiencia de las facultades representativas acreditadas*” que “*harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada bajo la responsabilidad del notario*” (art. 166 RN) (29).

En el derecho notarial español, razones de seguridad jurídica, control notarial de legalidad y la propia legislación registral, abonan con carácter general la necesidad de que para dotar de la máxima eficacia y plenos efectos jurídicos al negocio otorgado por el apoderado o proceder a la inscripción del poder, el acto de apoderamiento conste en el correspondiente documento público, de aquí que la forma documental tipo para acreditar el poder conferido consista en la escritura pública (art. 17.1 LN). Por otra parte, el artículo 258 RN excluye la posibilidad de extender testimonios notariales de legitimación de firmas respecto de documentos que estén comprendidos en el ámbito del artículo 1280 CC (30).

2. *La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.*

3. *Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.”*

Nota. La redacción del apartado 2.º fue modificada por Ley 24/2005, de 28 de noviembre. La versión primitiva del apartado segundo era del siguiente tenor:

“2. *La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario.”*

(29) Cuando la representación alegada figure en el protocolo legalmente a cargo del notario autorizante, la exhibición de la copia auténtica podrá quedar suplida por la constancia expresa de que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación (art. 166 RN).

En el supuesto de representaciones legales procederá actuar de conformidad con lo previsto en el estatuto legal aplicable al supuesto de hecho.

(30) Como observa la doctrina, el principio de titulación pública afecta al notario español, pero el precepto reglamentario no operará respecto de notario o empleado público extran-

Con todo, sin perjuicio de las excepciones antes examinadas en las esferas del derecho administrativo y registral, y de lo previsto para la representación legal, este principio se halla excepcionado en determinados supuestos.

Sin pretender agotar con ello el número de posibles supuestos, cabe referirse a los siguientes: en materia de nombramiento de administradores de sociedades mercantiles, su nombramiento puede hacerse en escritura pública o bien mediante certificación del acta de Junta General o, en su caso, del Consejo de Administración en que fueren nombrados, expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente; por testimonio notarial de dicha acta; o mediante copia autorizada del acta notarial de Junta (art. 142.1, párr. primero, RRM), y si el nombramiento y la aceptación no se hubieran documentado simultáneamente, deberá acreditarse esta última, bien en la forma indicada en el párrafo anterior, bien mediante escrito del designado con firma notarialmente legitimada (art. 142.1, párr. segundo, RRM); en materia de actas, el rigor formal respecto de la calificación de capacidad del requirente es menor salvo que se trate del ejercicio de un derecho (art. 198.1.1. RN) (31).

La norma reglamentaria también deja a salvo lo dispuesto en el artículo 207 RN, referente a la legitimación de firmas de un documento no notarial que vaya a surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental. En este supuesto, la forma del negocio, que puede referirse a una autorización o poder, puede quedar embebida en el específico sistema documental previsto en el país de destinación del documento (32).

f) *Derecho internacional privado*. Si esta cuestión se analiza desde la perspectiva propia al ámbito del Derecho internacional privado, el artículo 11 CC establece que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen (*locus regit formam actum* o *lex loci celebrationis*), siendo igualmente válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido (*lex causae*) y los celebrados conforme a la ley personal del disponente o común de los otorgantes (*lex patriae*), salvo

jero, que en base a su *lex auctor* “podría añadir o imprimir determinada fehaciencia a documentos privados de apoderamiento, en el grado o medida suficiente para justificar la existencia, suficiencia y subsistencia del poder...” (CUEVAS CASTAÑO, J. J.: 1988, p. 293).

(31) ÁVILA NAVARRO, P.: 1992, pp. 49-52.

(32) Otro supuesto reglamentario de escasa entidad es el previsto en el artículo 230 RN, que prevé que el notario pueda entregar la copia que se le haya solicitado por carta u otra comunicación, si le consta la autenticidad de la solicitud de la firma legitimada, pudiendo entregarla a “la persona designada”.

en el caso en que la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiera para su validez una determinada forma o solemnidad, que será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse el acto o contrato en el extranjero, supuesto en que esta ley se convierte en la única ley aplicable en materia de forma.

La regulación establecida en este artículo pone de relieve que en el Derecho internacional privado la forma es una cuestión sujeta a conexión autónoma. Con ello, se trata de garantizar la armonía internacional de las soluciones y facilitar el tráfico jurídico (regla o principio *favor negotii*), de aquí la búsqueda de cierta equivalencia formal en consideración al requisito de forma observado al amparo de una ley extranjera. Este principio se considera aplicable para la categoría de los actos o negocios consensuales, mientras que en relación con los actos formales o solemnes, debe primar el artículo 11.2 CC sobre el artículo 11.1 CC, de modo que la *lex causae* se sitúa por encima de las restantes conexiones previstas por la norma (33).

En suma, con arreglo a las reflexiones y referencias normativas efectuadas se desprende que la forma del poder no constituye un requisito de validez, sino de legitimación, prueba, autenticidad y eficacia. En la esfera notarial, en principio, de ordinario y con carácter general, el poder deberá constar en documento público, que constituye el documento auténtico por excelencia, pero lo que antecede, según se ha examinado, no excluye que en determinados supuestos y ámbitos, el poder pueda constar en otra forma documental menor.

Según la forma adoptada, la validez y la eficacia del poder se hallarán en planos distintos. El mandato o representación verbales serán válidos si previamente se demuestra que existen, lo que sin entrar en otros posibles e importantes problemas, como el de la capacidad y el poder dispositivo del principal, puede conllevar enormes incertezas y dificultades probatorias. En cambio, debido a los requisitos, garantías, control de legalidad y efectos de autenticidad inherentes a los documentos públicos, estos documentos se prueban a sí mismos, constituyen la prueba por excelencia de la representación alegada, son oponibles a terceros y ofrecen la máxima protección de los intereses jurídicos de las partes intervinientes.

En relación con el derecho comparado, en general, el poder puede darse de varias formas, expresa o tácitamente, verbalmente o por escrito, en forma privada o en forma pública. En determinados países se requiere la observancia de determinada forma expresa que debe ir revestida de ciertos requisitos formales, debiendo observarse, a veces, los mismos requisi-

(33) BLANCO-MORALES LIMONES, P.: 2009, pp. 6-11.

tos formales exigidos para el acto al cual el poder va destinado (34). En determinados ordenamientos está regulado el derecho del tercero de exigir del representante la acreditación de su poder o una copia del poder firmada por el propio representante (35). En el caso de controversia, la acreditación de la existencia del poder, su contenido y extensión, serán cuestiones de prueba (36).

Pues bien, por lo que atañe a la aportación del documento extranjero de poder en el estudio notarial, en los apartados que siguen se analizará, en sus rasgos generales y sin perjuicio de mejor derecho, la vasta problemática que puede suscitarse en razón del requisito de forma, acotando su examen, fundamentalmente, a los siguientes supuestos: *a)* Poderes notariales procedentes de países del denominado notariado latino-germánico; *b)* Apoderamientos procedentes de notariados no pertenecientes al notariado latino-germánico. Por otro lado, en la parte final de este trabajo se hará una referencia sobre el denominado “documento público europeo”. Con el examen de estas cuestiones no se pretende agotar en modo alguno el tema tratado, que debido a su complejidad y la diversidad de normas concurrentes que le afectan, puede suscitar posturas doctrinales muy diversas. Por otra parte, los poderes también pueden ser de proce-

(34) En el derecho alemán, el artículo 167.2 BGB dispone que el otorgamiento del poder “no requiere la forma exigida para el negocio jurídico al cual se refiere el poder”.

En el derecho italiano, el artículo 1392 CC exige la misma forma que el acto a documentar, pero cuando se trata de poderes extranjeros, la doctrina remite la solución a la regulación especial de DIPr. Italiano (art. 60.II Ley 218/1995), que admite la validez formal de los poderes conformes con la *lex causae* o con arreglo a la *lex loci* del lugar de su otorgamiento, con lo que en el ámbito notarial se considera suficiente el poder otorgado en documento privado con firmas autenticadas y en su caso, debidamente traducido, legalizado o apostillado.

En nuestro derecho, respecto del poder para hacer y aceptar donaciones, la exigencia de escritura pública deriva de lo previsto en el artículo 633 CC (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *et al.*: 1989, pp. 73-74). Según BLANQUER UBEROS, R. (1977, p. 258), al amparo de la jurisprudencia sobre los artículos 1278 y ss. CC, la donación será válida aunque el apoderamiento con facultades para donar no conste en documento público. Cuestión distinta es que la escritura pública de donación no sea inscribible mientras no se complete la forma del apoderamiento, se ratifique de modo adecuado o se declare judicialmente la válida y suficiente existencia de los poderes de representación. En los demás supuestos negociales, la forma pública es necesaria como medio para asegurar la autenticidad subjetiva de las partes en la relación negocial subsiguiente, al menos, en la medida en que la forma sirve como instrumento de garantía de la identidad del otorgante. Para los anotadores de ENNECERUS, “El apoderamiento no es una parte del negocio o negocios que celebra el apoderado, sino sólo la condición y límite de los mismos y que, por tanto, fuera del alcance de la exigencia concreta del artículo 1280 no es menester que el poder revista la misma forma que el negocio que celebre el representante”. Cfr. asimismo, artículo 1725 CC (PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: 1981, pp. 541-542).

(35) RUEDA VALDIVIA, R.: 2009, pp. 290-293.

(36) BÁDENAS CARPIO, J. M.: 1998, pp. 109-110; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *et al.*: 1989, p. 55.

dencia consular o emanar de otras autoridades u órganos competentes. Por último, entre otras muchas cuestiones de posible consideración y salvo determinadas referencias, tampoco se tratará sobre los requisitos referentes a su traducción, legalización o apostillado (37).

2. Poderes otorgados por notario extranjero integrado en la UINL

2.1. Rasgos que caracterizan el notariado desde el punto de vista del autor y del documento.

La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), actualmente, Unión Internacional del Notariado, que conserva el acrónimo originario, fue fundada en Buenos Aires en 1948 por las instituciones notariales de dieciocho países, entre ellos España. Actualmente, está formada por setenta y seis notariados procedentes de países de todo el mundo (38). El ámbito de población atendida por los notariados integrados en la UINL comprende el 60 por 100 de la población mundial y el 80 por 100 de la población europea.

Según el preámbulo de los Estatutos aprobados por la Asamblea de Notariados miembros en Madrid el 2 de octubre de 2007, *“La Unión Internacional del Notariado representa la unidad espiritual y la institución del notariado de tipo latino, cuyos miembros son juristas, consejeros independientes e imparciales que, por investidura de la autoridad pública, confieren a los documentos que redactan la autenticidad, instrumento de garantía de la seguridad jurídica y de la libertad contractual”*.

Con independencia de la forma concreta de su organización institucional, de la legislación propia aplicable y de los requisitos y solemnidades que deben guardar las formas documentales propias a cada notariado, los notariados integrados en la UINL se caracterizan –como asimismo fue puesto de relieve por la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994– por unos rasgos comunes que son los que, con carácter general, permiten atribuir a los documentos emanados de dichos notariados la naturaleza de documento público.

Según la propia UINL –en Documento aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL (Roma, 8 de noviembre de 2005) (39)–,

(37) Sobre estos extremos, cfr., a.e., BORRÁS, A.: 2009, pp. 47 y ss.; FUGARDO ESTIVILL, J. M.: 2009, pp. 149 y ss.

(38) En Europa, 35 países, en América, 23 países, en África, 15 países, en Asia, 3 países. Entre otras muchas organizaciones y países con instituciones notariales que han solicitado la adhesión a la Unión < http://uinl.net/notariado_mundo.asp?idioma=esp&submenu=MISSIONNOT >

(39) Sólo se hace una referencia a los principios aprobados en aras a identificar el con-

el notario se caracteriza por ser “*un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.– La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado*”.

En relación con el documento notarial, en dicho documento se afirma que: “*Su autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido. Son conservados por el Notario y clasificados por orden cronológico. En la redacción de los documentos notariales, el Notario, que debe actuar en todo momento conforme a la Ley, interpreta la voluntad de las partes y adecua la misma a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo ello se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial*” (40).

Lo que antecede pone de relieve que a la hora de determinar si un documento notarial extranjero puede o no considerarse de efectos equivalentes a los producidos en el derecho interno habrá que considerar si se cumplen o no y en qué grado o intensidad los indicados requisitos. En otras palabras, procederá determinar su calificación (*rating*), entendiendo con ello la medición, evaluación o calificación que el jurista debe efectuar en relación con el documento notarial de producción externa a los efectos de determinar su calidad jurídica, o sea, su naturaleza, efectos y valor jurídico que debe atribuírsele en el país de destinación del documento, todo ello por referencia a los requisitos y efectos que producen en este país los documentos notariales de producción interna.

Una calificación de esta naturaleza, que aquí se expone fundamentalmente a efectos doctrinales, puede servir para valorar la calidad intrínseca del documento notarial extranjero en relación con los requisitos exigidos en el ordenamiento interno, lo que a su vez servirá para establecer la mayor o menor idoneidad del documento extranjero en orden a su naturaleza, validez, efectos jurídicos y equivalencia formal. Si el documento

tenido de la función notarial y las solemnidades básicas que deben configurar la formación y expedición del documento notarial. < http://uinl.net/notariado_mundo.asp?idioma=esp&submenu=NOTAIRE >

(40) En otro apartado de este documento se afirma que la actuación notarial también puede extenderse “*a la legitimación de firmas de particulares puestas en documentos privados, así como a la expedición de testimonios de conformidad de las copias con sus originales en toda clase de documentos y a cualquier clase de actividades previstas por su respectiva legislación nacional*”.

extranjero reúne sustancialmente los mismos requisitos de formación y produce en su ordenamiento jurídico los mismos efectos que los previstos en el ordenamiento interno del país de destino, la homologación será plena. Cuando la formación y o los efectos no se den con la misma intensidad, el documento no podrá considerarse plenamente equivalente al documento interno, todo ello sin perjuicio de que se le pueda reconocer determinado valor y efectos.

2.2. La calificación del documento extranjero aportado.

A modo de esbozo de la calificación ideal (*rating*) del documento aportado, una posible metodología puede basarse en ordenar de mayor a menor el rango de los distintos documentos en función de los siguientes campos comparativos referidos al derecho interno: *a)* Estatuto personal del notario autorizante del documento; *b)* Efectos jurídicos del documento nacional en su derecho interno; *c)* Regulación del documento prevista tanto para que surta o pueda surtir efectos en el derecho nacional interno como internacional o sólo con finalidad internacional.

Con ello se trata de establecer el grado de homogeneidad, funcionalidad y eficacia jurídica que pueden presentar estos documentos en relación con determinados valores de referencia de orden estatutario personal, material y formal, que son los que en el plano ideal conllevan que el documento ofrezca las máximas garantías tanto en lo que se refiere a los requisitos y solemnidades que concurren a su formación como respecto de los efectos jurídicos de autenticidad entre las partes y frente a terceros, en juicio y fuera del mismo (41).

Como es obvio, la calificación será más elevada en aquellos países que dispongan de sistemas de seguridad jurídica preventiva basados en los dos rasgos básicos que caracterizan el notariado de tipo latino-germánico, esto es, por un lado, en lo que atañe a los ejercientes de la función, que se trate de notarios especialmente habilitados por los poderes públicos y estén sujetos a un riguroso régimen legal de acceso y en el modo de ejercer la función pública fedataria, con independencia e imparcialidad, y sometidos al deber genérico de control de legalidad; por otro lado, en lo que se refiere a los documentos que producen, que estos documentos tengan reconocidos específicos efectos jurídicos, probatorios y procesales en su respectivo ordenamiento jurídico.

(41) Sobre aspectos generales referentes a la formación del instrumento público, su validez, eficacia y circulación, cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: 1977.

2.3. La forma del poder.

Los poderes constituyen un documento que contiene una declaración de voluntad del poderdante, mandante o representado, a favor de uno o más apoderados, mandatarios o representantes, para que éste o éstos en nombre y representación del principal o *dominus negotii* puedan contratar con un tercero. En consecuencia, salvo que sean procedentes otros medios formales documentales, los poderes deben incluirse en el grupo de los documentos notariales relativos a actos o negocios jurídicos, por lo que, normalmente, deberán regirse por las reglas generales previstas para esta clase de documentos y otorgarse en documento público, en su modalidad de escritura pública.

Como sea que en el poder consta el consentimiento o voluntad negocial del poderdante autorizando a la persona o personas designadas, para que, en nombre y representación del poderdante, pueda otorgar el correspondiente negocio o negocios, ello significa que esta voluntad de contratar deberá hallarse suficientemente acreditada. En los países de notariado latino, debido a las garantías que acompañan la formalización notarial del poder, a título de presunción, especialmente en relación con los notariados de derecho continental y los que siguen de cerca esta configuración, dicha exigencia normalmente podrá darse por cumplida (42).

La forma del apoderamiento ofrece especial relevancia en la protección de los intereses jurídicos de todas las partes, incluido el tercero que contrata con el apoderado, de aquí que, cuando el poder o autorización conferida deba utilizarse en la esfera notarial y en atención a la protección del tráfico y la seguridad jurídica, según se ha indicado, el título de legitimación aportado debe reunir las garantías y seguridades adecuadas, no siendo en principio admisible en materia de forma del mandato o de la representación, aunque vinculen y puedan ser válidas en otras esferas o ámbitos contractuales, aquellas representaciones que no estén suficientemente acreditadas o no sean auténticas, como los mandatos verbales o en simple documento privado (43).

En la contratación internacional, la justificación de las facultades representativas mediante la aportación del correspondiente documento público de poder transfronterizo, suele ser la solución más idónea en relación con la mayor parte de los países integrados en el notariado latino-germá-

(42) DE LA CÁMARA, M., *et al.*: 1989, p. 256.

(43) Todo ello sin perjuicio de la posible ratificación del *dominus* o de la acreditación en la forma requerida en los supuestos de intervención sin poder o con poder formalmente defectuoso.

nico. No obstante, la amplia diversidad normativa y formal que puede existir entre el país de origen y el de recepción, motiva que en el Derecho internacional privado no baste la mera coincidencia terminológica para establecer, sin más, que el documento notarial aportado puede equipararse o no al documento notarial equivalente regulado en el correspondiente derecho interno, lo que conlleva que, en cada caso, el intérprete deberá examinar si se trata o no de un documento que reúna los requisitos mínimos necesarios para reconocer, en el ámbito de la esfera notarial, la suficiencia formal y material del documento de poder extranjero.

En nuestro derecho, como principio de base, el notario debe exigir que el documento extranjero de poder aportado consista en un documento público y cumpla el requisito de autenticidad, lo que significa: que el notario extranjero –o en su caso, la autoridad pública interviniente– que lo instrumente sea competente por razón de su contenido; que se hayan cumplido las formas propias del notario o autoridad autorizante, que el notario o autoridad dé fe de la identidad y capacidad de los otorgantes según la ley aplicable, y del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente en cada caso (art. 323 LEC); que el documento se adecue a los requisitos de fondo con arreglo a la normativa aplicable según el Derecho internacional privado determinado por la norma de conflicto; y en su caso, que el documento esté traducido, todo ello sin perjuicio de su legalización o apostillado (44).

Si en relación con los países de notariado latino el poder ha sido otorgado ante otro funcionario que no sea notario ni juez, corresponderá verificar la competencia de este funcionario con arreglo a su legislación de derecho interno y si dicho documento tiene unos efectos equivalentes al documento notarial. En otro caso, difícilmente podrá apoyarse el notario español en ese documento extranjero con seguridad (45).

En otro orden de ideas, debido a la amplitud del ámbito material previsto en el “Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961” (CLH), también debe tenerse presente que el hecho de que el poder se aporte legalizado o apostillado no significa que este documento deba considerarse documento público en sentido propio o estricto.

Por lo que se refiere a los documentos que pueden ser objeto de apostilla, cabe traer a colación que “en el sentido del [...] Convenio” (art. 1.º), es decir, en relación con la regulación de la apostilla, el Convenio prevé un concepto amplio de “documento público” en el que, entre otros docu-

(44) AGUAYO, G. J., ORENES, M.: 2007, p. 1; ARICÒ, G., *et al.*: 2009, pp. 363-364.

(45) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, p. 29.

mentos, se incluyen los siguientes: “c) Los documentos notariales” y “d) Las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como [...] comprobaciones de la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas”. Esta previsión evidencia claramente la existencia de diferentes formas documentales, unas, las que se refieren a documentos públicos en su sentido propio y estricto y acordes con los ordenamientos jurídicos que conocen esta forma documental (supuesto c), y otras, de menor rango formal, previstas para aquellos ordenamientos que carecen de dicha institución o para otros supuestos; en esta segunda clase de documentos se incluyen los “documentos privados” diligenciados con una autenticación de firma (legitimaciones de firmas o supuesto letra d). A estos documentos también cabrá reconocerles determinada autenticidad, pero debido al carácter limitado o parcial de esta autenticidad no cabrá reconocerles con carácter pleno todos los efectos que derivarían de una completa equivalencia de formas (46).

Según el artículo 5.º, párr. sgdo., CLH, la apostilla debidamente cumplimentada sólo certifica: “*la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento lleve*” y como pone de relieve la doctrina de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, si la apostilla se ha extendido por error en un documento que no está incluido en el ámbito de aplicación de la CLH, la apostilla no tiene la virtud de transformar la naturaleza del documento, ni lo convierte en un documento público si realmente se trata de un documento privado firmado por las partes (47). Por último, la apostilla tampoco presupone el valor y efectos jurídicos que deben atribuirse al acto o contenido negocial instrumentado en el documento apostillado.

En el derecho comparado la doctrina señala que, en síntesis, las *condiciones mínimas* que deben contener los documentos notariales –para la utilización transfronteriza de documentos referentes a poderes o manda-

(46) Como observa BLANQUER UBEROS, R. (1977, p. 220), para alcanzar esta equivalencia “Parece que es preciso que la *lex loci actus* atribuya a la intervención o autorización fedante y autenticadora el mismo valor y eficacia que la *lex substantiae* atribuye a la intervención o autorización de sus propios autenticantes y fedantes”.

(47) Como advierte la Comisión Especial de la Conferencia, “*l’effet de l’apostille ne s’étend pas au contenu de l’acte public auquel elle est jointe*” [“*Conclusions et recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions apostille, obtention des preuves et notification*” (28 octobre au 4 novembre 2003)], p. 6, Consideración número 22, en “*Conférence de la Haye de Droit International Privé*”, La Haya, Holanda, doctrina que es igualmente aplicable a la legalización, pues el efecto limitado de cualquiera de estas formalidades es que “*hace fe por sí mism[a] en cuanto a la autenticidad del documento, sin cambiar su naturaleza*” (AGUILAR GARCÍA, M.: 1988, p. 281).

tos representativos, pero que también cabe extrapolar a otros supuestos de presentación de documentos procedentes de otros funcionarios o profesionales formalizados con la misma finalidad— son las siguientes (48):

- Identificación notarial de los sujetos que otorgan el poder.
- Identificación del notario autorizante.
- Juicio o control notarial de legalidad de las facultades del concedente del poder.
- Dación de fe notarial sobre la identificación del otorgante.
- Fecha del otorgamiento.
- Otorgamiento y firma del compareciente otorgante del poder.
- Sello y firma notarial.

Al referirse a esta misma cuestión, la doctrina notarial española también tiene en cuenta dichos requisitos y en materia de forma señala que, en principio, procedería exigir la misma forma pública que la exigida para el negocio jurídico a instrumentar, por lo que, en ciertos casos, no será suficiente un documento privado con firmas legitimadas. Por otra parte, la persona que otorga el poder debe estar debidamente identificada y gozar de capacidad y legitimación suficientes para actuar en relación con el acto o negocio jurídico objeto de apoderamiento y haber manifestado libre y voluntariamente su voluntad de otorgar el mandato en relación con el negocio objeto de apoderamiento (49).

Por lo que se refiere a la presentación de documento notarial, oficial o público que corresponda, en original o en copia auténtica, ello dependerá de la legislación del país de origen del documento. Según los países y de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico aplicable en el lugar de producción del documento y la normativa sobre derecho documental, cabe referirse a las siguientes particularidades (50):

Centrando la referencia a los países del notariado europeo, en Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, existe la posibilidad de expedir en determinados supuestos de poder, poderes en “*brevet*”. Los documentos en *brevet* o *in originalis* “*son aquellos en los que el notario entrega el original, firmado por las partes y por el propio notario, conservando éste*

(48) ARICÓ, G., *et al.*: 2009, p. 263, que se refieren a las condiciones formales indispensables para la validez de los poderes y mandatos representativos notariales procedentes de diversos países europeos.

(49) ARICÓ, G., *et al.*: 2009, pp. 363-364. Informe relativo a España.

(50) Sobre las solemnidades y formas notariales en el notariado europeo, cfr. GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A.: 1999; ARICÓ, G., *et al.*: 2009; DELGADO DE MIGUEL, J. F.; dos volúmenes, 2005.

solamente una copia no firmada o minuta en su archivo, para comprobación” (51).

Estos documentos son auténticos en cuanto a su contenido, y no sólo en cuanto a su firma y pueden utilizarse en los supuestos previstos en la normativa reguladora correspondiente (por ejemplo, poderes para un acto concreto, para pleitos, para cancelaciones de cargas, consentimientos...). En el poder en *brevet* el notario debe, por lo común, hacer mención en el propio poder de esta circunstancia.

Asimismo, en otros países, como Luxemburgo y Alemania, en supuestos especiales, son posibles poderes *en blanco*, en los que no figura el nombre del apoderado, considerándose estos poderes como un ofrecimiento de poder a una persona que deberá incluir ella misma su nombre como apoderado.

Por último, la constancia de la existencia del poder utilizado por el apoderado puede hacerse de distintas formas: uniendo como anexo el original del poder al original del acto o contrato objeto de autorización; uniendo una copia o testimonio del poder; transcribiendo el poder o la parte pertinente del mismo; procediendo a la reseña identificativa del poder –sistema expresamente establecido en el citado art. 98 L. 24/2001 y en los arts. 164-166 RN–; o acompañando el poder a la copia del contrato. En todo caso, será preciso que el notario haga referencia al medio documental del que dimana la correspondiente legitimación y emita el correspondiente juicio o calificación de suficiencia de las facultades representativas acreditadas (52).

(51) GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A.: 1999, p. 50. Según el Diccionario de GUILLIEN, R., y VINCENT, J. (2007), “*L’acte dressé en brevet est établi par le notaire en un seul exemplaire qui est remis à l’intéressé*”. En el derecho notarial italiano se prevé como norma general la conservación del documento original, pero el artículo 70 de la Ley Notarial italiana, a modo de excepción, admite que pueda entregarse el documento original. Entre estos supuestos se hallan “*gli atti che contengono procure alle liti, o procure o consensi od autorizzazioni riguardanti, gli atti necessari alla esecuzione di un solo affare, o delegazioni per l’esercizio del diritto di elettorato, nei casi determinati dalle leggi politiche od amministrative*”, y asimismo respecto de otros documentos concretos como actas de notoriedad en materia civil y comercial, fes de vida y declaraciones de aceptación de herencia a beneficio de inventario.

(52) En materia de DIPr cabe recordar que en los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, es de aplicación la cláusula de interés nacional prevista en el artículo 10.8 CC, lo que significa que estos contratos serán válidos si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española (excepción del interés nacional). Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles situados en el extranjero. En relación con el Reglamento Roma I, el artículo 13 prevé que en los contratos celebrados entre una persona física y una persona física o jurídica que se encuentren en un mismo país, la persona física que goce de capacidad jurídica de obrar de conformidad con la ley de ese país sólo podrá invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país “*si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*”. En los supuestos en que no sea apli-

3. Apoderamientos procedentes del notariado anglosajón

Aunque con arreglo a lo previsto en la correspondiente normativa de derecho interno e internacional los agentes consulares son funcionarios públicos competentes para otorgar en territorio extranjero poderes que deban surtir sus efectos en el país que representan, debido a diversas causas, la doctrina observa que su intervención no siempre es fácil. De este modo puede suceder que exista un escaso número de oficinas consulares en el país en cuestión, que estén muy alejadas respecto de la persona que interesa el servicio o que exista cierta resistencia para prestar el servicio respecto de los no nacionales (53).

Como consecuencia de ello, en la práctica de los negocios el recurso a estos funcionarios no siempre es posible ni ofrece la suficiente agilidad, de aquí que en los países de derecho anglosajón en muchos casos, a no ser que la representación se otorgue directamente ante notario del país en que ha de realizarse el acto principal, la formalización de las representaciones formales sea asumida por los denominados *notaries* o por otras personas o profesionales miembros o no de la profesión legal no adscritos a la UINL, cuya misión principal suele consistir en certificar la legitimidad de las firmas de documentos para su destinación al extranjero.

A grandes rasgos, los problemas que puede presentar el reconocimiento en nuestro derecho interno de esta clase de documentos se basan en las siguientes circunstancias:

Los ordenamientos jurídicos de estos países suelen tener una concepción de la seguridad jurídica distinta a la que caracteriza los sistemas de seguridad jurídica de los países de *civil law*; desconocen la figura del documento público referente a las relaciones de derecho privado y el mismo no es exigido en ningún caso en su derecho interno; las personas que ejercen determinadas funciones de tipo notarial o que se califican de notarios, generalmente no tienen carácter de funcionario público ni ejercen funciones públicas delegadas de la autoridad y pueden carecer de pericia jurídica alguna; según la institución concreta que se considere, sus miembros tienen prohibido asesorar jurídicamente; por otra parte, a diferencia del documento público de *civil law*, que, salvo declaración de falsedad,

cable este artículo, procederá aplicar lo previsto en el artículo 10.8 CC, que parte de una regulación y unos presupuestos diferentes. El artículo 10.8 CC se aplica a los supuestos de Derecho nacional y a los no cubiertos por el Reglamento (CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2009, pp. 248-253).

(53) DROZ, G. A. L.: 2000, pp. 119 y ss. Este autor señala que en una Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores francés, de 9 febrero 1990, se insta a los cónsules de dicho país para que no presten sus servicios a extranjeros.

tiene unos efectos probatorios específicos que se imponen a las partes y al juez, los documentos procedentes de estos notariados no tienen ninguna fuerza probatoria especial y suelen carecer de carácter ejecutivo; estos documentos no producen efectos jurídicos específicos más allá de su naturaleza de prueba documental privada acompañada de una declaración testifical referente a la legitimidad de la firma; la diligencia notarial en estos documentos se suele limitar a la declaración de la persona interviniente de haber presenciado la firma del documento sin que exista control alguno de legalidad de su contenido ni suela estar prevista la llevanza de un protocolo oficial. El grueso de las actuaciones de estas personas suele centrarse en recoger testimonios y hacer constar y apostillar poderes para que surtan sus efectos en el extranjero.

En consideración a estas limitaciones, que pueden reflejarse con mayor o menor intensidad según el país que se considere, en el derecho notarial español la admisión o no de estos poderes extranjeros se ordena en torno a dos posturas antitéticas y en una intermedia (54).

Como posturas extremas, cabe referirse a la tesis negativa que defiende el rechazo absoluto de los poderes que no hayan sido formalizados en documento público y con arreglo a lo previsto en el artículo 1280.5.º CC (55), postura que cabe considerar que es la más perfecta, adecuada y respetuosa con los principios que gobiernan esta cuestión en el derecho interno español y los que presiden el ejercicio de la función notarial, pero que de pretenderse aplicar en todo su rigor en el tráfico internacional, conllevaría cierta paralización del tráfico; en sentido contrario, la tesis afirmativa entiende que al amparo de lo previsto en el artículo 11 CC, sobre formas y solemnidades de los contratos (principio *lex locus regit actum*), es posible admitir estos documentos por haberse aplicado en su formación la ley del país en que se han otorgado, pero esta tesis podría hallarse en contradicción con lo previsto en el artículo 12 CC, sobre aplicación de las normas de conflicto y su contrariedad con los principios básicos vigentes en el ordenamiento jurídico interno y el orden público. Por último, la tesis intermedia se basa en su admisión siempre que ello comporte el cumplimiento de determinados requisitos con carácter de mínimo. En este supuesto, con arreglo a las circunstancias del caso, un documento extranjero de poder será admisible en el derecho interno español siempre que sea formalmente válido en su país, que se acredite el cumplimiento de determinadas garantías, solemnidades y formas, que ofrezca un grado suficiente de autenticidad, y que con ello no se infrin-

(54) MARTÍNEZ-GIL VICH, I.: 2007, pp. 447 y ss.; RIVAS ANDRÉS, R.: 2005, p. 503.

(55) Díez GÓMEZ, A.: 1988, pp. 82 y ss.

jan normas de orden público ni leyes imperativas o de aplicación necesaria. Se trata de una tesis que la doctrina considera realista y práctica (56).

Cuando se aportan documentos privados con firmas legitimadas es evidente que no es posible atribuir a estos documentos la condición de documento público; a lo sumo, sólo tendrá este carácter público u oficial la diligencia de legitimación de la firma del suscriptor del documento efectuada por el notario, funcionario o persona autorizada a tal fin. En relación con esta cuestión, abundando en las afirmaciones efectuadas en otro lugar, conviene tener presente que estos documentos proceden de sistemas jurídicos y documentales distintos a los ordenamientos de los países de *civil law*, por lo que la calificación de estos documentos y su aceptación en el ordenamiento interno debe efectuarse con la debida prudencia, en función de las circunstancias del caso y la naturaleza del acto o contrato de que se trate (57). Pues bien, en estos casos, en consideración al sistema formal imperante en el lugar de formación del documento, la doctrina se pregunta si es posible reconocer legitimación suficiente a la persona apoderada en dichas condiciones para que pueda otorgar con intervención de notario español determinado acto o negocio jurídico.

En el derecho europeo comparado, la validez de un poder que se había firmado en Los Ángeles (EEUU) y estaba certificado por un *notary public* fue admitida en la cuestionada sentencia del Tribunal de casación holandés de 21 de noviembre de 1952 (58). El Tribunal justificó la admisión de estos poderes cuando hayan sido confeccionados en la forma que, examinadas las posibilidades existentes en el país de origen, se acerque lo más posible al documento auténtico, siempre que tal forma satisfaga las condiciones de autenticidad y de seguridad razonablemente exigidas en las relaciones sociales normales.

No obstante, esta solución se ha considerado incorrecta, ya que sacrifica la necesidad de consejo del constituyente del poder al altar de la eficacia internacional del documento y puede dar lugar a abusos, engaños y fraudes. En este sentido, la doctrina advierte que puede existir una gran diferencia entre la mera autenticación de firma y fecha efectuada por un lego en derecho y la intervención de un notario que tenga conocimientos jurídicos, que sea miembro de la profesión jurídica como tal notario, *lawyer* o *solicitor*, redacte documentos y lleve un registro de los mismos.

(56) ROJAS MONTES, L., *et al.*: 1988, p. 172.

(57) CUEVAS CASTAÑO, J. J.: 1988, pp. 291 y ss.

(58) En el derecho holandés la constitución de hipoteca por medio de apoderado exige que el poder se haya otorgado en forma auténtica.

También se ha afirmado que procede distinguir entre la cuestión de prueba y la cuestión de la protección jurídica de los intereses (59). En el primer caso, la falta de autenticidad no impide la prueba por otros medios del hecho, acto o negocio y la declaración judicial de la existencia del hecho, acto o negocio, como hecho probado. Mediante la forma auténtica, la prueba se facilita por los efectos derivados de la autenticidad no sólo formal, sino material del documento público. Una sentencia que declare e imponga la validez del acto, no prejuzga su validez extrajudicial *ex ante*, ni que pueda postularse con éxito su cumplimiento extrajudicial en la normalidad del Derecho, si el acto o negocio adolece de falta de las formalidades adecuadas que ofrezcan el grado adecuado de fehaciencia y autenticidad, incluso, aunque esta falta no afecte a su validez. En el segundo caso, la protección de los intereses podrá ser más o menos completa según la forma adoptada. En un sistema de seguridad jurídica preventiva, basado en el control de legalidad y la forma pública, se protegen todos los intereses jurídicos en juego: los del poderdante, los del representante y los del tercero (60).

Por otra parte, en la doctrina europea también se reconoce que si se adoptara una concepción demasiado estricta en la forma del poder, podrían presentarse dificultades prácticas en numerosos supuestos, de aquí la necesidad de alcanzar una solución aceptable en atención a las circunstancias del caso y los requisitos legales imperantes en los ordenamientos basados en la seguridad jurídica preventiva (61).

Pasando al examen de esta cuestión en relación con las actuaciones de los *notaries* de Estados Unidos, una primera advertencia que conviene tener presente es la referente al *nomen*, pues si el intérprete traduce la expresión inglesa en sentido literal y sin adjetivar, su traducción resultará totalmente equívoca en relación con el recto significado que esta expresión tiene respecto de los notarios de derecho latino-germánico (62).

(59) BLANQUER UBEROS, R.: 1977, p. 221, nota 69.

(60) Como observa BLANQUER UBEROS, R. (1986, p. 29): "... la forma del apoderamiento va mucho más allá de la protección del poderdante, del agente del negocio de apoderamiento y va también más allá de la protección del representante, del agente del negocio representativo. La forma del apoderamiento persigue todo ello y además es un instrumento de protección del tercero que contrata el negocio representativo con el representante, ya que a dicho tercero se ofrece, con el instrumento formal, un medio para la efectividad del efecto representativo frente al representado. La forma del apoderamiento es, pues, un título de legitimación utilizable por el apoderado en el momento de contratar, y un título de composición del derecho del tercero al accionar o ejercitar su derecho frente al representado".

(61) BOLÁS ALFONSO, J.: 1992, p. 104; CALLÉ, P.: 2004, pp. 299-300.

(62) Como afirman ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H. (2002, p. 387): "El notario público estadounidense no tiene nada en común con el notario continental que no sea el nombre. Por lo gene-

En este punto, la doctrina señala que en dicho país la función de los *common-law notaries* es meramente testifical por lo que, generalmente, se limitan a atestiguar por medio de la oportuna diligencia que un documento privado ha sido firmado a su presencia, eventualmente, también en presencia de otros testigos, pero siendo todos ellos completamente ajenos al contenido del documento, por lo que la función notarial de consejo legal es asumida por los *lawyers attorneys* y no por los *notaries public* o de *common law*. Estos notarios no precisan ser juristas y puede serlo cualquier ciudadano americano sin ningún tipo de estudios, de aquí que por carecer de competencias jurídicas no puedan entrar en la realidad del documento ni en la calificación de las facultades representativas de las personas jurídicas (63).

En razón de estas significativas limitaciones y dado que estas personas no pueden llevar a cabo función alguna de consejo legal, entiende la doctrina francesa, en doctrina que también cabe considerar aplicable en relación con el derecho español, que “l'équivalence de leurs actes avec ceux des notaires français ne doit pas être admise. En revanche, si l'acte a été dressé à l'aide d'un *lawyer*, puis certifié par un *notary public*, ou bien si l'acte a été rédigé par un *notary public* lui-même *lawyer*, l'acte pourrait être tenu pour équivalent à un acte français” (64). En suma, “Seule l'assistance d'un *lawyer*, véritable homme de loi, remplit les conditions requises pour que cet acte soit établie en «la forme authentique locale»; si l'acte est dressé en présence et avec l'aide d'un *lawyer*, certifié par un *notary public*, puis légalisé sous la forme de l'apostille, il remplira les conditions requises” (65).

ral, son personas con escasa o ninguna instrucción jurídica que gozan de facultades, conferidas por las leyes de los diferentes estados, para registrar declaraciones, certificar firmas, etcétera”. Según TORRE, D. (2009, p. 25): “Despite sharing a common linguistic derivation, the titles of notary public and *notario público* convey vastly different responsibilities upon their respective officeholders. The differences between these titles are profound. According to Texas law, the «literal translation of the phrase ‘Notary Public’ into Spanish is prohibited». The stated intent of Texas law is to prevent Spanish speakers from confusing the roles or the Mexican *notario público* with the limited services offered by the Texas notary public”. Según PIKOFF, J. A., y CRIMMINS, Ch. J. (2009): “The principal difference between the Mexican *Notario Publico* and a Texas Notary Public is that the Mexican *Notario Publico* is responsible for the legality of the content of the document while the Texas Notary Public only certifies the identity of the signer”. Análoga prohibición existe en el estado de Florida para los notarios de *common-law* y en otros estados.

(63) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, p. 30; FONT BOIX, V. *et al.*, 1984, p. 208 y ss. Por ejemplo, para ejercer como *notary* en Texas basta con rellenar una solicitud, ser mayor de dieciocho años, ser residente permanente en Estados Unidos, satisfacer unas tasas y constituir una fianza (*bond*).

(64) CALLÉ, P.: 2004, p. 299.

(65) Análogamente en REVILLARD, M.: 2006, p. 488, que pone de relieve que teniendo en

No obstante, a título de excepción, en algunos estados de los Estados Unidos existen notariados inspirados en los notariados de tipo latino, por lo que, en relación con el supuesto que se examina, cabe presumir, siempre que la función y el documento se adapten a los requisitos de actuación propios del notariado de tipo latino, que no sería predicable la doctrina acabada de exponer.

Un ejemplo de esta posibilidad lo ofrece la legislación del estado norteamericano de Florida, en el que coexisten dos clases de notarios: los notarios de *common-law* que, con las limitaciones antes indicadas, desarrollan una función de mera legitimación de firmas (66), y los notarios de *civil-law*, que fueron creados en 1997. Estos últimos son de nombramiento oficial, están regulados en las Leyes estatales (*Florida Statutes*, Cap. X, “Public Officers, Employess and Records”) y su finalidad va orientada fundamentalmente a favorecer el tráfico jurídico internacional, no el tráfico interno, con los países de Latinoamérica que disponen de instituciones notariales inspiradas en el modelo tipo de notariado latino. Para acceder al cargo, deben haber ejercido como letrados en ejercicio durante un mínimo de cinco años, superar unas pruebas de acceso y ser nombrados por el Secretario de Estado, lo que supone un notable salto cualitativo respecto de los notarios americanos de *common-law*. Con arreglo a la ley que los regula, los documentos autorizados por los notarios de *civil law* se califican de actos auténticos, se presumen válidos y deben ser registrados en un protocolo (67). Como consecuencia de ello, la doctrina

cuenta las distancias exigidas para localizar un consulado francés, por ejemplo, en Estados Unidos o en Australia, para otorgar un poder no puede exigirse la intervención consular y procederá admitir la forma auténtica local. En el derecho francés, esta solución se prevé en relación con los poderes pero no es aplicable en relación al negocio principal referente a transacciones inmobiliarias, que es de mayor rigor formal y exige la intervención de notario francés en todo caso.

(66) Debido a que su actuación es ocasional, meramente testifical y que no se exige especial cualificación, en Florida –y análogamente a lo que sucede en otros estados americanos– el número de estos impropriamente denominados “notaries” asciende a varios centenares de miles (TORRE, D.: 2009, p. 8).

(67) *FLORIDA STATUTES*: “Artículo 118.-10 (1): (a) «*Authentic act*» means an instrument executed by a civil-law notary referencing this section, which instrument includes the particulars and capacities to act of any transacting parties, a confirmation of the full text of any necessary instrument, the signatures or their legal equivalent of any transacting parties, the signature and seal of a civil-law notary, and such other information prescribed by the Secretary of State”.

“Artículo 118.10 (3): A civil-law notary is authorized to issue authentic acts and thereby may authenticate or certify any document, transaction, event, condition, or occurrence. The contents of an authentic act and matters incorporated therein shall be presumed correct. A civil-law notary may also administer an oath and make a certificate thereof when it is necessary for execution of any writing or document to be attested, protested, or published under the seal of a notary public. A civil-law notary may also take acknowledgments of deeds and other instruments of writing for

señala que “A power of attorney signed in Florida but executed by a civil-law notary has the dual benefit of being validly executed according to Florida law and authentication of the identity and power granted to the agent by the principal for use in a civil-law jurisdiction” (68).

Por lo que respecta a los notarios ingleses, cabe señalar que su estatuto y cualificación profesional es netamente superior al de los notarios de *common law* americanos. En el derecho vigente los notarios ingleses forman parte, junto con otros profesionales del derecho, como los *barristers* y los *solicitors*, del grupo de las profesiones jurídicas (*legal profession*) y están sujetos a unas normas profesionales similares a las exigidas a los *solicitors* (69).

Sin embargo, en el derecho interno inglés la noción de documento público para instrumentar relaciones de derecho privado y los efectos y eficacia multifuncional y ejecutiva de los documentos públicos de derecho continental, sigue siendo desconocida, de aquí que la doctrina haya cuestionado el camaleonismo de esta clase de profesionales, debido a que su legislación de derecho interno desconoce el documento público y ejecutivo pretendiendo que los documentos preparados en dicho país que extrínsecamente adopten la forma documental del país de destino produzcan unos efectos jurídicos que el Estado de origen desconoce en el suyo (70).

Cuando se trata de poderes formalizados en Inglaterra, la doctrina distingue entre la función notarial que identifica y atestigua sobre la capacidad de las personas comparecientes ante el notario y redacta el documento destinado a surtir efectos en el extranjero, de la función de mera certificación sobre la identificación de los firmantes y la fecha del documento. Por estar rodeado de garantías razonables, en materia de representaciones formales, el primer supuesto puede considerarse suficiente a efectos de

record, and solemnize the rites of matrimony, as fully as other officers of this state. A civil-law notary is not authorized to issue authentic acts for use in a jurisdiction if the United States Department of State has determined that the jurisdiction does not have diplomatic relations with the United States or is a terrorist country, or if trade with the jurisdiction is prohibited under the Trading With the Enemy Act of 1917, as amended, 50 U.S.C. ss. 1, et seq.”

(4) “*The authentic acts, oaths and acknowledgments, and solemnizations of a civil-law notary shall be recorded in the civil-law notary’s protocol in a manner prescribed by the Secretary of State*”.

(68) TORRE, D.: 2009, p. 13.

(69) Sobre las profesiones jurídicas en el Reino Unido, cfr. < http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_uni_en.htm >

(70) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, p. 33.

acreditar las facultades conferidas e integrar un documento de notariado latino, en cambio, el segundo supuesto es mucho más dudoso (71).

Aunque en el ámbito del derecho notarial y registral debe partirse con carácter general de una interpretación jurídica estricta de la expresión “documento auténtico”, como equivalente a “documento público”, en relación con los poderes transfronterizos la doctrina también ha considerado la posibilidad de admitir, como atemperamiento al indicado principio general, un significado distinto, apoyándose para ello en la regla *auctor regit actum* (art. 11.3 CC), en la disciplina del mandato y la representación en lo que afecta a sus requisitos formales, y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1 RN sobre la misión notarial de buscar “*los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos [los particulares] se proponen alcanzar*”. Esta interpretación debe considerar la finalidad y requisitos del poder, el grado explícito de autenticidad y los efectos otorgados a la intervención del notario extranjero según la ordenación legal de su función, el contenido de su intervención y su carácter o no de miembro de la profesión jurídica. A este respecto la doctrina ha señalado que “Los poderes otorgados en países en que no existe Notariado latino podrán ser admitidos cuanto tengan una cierta autenticidad mediante su incorporación al documento que complementan tras formarse por el Notario, bajo su responsabilidad, la convicción de la realidad del apoderamiento” (72).

De *lege data*, siempre que el documento reúna, en grado suficiente, las cautelas y seguridades indicadas –y en su caso, se presente traducido y debidamente legalizado o apostillado–, la posible aceptación de estos poderes en el derecho interno español como títulos oficiales de legitimación para proceder al otorgamiento del acto o negocio principal y utilizarlo para la elaboración del documento notarial en el país de recepción, cabe fundamentarla en base a los argumentos antes indicados y en que estando revestido el documento de cierta autenticidad material, tanto el artículo 98 Ley 24/2001 como el artículo 166 RN se refieren a la reseña del “*documento auténtico que se le haya aportado*”, debiendo el notario, bajo su responsabilidad, reseñar los datos identificativos del documento auténtico aportado y proceder a la valoración de la suficiencia de las faculta-

(71) No obstante, en una respuesta ministerial de 25 septiembre 1989, el gobierno francés puso de relieve que si en este caso, el notario también era *solicitor* y había intervenido en la redacción del documento los conocimientos jurídicos de que dispone y su intervención en la redacción del documento garantizaban la buena ejecución de la función de consejo que aquél debe impartir (CALLÉ, P.: 2004, pp. 298-299). En realidad, esta respuesta sitúa el supuesto de hecho en el primer supuesto.

(72) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, p. 36.

des representativas de la representación acreditada y en este punto cabe recordar los distintos supuestos antes examinados sobre la forma que pueden revestir determinados poderes (73).

Con todo, debido a su carácter de excepción, la admisión de estos documentos no debería suponer debilitar la fuerza del documento público que se va a instrumentar, de aquí que su aceptación siempre deba rodearse de las debidas garantías y seguridades (74).

En suma, en relación con la aceptación de esta clase de poderes y sin perjuicio de mejor derecho, conviene tener presente las siguientes pautas orientativas (75):

1) En primer lugar, debe tratarse de poderes otorgados en países que no sean de notariado latino. Cuando el ordenamiento respectivo conozca la figura del documento público y se trate de países integrados en la UINL, en general, procederá aportar el poder en forma documental pública. El poder debe estar autorizado notarialmente. Son rechazables los documentos en los que intervienen autoridades distintas de notario o juez, lo que excluye documentos expedidos por alcaldes o autoridades distintas.

El hecho de que puedan presentarse poderes procedentes de países de la UINL que no respondan a dicha forma documental puede deberse a la posible aceptación en su derecho interno de documentos inferiores o de menor rango formal (76), o al desconocimiento o cumplimiento sesga-

(73) En el ámbito administrativo, los órganos y funcionarios públicos pueden admitir representaciones formales que sean fidedignas, lo que ofrece cierto margen de flexibilidad que no cabrá admitir en aquellos casos en que la exigencia esté formulada en sentido categórico o estricto. En este punto cabe recordar que si bien todo documento público es documento auténtico, no todo documento auténtico merece la consideración de documento público.

(74) Por otra parte, habida cuenta que esa clase de documentos carecen de la genuina condición de documento público, esta solución, que según se ha indicado tiene carácter de excepción y se refiere a la acreditación de la existencia de un mandato o poder con arreglo a las formas locales, no sería admisible si por medio de esta clase de documentos se pretendiera documentar negocios jurídicos para que surtan plenos efectos en el derecho nacional interno –por ejemplo, a efectos ejecutivos o registrales– que requieren que el negocio se haya documentado en determinada forma pública. En este caso, por razones de legalidad ordinaria, interés general, tutela de todos los intereses jurídicos en juego, control y de orden público, es evidente –como así también se observa en el derecho comparado– que las partes deberán instrumentar en genuina forma pública el negocio correspondiente. Es decir, procede distinguir entre documento inscribible y documento complementario, como generalmente será el poder.

(75) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, pp. 36-37; RIVAS ANDRÉS, R.: 2005, pp. 501 y ss.

(76) Por ejemplo, en el derecho italiano la necesidad de que el poder conste en documento público se reserva para el supuesto de que esta clase de forma se halle prescrita *ad substantiam*, pero cuando el poder no adopte forma pública el notario debe asegurarse, bajo su responsabilidad y en todos los casos, de la autenticidad del poder aportado. La ley no exige que el poder conste en un documento público, pero lo más pertinente es que el poder se ajuste a

do, por razón del país de destino, según se trate de países de *common law* o de *civil law*, de los requisitos formales necesarios en cada caso, lo que puede llevar a la adopción de una forma documental menor, impropia a las circunstancias del supuesto y el lugar de destinación.

Cuando el documento proceda de un país de derecho notarial latino, como principio general, si el poder se ajusta a sus correspondientes formas documentales, deberá darse por probada su naturaleza de documento público, o cuando menos, su autenticidad u oficialidad.

2) La admisión de los documentos de que se trata es facultativa para el notario, el cual sólo deberá admitirlos si superan el juicio notarial de adecuación material y formal mínima.

En principio, aquellos supuestos en que el notario extranjero (*notary*) se limite a legitimar, sin más, la firma de los otorgantes, no deben admitirse para integrar un documento de notariado latino (77). El rechazo de la simple legitimación de firmas tiene un claro fundamento: se trata de garantizar la voluntad y legítimos intereses del representado, poderdante o mandante y evitar que una persona incapacitada de hecho o sin facultades bastantes para ello, pueda otorgar un poder en país extranjero que no habría podido otorgarse ante un notario español o de *civil law*. Además, el idioma en el que esté redactado el documento debe ser en español (o, en su caso, lengua cooficial en España), común a todos los intervinientes o a doble columna o traducción legalmente hecha y acreditada, y si no es lengua común al notariado de expedición y/o los comparecientes, debe constatarse el conocimiento de su contenido por quienes han intervenido en el mismo (78).

El documento debe estar legitimado respecto de la firma del poderdante (y en su caso, redactado) por el notario del país de que se trate. El compareciente debe ser identificado y debe haber juicio de capacidad. No deben aceptarse aquellos poderes en que el propio poderdante redacta el poder, señala sus facultades, se presenta a sí mismo como capaz o como representante de una persona jurídica, y manifiesta que tiene facultades para otorgar poderes de acuerdo con los estatutos sociales o con la legislación correspondiente, limitándose el notario a decir que la persona que firma lo ha hecho en su presencia o que conoce dicha firma. Con esta

dicha forma o cuanto menos que el documento ofrezca las máximas garantías de legítima procedencia (CASU, G.: 2003, pp. 93-94).

(77) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, pp. 50-51.

(78) RIVAS ANDRÉS, R.: 2005, p. 505.

forma documental no se acreditan suficientemente la capacidad ni la legitimación del poderdante (79).

El documento debe referirse a la capacidad del poderdante persona física, según su ley nacional, y si se trata de persona jurídica, debe constar su existencia o personalidad jurídica, que está válidamente constituida y que puede realizar el negocio correspondiente. Si se trata de poderes con firma legitimada notarialmente en los que no consten dichas circunstancias, lo correcto es exigir una certificación notarial que complete el documento en el sentido expuesto (80).

Por lo que atañe a la existencia y personalidad jurídica de las sociedades y otras formas asociativas –salvo en los países europeos en que como consecuencia de la transposición de las directivas europeas sobre sociedades, el ámbito de actuación del órgano de administración responda a unos rasgos objetivos comunes–, conviene asegurarse del cumplimiento de las formas y solemnidades exigidas para acreditar su existencia mediante la correspondiente consulta o certificación del registro de sociedades y el ámbito de actuación del órgano de administración, y a este fin, la información notarial que así lo manifieste será de indudable utilidad (81).

En suma, cuando la actuación del *notary* se refiera únicamente al hecho de la firma en su presencia, no cabe presumir que se hayan cumplido las garantías o requisitos mínimos necesarios. Como señala la doctrina, “Para admitir que la actuación del Notario ha ido más allá de la mera legitimación de firmas será necesario que así resulte del propio documento o que se demuestre mediante otro documento anejo o complementario” (82).

3) En todo caso, el documento debe estar dotado de cierta autenticidad, y en su caso, estar traducido, y debidamente legalizado o apostillado.

(79) No obstante, como sea que puede existir un juicio implícito de capacidad, el conocimiento del estatuto profesional de notario extranjero actuante podrá aclarar si se ha efectuado o no tal juicio.

(80) En el derecho francés, señala REVILLARD, M. (2006, p. 488) que en el plano práctico es frecuente el recurso a la forma auténtica local partiendo del modelo de poder facilitado por el notario francés, pero en estos casos, el *notary* anglosajón no debe limitarse a cumplimentar el modelo y haciéndolo firmar, sin más, al poderdante. Si el documento está redactado en francés, el redactor deberá expresar que comprende el idioma, que el documento ha sido leído y traducido al poderdante (en el caso de que éste no comprenda la lengua francesa) y que ha respondido a sus preguntas, y si el documento se ha redactado en lengua inglesa, la redacción del documento debe acreditar que su función no se ha limitado a la certificación de la firma.

(81) MARTÍNEZ-GIL VICH, I.: 2007, pp. 448-450; GONZÁLEZ BOU, E.: 2009, pp. 75 y ss. Sobre los certificados notariales de capacidad de los representantes de una sociedad, cfr. BECKER, M., BÖSE, P.: 2009, pp. 375 y ss.

(82) BOLÁS ALFONSO, J.: 1992, p. 104.

Con ello se trata de que, al menos, el documento sea un documento fidedigno, de tal modo que el poder se admita cuando se hayan cumplido los requisitos y garantías exigibles por la ley del país en que se ha otorgado, calificando el documento para obtener la certeza de que el documento sería idóneo y suficiente en su país de origen para producir los efectos que se pretende produzca en el ordenamiento de destinación (83).

Con todo, el documento debe ofrecer unas garantías mínimas de autenticidad formal e integridad. No deben existir dudas en cuanto a la identidad y capacidad del otorgante, libertad de consentimiento y juicio de legalidad (84). No deben admitirse papeles u hojas sueltas que no garanticen la integridad del documento (85).

Por último, sin perjuicio de la forma de reseñar el documento de poder en la forma prevista en la legislación vigente, es conveniente incorporar a la matriz el original o testimonio del mismo (86).

En estos casos la doctrina justifica la inclusión de documento original porque, en principio, el documento carece de su condición de documento público, aunque cabrá atribuir o reconocer cierto carácter oficial, público o de autenticidad, a la diligencia de legitimación, pero el juicio del notario sobre la realidad del poder desemboca en que permite su incorporación al protocolo, le dota de cierta autenticidad y en base a ello “*el documento incorporado queda elevado y convertido en público*” (87), lo que permite que el documento no funcione aisladamente del documento que complementa. La elevación a público del documento aportado también se apoya en lo siguiente: “supuesto que si [el apoderado] está facultado para realizar determinados actos y negocios (comprar, vender, hipotecar o consti-

(83) ROJAS MONTES, L., *et al.*: 1988, pp. 172-173.

(84) MARTÍNEZ-BORSO LÓPEZ, J. V.: 1988, p. 333.

(85) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: 2002, p. 353, nota p.p.; RIVAS ANDRÉS, R.: 2005, p. 505.

(86) Así lo prevén de *lege data* las dos RR. DGRN de 29 mayo 2006, en relación con un poder inglés en que se deja abierto que “*en atención a las mencionadas características del documento extranjero reseñado, el Notario pueda, si lo estima conveniente (v. gr., para mejor conservación), unirlo a la solución prevista para los supuestos de elevación a instrumento público de acuerdos sociales de sociedades. En este caso se consigue que un documento privado expedido por personas a las que se ha atribuido la función certificante de actas o acuerdos sociales, se incorpore con la consiguiente calificación notarial a un instrumento público (arts. 107 y ss. RRM).*” (FJ 2).

(87) Según observa LORA-TAMAYO (1992, p. 37), en relación con el documento de poder extranjero no procede aplicar el artículo 166 RN, porque el documento aportado no es un documento público, de aquí que deba protocolizarse el original. Este proceder se justifica por analogía a la solución prevista para los supuestos de elevación a instrumento público de acuerdos sociales de sociedades. En este caso se consigue que un documento privado expedido por personas a las que se ha atribuido la función certificante de actas o acuerdos sociales, se incorpore con la consiguiente calificación notarial a un instrumento público (arts. 107 y ss. RRM).

En el supuesto de un poder general o registrado será más problemático o no procederá aplicar esta solución, y en caso extremo procedería testimoniarlo o recurrir a un poder consular.

tuir una sociedad), por mucha interpretación restrictiva que en tema de poderes se deba aplicar, debe entenderse igualmente facultado para realizar todos aquellos actos que estén directamente relacionados con ellos y que, en definitiva, sean presupuesto o requisito para su plena eficacia; o cuando menos para su inscripción en los registros públicos” (88).

La posibilidad de dicha incorporación está prevista con carácter facultativo en el artículo 98.3 Ley 24/2001, y en el artículo 166 *in fine* RN, que reproduce dicho apartado tercero, pero en este caso es conveniente su aplicación con el fin de colmar la laguna legal del supuesto que se examina, por analogía con otras soluciones, y para dotar de mayor seguridad jurídica la actuación representativa.

En definitiva, en relación en concreto con los poderes en el ámbito del Derecho internacional privado, y teniendo presente en su conjunto el complejo entramado legislativo que incide en esta cuestión, salvo criterio mejor fundado en Derecho, cabe señalar lo siguiente:

Las formas y solemnidades de los actos y contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen, y también serán válidos los celebrados con las formas y solemnidades de la ley aplicable a su contenido, los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes, pero si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez determinada forma o solemnidad, esta forma deberá aplicarse, incluso aunque el acto se otorgue en el extranjero (cfr. art. 11 CC).

El poder extranjero instrumentado con arreglo a las formas y solemnidades del país en que se otorgue o con arreglo a la ley personal del poderdante extranjero, será válido tanto en su aspecto material como formal; el poder también será válido cuando se adopten las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, pero si la ley reguladora del contenido de los actos o contratos exigiera para su validez una determinada forma o solemnidad, requisito de validez o eficacia formal, será siempre exigida, incluso en el caso de otorgarse el acto o contrato en el extranjero.

En el derecho interno, en el ámbito del tráfico jurídico privado y ordinario el mandato no está sometido a un requisito especial de forma; en

(88) MARTÍNEZ-BORSO LÓPEZ, J. V.: 1988, p. 333. Cfr., asimismo, CUEVAS CASTAÑO, J. J. (1988, p. 303), que recomienda la incorporación de un testimonio de tales poderes.

La protocolización del poder se halla igualmente prevista en el artículo 140 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal de México, de 28 marzo 2000: “Los poderes otorgados fuera de la República, una vez legalizados o apostillados, y traducidos, en su caso, por perito, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la Ley. Esto no es aplicable a los poderes otorgados ante Cónsules Mexicanos.”

la esfera notarial, con carácter general, los poderes que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero, formalmente, deben constar en documento público. En este ámbito, más que un problema sobre la validez de derecho material del poder, se trata de un requisito de prueba y de forma que está exigido por motivos de seguridad jurídica de la contratación y de protección de todos los intereses jurídicos en juego y que, además, incide especialmente en la legitimación del apoderado o representante para actuar con plena eficacia jurídica en dicho ámbito.

Por otra parte, a pesar de la exigencia de dicho requisito formal con carácter general, a modo de excepción, en ciertos supuestos y concurriendo determinadas garantías, la regulación vigente de derecho interno admite la eficacia de poderes o representaciones formalmente instrumentados en formas públicas u oficiales menores.

En defecto de emisión de una forma documental pública tal como la misma es conocida en los ordenamientos de tipo latino-germánico, estos últimos documentos pueden ser admitidos con tal de que quede debidamente acreditado quién lo ha emitido (fe de conocimiento o identidad), que implícita o explícitamente se deduzca que el poderdante ha sido debidamente informado y que es capaz para la emisión del poder (juicio de legalidad), y que en su formación intervenga un tercero que se responsabilice del documento y haga constar oficialmente, con arreglo a la legislación que le sea aplicable, la autenticidad de la firma de su emisor, y que, en su caso, el documento se aporte traducido, legalizado o apostillado.

En los instrumentos públicos otorgados por representante o apoderado, el notario autorizante debe reseñar y efectuar un juicio notarial de suficiencia del poder o documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada, y expresar, a su juicio, que dichas facultades representativas son suficientes para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico, y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas, harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario.

En todo caso, y a efectos de determinar su suficiencia, el documento auténtico aportado deberá reunir, en los términos examinados a lo largo de este trabajo, las garantías y requisitos internos y externos, subjetivos y objetivos, formales y materiales, adecuados al ámbito y finalidad para el cual está destinado. La incorporación del documento aportado o su completo testimonio a la escritura objeto del ejercicio de las facultades representativas, o con carácter previo o simultáneo, la elevación a público de aquél, pueden considerarse medidas idóneas y prudentes para evitar los

trastornos derivados de la imposibilidad de suplir su pérdida o destrucción y acreditar su existencia.

4. Cuestiones sobre la taxonomía y el contenido de los poderes anglosajones

4.1. Introducción.

En relación con la regulación legal de la representación voluntaria, la doctrina se refiere a la existencia de dos grandes modelos conceptuales: el modelo continental y el modelo de *common law*.

Ambos modelos coinciden en supeditar la posibilidad de que la actuación del representante afecte a la esfera jurídica del representado a la existencia de un poder de representación, a la actuación del representante dentro de los límites del poder, y a que su intervención se haga *contemplatio domini*, o sea, en nombre del representado, pero en el modelo de *common law* se admite que el representante pueda vincular al representado incluso en los supuestos en que aquél no intervenga en nombre de este último, con tal que el tercero al contratar con el representado o en un momento posterior, tenga conocimiento de que la intención última del representante no era la de afectar la posición jurídica de éste, sino a la del representado.

El modelo de derecho continental ofrece dos variantes. En el modelo francés existe una identificación de la relación subyacente entre el poder de representación y el contrato base, considerándose el poder como un efecto del contrato de mandato; en el modelo alemán existe una nítida separación entre ambos y el poder de representación se configura como acto puramente unilateral (89).

El modelo de *common law* sobre poderes parte de una clara identificación entre el poder y el contrato base. La “agency” se define como la relación que surge cuando una persona (*principal*) autoriza a otra (*agent*) para actuar por su cuenta y ésta lo acepta. La relación existente es dual: por un lado, existen derechos y obligaciones internos entre el *principal* y el *agent*; por otro lado, existe un poder externo (*external authority*) del *agent* para poder generar vínculos jurídicos contractuales entre el *principal* y la *third party*. También se admite que el poder del *agent* no derive del contrato entre *principal* y *agent*, sino de un acto unilateral de otor-

(89) RUEDA VALDIVIA, R.: 2009, pp. 281-282.

gamiento de poder que puede ser totalmente independiente de cualquier contrato entre aquéllos (90).

En el derecho anglosajón la terminología utilizada en relación con las palabras “poderdante”, “otorgante”, “principal”, “representado” “dueño del negocio” o “mandante”, recibe la denominación de *donor* (en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte), *grantor* (en Escocia), y *principal* (en Estados Unidos). Las expresiones “apoderado”, “poderhabiente”, “representante” o “mandatario”, generalmente se designan como *attorney* o *donee* en Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, y *agent* o *attorney-in-fact* en Estados Unidos (91).

Entre otras acepciones posibles, el concepto de “power of attorney” es el siguiente: “*an instrument containing an authorization for one to act as the agent of the principal that terminates esp. upon revocation by the principal or death of the principal or agent (called also letter of attorney)*” (92).

El poder general u ordinario y el poder especial tienen, respectivamente, la denominación y contenido siguientes:

a) “*general power of attorney* o *GPA*”. Se trata de “*a power of attorney authorizing the agent to carry on business or an enterprise for the principal*”;

b) el “*special power of attorney*”, que consiste en “*a power of attorney authorizing the agent to carry out a particular business transaction for the principal*”.

El poder irrevocable se designa como “*irrevocable power of attorney: a power of attorney that cannot be revoked by the principal*”.

Otras modalidades posibles de poder que responden a supuestos o figuras igualmente presentes en el derecho español y europeo, son las que se refieren al “*durable power of attorney*” (apoderamiento preventivo): “*a power of attorney that becomes effective upon the principal's becoming incompetent or unable to manage his or her affairs and that is often used as a form of advance directive*”. Este poder debe distinguirse del “*living will*” o documento de voluntades anticipadas impropriadamente denominado testamento vital, que consiste en: “*a document in which the signer indicates preferences or directions for the administration and esp. the withdrawal or withholding of life-sustaining medical treatment in the event of terminal illness or permanent unconsciousness*”. Ambas clases de docu-

(90) RUEDA VALDIVIA, R.: 2009, p. 283; PUIG BRUTAU, J.: 1982, tomo II, volumen II, p. 403.

(91) VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, E.: 2009, pp. 1-2.

(92) < <http://dictionary.lp.findlaw.com/scripts/results.pl?co=dictionary.lp.findlaw.com&topic=e4/e4982d4d1d164fe4ce207d126f78b047> >

mentos se incluyen en la expresión “*advance directive*”, que consiste en “*a document (as a living will or durable power of attorney) in which a person expresses his or her wishes regarding medical treatment in the event of incapacitation*”.

En los apartados siguientes se hará una referencia a los poderes otorgados en Inglaterra y Gales y en Estados Unidos.

4.2. Los poderes en Inglaterra y Gales.

En el derecho inglés el mandato o poder puede concederse de forma informal o verbalmente, pero el otorgamiento formal de un poder puede ser necesario para que el agente pueda actuar en sus relaciones jurídicas con los terceros o las autoridades. En estos casos “*there can be no better evidence than a power of attorney and often it will prove to be the only evidence acceptable*” (93).

Las fuentes legales más importantes sobre poderes son las siguientes: la *Powers of Attorney Act* (94) (1971), la *Trustee Delegation Act* (95) (1999), y la *Mental Capacity Act* (96) (2005). Según la *Powers of Attorney Act*, el poder debe otorgarse en forma de “*deed*”. En su concepción tradicional, el *deed* o *act under seal* (también llamado *covenant* o *speciality*) consiste “en un documento firmado, sellado y entregado: *signed, sealed and delivered*. En esto consiste la forma. La ceremonia de poner el sello y entregar el documento indica que la persona se identifica con su *deed* (con su acto) y compromete con ello la propia personalidad”. No obstante, actualmente, el requisito del sello no es necesario siempre que quede clara la voluntad de emitir el documento como *deed* (97).

Con arreglo a la doctrina, el “*power of attorney*” consiste en “*a deed by which one person authorises another to act in his behalf and in his name as his attorney, either generally or in a particular matter*” (98).

(93) READY, N. P.: 2009, p. 150.

(94) < http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1971/cukpga_19710027_en_1 >

(95) < http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/ukpga_19990015_en_1.htm >

(96) < http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050009_en_2 >

(97) GORLA, G.: 1959, I, p. 476. Así se prevé para Inglaterra y Gales en la “*Law of Property Act* de 1989 (Miscellaneous Provisions)” y normas posteriores que han anulado el requisito del sello para el emisor o emisores del documento, respecto de cualquier soporte en que éste se emita, siempre que quede claro en el propio documento que se trata de un *deed*. En la esfera registral, la transferencia de inmuebles debe contener la frase “*signed as deed*” y la normativa reguladora prevé un listado no exhaustivo de documentos a los que se concede el tratamiento de *deed*.

< http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890034_en_1 >

< http://www.landregistry.ie/eng/Practice_Directions/Registration_of_deeds_and_title_act_2006.pdf >

(98) READY, N. P.: 2009, p. 145, que advierte que en el presente caso “*Deed*”, “*should be*

En Inglaterra y Gales existen dos tipos fundamentales de poder: el GPA y el LPA (99):

— El GPA (*general power of attorney*) es un poder general u ordinario, en el que se suelen conferir amplias facultades al apoderado para que pueda actuar en los temas relativos a la propiedad y asuntos financieros (*property and financial affairs*) del poderdante, excluyendo los referentes a su bienestar personal (*personal welfare*), pudiendo estar limitado o limitarse a determinado período de duración. Entre otras causas, esta clase de poderes quedan extinguidos en el supuesto de incapacidad mental del poderdante (*if the Donnor becomes mentally incapable/in the event of the Donnor becoming mentally incapable*).

— En cambio, el LPA (*lasting power of attorney*) es un poder que permite que el apoderado tome decisiones en situaciones en que el poderdante no pueda decidir por sí mismo. Su reconocimiento se halla en la “*Mental Capacity Act*” de 7 de abril de 2005. Con arreglo a esta norma legal, el *lasting power of attorney* (LPA) “*allows a person to appoint an attorney to act on their behalf if they should lose capacity in the future. This is like the current Enduring Power of Attorney (EPA), but the Act also allows people to let an attorney make health and welfare decisions*” (100).

El artículo 9, apartado 1, de la norma citada se refiere a esta clase de poder en los términos siguientes (101):

“Lasting powers of attorney.

(1) A lasting power of attorney is a power of attorney under which the donor (“P”) confers on the donee (or donees) authority to make decisions about all or any of the following—

(a) P’s personal welfare or specified matters concerning P’s personal welfare, and

(b) P’s property and affairs or specified matters concerning P’s property and affairs, and which includes authority to make such decisions in circumstances where P no longer has capacity”.

understood here not only in technical sense in which is used in the law of England and Wales and other common law jurisdictions, but as meaning also, as regards civil law jurisdictions, any instrument of a formal nature”.

(99) Solamente se procederá a una descripción sumaria de estos poderes. Existen regulaciones propias en Escocia e Irlanda del Norte. Más ampliamente, en VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, E.: 2009, pp. 6 y ss.

(100) READY, N. P.: 2009, pp. 175-177.

< http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Bulletins/theweek/chiefexecutivebulletin/DH_4108436 >

(101) < http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/ukpga_20050009_en_2#pt1-pb3 >

Del concepto legal de LPA se desprende la existencia de dos posibles modalidades de poder:

a) El LPAPA (o LPAP&A), acrónimo de *lasting power of attorney property and affairs*, que faculta al apoderado para que adopte decisiones sobre la propiedad y los asuntos financieros, y,

b) El LPAPW, acrónimo de *lasting power of attorney personal welfare*, que faculta al apoderado para que tome decisiones relativas a su salud o bienestar personal.

Las facultades conferidas podrán revocarse y modularse especificando si el poder debe considerarse eficaz desde el mismo momento en que se registre o bien se condiciona su eficacia hasta el momento en que el apoderado pierda su capacidad para actuar (102).

Otras clases de poder menos conocidas son las dos siguientes: a) el *enduring power of attorney* (EPA). Este poder no se puede otorgar a partir del 1 de octubre de 2007, pero los formalizados con anterioridad a esta fecha mantienen su vigencia. Se trata de poderes que no quedaban revocados por la incapacitación del poderdante siempre que al producirse esta circunstancia el poder se hubiera registrado en la *Court of Protection* o tribunal de incapacitaciones; y, b) el *trustee power of attorney*, que consiste en un poder en el que una persona lega parte o la totalidad de un fideicomiso y establece sus facultades. Este poder suele caducar al año de su otorgamiento (103).

Las facultades conferidas en el poder deben interpretarse en sentido estricto de acuerdo con la finalidad general o propia buscada con su otorgamiento. Por otra parte, aunque el poder esté redactado en forma amplia y se refiera a facultades referentes a la administración de bienes inmuebles, el poder para solicitar dinero a préstamo con garantía hipotecaria debe constar de modo expreso, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que en el supuesto de una actuación representativa extralimitada ulteriormente el principal pueda ratificar dicha actuación (104). Según señala la doctrina, “*Every power intended to be exercised should therefore be*

(102) VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, E.: 2009, pp. 9-18.

(103) VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, E.: 2009, pp. 6-7.

(104) *LEWIS V. RAMSDALE* (1886), 55 L. T. 179 (READY, N. P.: 2009, pp. 157-158 y 162). No obstante, cuando el poder se concede al amparo de lo previsto en el Sección 10 de la *Powers Attorney Act 1971* (*statutory general form of power of attorney*), las facultades conferidas deben entenderse *in extenso*, pero la doctrina no recomienda esta clase de otorgamiento para los poderes que deban surtir efecto en el extranjero. Si a pesar de ello, se utilizara este procedimiento, el *common law notary* debe adicionar al documento de poder un sello oficial de la “*Powers Attorney Act 1971*”.

conferred in express terms, especially when the power of attorney is to be used in a foreign country” (105). Cuando un poder se concede a dos o más personas, el poder debe ejercitarse conjuntamente a menos que el poder expresamente autorice para actuar separadamente (106).

4.3. Los poderes en Estados Unidos.

En los Estados Unidos la regulación de los poderes puede variar de un estado a otro y sus requisitos de contenido y forma pueden ser muy diferentes. En determinados estados los poderes pueden ser extremadamente detallados, mientras que en otros solamente existen vagos parámetros.

En un gran número de supuestos los poderes se otorgan por medio de un formulario prerredactado en el que aparece descrito un amplio listado de facultades, limitándose el otorgante a completar los datos que se piden, fundamentalmente, nombre y apellidos del poderdante y del apoderado, y a marcar las facultades que concede, dejando en blanco o tachando el resto de las facultades que no desea conceder. El poder debe firmarse por el otorgante y, en su caso, la firma de éste puede ser legitimada notarialmente.

Los poderes pueden ser generales o especiales. En este segundo caso, el poder puede referirse a un asunto en concreto o a determinados supuestos o esferas de interés para el poderdante (poder mercantil; para pleitos; para actos inmobiliarios; para asuntos patrimoniales; para contratación bursátil; para asuntos bancarios y financieros; para actuar en el comercio y giro y tráfico de un establecimiento mercantil; de agencia o correduría de seguros; para constituir *trusts* y fideicomisos; para cuidados sanitarios y bienestar personal; poderes preventivos; etc.).

Con el fin de dotar de cierta uniformidad en la redacción, forma y efectos de los poderes y facilitar su adopción por los diversos estados de la Unión, existen las siguientes regulaciones generales:

a) La “*Uniform Statutory form Power of Attorney Act*” de 1988. Se trata de un texto redactado por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes Estatales, que fue aprobado y recomendado para su adopción en todos los estados de la Unión, según acuerdo adoptado en la conferencia anual de 1988 y posteriormente recibió el beneplácito de la *American Bar Association* en 1989 (107). Esa regulación está

(105) READY, N. P.: 2009, p. 157.

(106) READY, N. P.: 2009, p. 157.

(107) “*Uniform statutory form power of attorney act*”, drafted by the “*National Conferen-*

inspirada en los modelos de poder utilizados en los estados como California, Illinois, Minnesota y Nueva York.

Según el modelo de poder previsto en dicha Ley Uniforme, debe constar la fecha y estar firmado al pie por el poderdante, expresándose el estado y condado que corresponda. En su caso, el poder también debe contener la firma (y sello) del “*notarial officer*”, su título y a efectos de acreditar la vigencia de su autorización, la fecha de caducidad de su patente profesional.

b) La “*Uniform Power of Attorney Act*” de 2006 (108) (en acrónimo, UPOAA), igualmente redactada por la Conferencia de Comisionados sobre Leyes Uniformes Estatales, es el texto que reemplaza la normativa antes citada. Este texto es mucho más completo y también pretende lograr cierta uniformidad o armonización en materia de poderes. La necesidad de este texto se justifica porque muchos estados de la Unión han incorporado numerosas regulaciones no uniformes, causando la consiguiente divergencia y confusión. El texto se refiere a una serie de cuestiones referentes al marco general e interpretativo de los poderes, las relaciones entre poderdante y apoderado y las líneas directrices para prevenir su uso abusivo, los supuestos de extinción del poder y las clases de poder más usuales y sus efectos. El texto comprende cuatro artículos, cada uno de ellos compuesto por numerosas secciones (109).

Según dicha norma, “*Power of attorney*” significa “*a writing or other record that grants authority to an agent to act in the place of the principal, whether or not the term power of attorney is used*” (Sección 102, núm. 7).

En esta normativa se presta especial atención al “*durable power of attorney*”, que consiste en una modalidad de poder que mantiene su vigencia a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante. La regulación pretende tutelar los intereses del poderdante, del agente designado y de quienes contratan con él (110).

ce of Commissioners on Uniform State Laws” (NCCSL) and by it approved and recommended for enactment in all the states at its annual conference meeting in its ninety-seventh year in Washington, d.c., july 29–august 5, 1988, approved by the American Bar Association, august 9, 1989.

< <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/usfpaa88.pdf> >

(108) “*Uniform Power of Attorney Act*” drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the states at its annual Conference meeting in its one-hundred-and-fifteenth year, South Carolina, july 7-14, 2006.

< <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/dpoaa/2006final.htm> >

(109) “*The Act consists of 4 articles. The basic substance of the Act is located in Articles 1 and 2. Article 3 contains the optional statutory form and Article 4 consists of miscellaneous provisions dealing with general application of the Act and repeal of certain prior acts.*”

(110) WHITTON, L. S.: 2009.

La Ley uniforme establece determinadas pautas interpretativas sobre el ámbito de las facultades conferidas por el poderdante. Según la Sección 203, salvo que al conceder el poder, el poderdante haya dispuesto de otro modo, los poderes acogidos a lo previsto en las Secciones 204 a la 217 o que autoricen al agente para actuar según la Sección 201.C, facultan para realizar un amplio conjunto de actos de administración y disposición, entre ellos, los referentes a la transmisión de inmuebles y la constitución de toda clase de derechos reales, incluido la constitución de hipotecas. Asimismo, cuando el poder se concede en relación con la “*real property*” (Sección 204), el poder incluye la realización de dichos actos o negocios.

Por lo que se refiere a la legitimación de la firma del otorgante del poder, el artículo 1, Sección 105 (*Execution of power of attorney*), establece que “*A power of attorney must be signed by the principal or in the principal’s conscious presence by another individual directed by the principal to sign the principal’s name on the power of attorney. A signature on a power of attorney is presumed to be genuine if the principal acknowledges the signature before a notary public or other individual authorized by law to take acknowledgments*”.

En el comentario de este texto la Comisión señala que la “notarización” de la firma del principal no es precisa para la validez del poder, pero lo establecido en dicha Sección “*strongly encourages the practice by according acknowledged signatures a statutory presumption of genuineness*”.

La recomendación de esta intervención notarial tiene en cuenta las prevenciones existentes sobre los poderes en documento privado, debido a su falta de garantías y la desconfianza y abusos que pueden motivar, lo que en la práctica conlleva el riesgo de que los terceros que deben contratar con el apoderado los rechacen porque no tienen certeza suficiente sobre la veracidad del poder. Por ello, en muchos estados suele preverse la necesaria intervención de testigos y o la legitimación notarial de la firma del poderdante. Por otra parte, para corroborar la vigencia del poder conferido, existe el documento denominado “*Agent’s certification of the validity of power of attorney and agent’s authority*”, que consiste en una declaración escrita firmada por el apoderado con legitimación notarial de su firma en la cual el apoderado declara bajo su responsabilidad la vigencia del poder que tiene conferido. Este documento se suele utilizar cuando se desea que determinada institución o entidad financiera acepte los actos llevados a cabo por el apoderado a efectos de atribuirle las responsabilidades correspondientes ante posibles incidencias de todo orden achacables a la representación alegada.

La legitimación notarial de la firma viene especialmente exigida cuando el poder se refiere a derechos reales inmobiliarios. En el Comentario

a la Sección 105, la Conferencia afirma lo siguiente: “*Furthermore, because Section 119 (Acceptance of and reliance Upon Acknowledged Power of Attorney) and alternative Sections 120 (Alternative A—Liability for Refusal to Accept Acknowledged Power of Attorney, and Alternative B—Liability for Refusal to Accept Acknowledged Statutory Form Power of Attorney) do not apply to unacknowledged powers, persons who are presented with an unacknowledged power of attorney may be reluctant to accept it. As a practical matter, an acknowledged signature is required if the power of attorney will be recorded by the agent in conjunction with the execution of real estate documents on behalf of the principal*”.

Respecto de la validez del poder, la Sección 106 dispone que el poder es válido si se ha otorgado conforme a lo previsto en la Sección 105, y salvo que se prevea lo contrario o exista otra ley que afecte al ejercicio de las facultades conferidas, extiende su validez formal del poder original a las fotocopias y transmisiones electrónicas del mismo (111).

En el comentario a esta Sección y como ejemplo de un norma que contradice dicha presunción, se hace referencia a las leyes sobre registros inmobiliarios y se afirma que según el “Restatement (Third) of property (Wills & Don Trans.), apartado 6.3 cont (2003)”, para registrar una escritura “*some states require that the document of transfer be signed, sealed, attested, and acknowledged*”(112). Sin embargo, la presunción tampoco limita la posibilidad de impugnar la validez del poder por causa de “*forgery, fraud or undue influence*”.

Estas prevenciones y advertencias evidencian las debilidades inherentes a la falta del documento público y de las garantías y presunciones legales que de ello resultan, flaquezas que son de sobra conocidas en la doctrina. Para solventar los fallos del sistema –que los tiene y pueden ser considerables– y conferir cierta seguridad económica, y no jurídica, a las

(111) En nuestro derecho, cfr. artículos 267, 268.2 y 334 LEC y 1220-1224 CC. En la esfera procesal, si el documento se presenta en copia simple o fotocopia y no se impugna tendrá el valor probatorio del documento original. Si se impugna procede la aportación del original o copia auténtica o el cotejo con el original; si no se dispone de original el valor probatorio de la fotocopia se determinará según las reglas de la sana crítica teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas. En los documentos electrónicos, cfr. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica y artículos 299 y 384 LEC y en el derecho notarial, artículo 17 bis LN. En el ámbito registral las fotocopias no son documento auténtico (RDGRN 4 noviembre 2008).

(112) En dicho sistema “el reconocimiento convierte en *auténtico* –*authentic*–, el documento, término que no hay que entender en el sentido de que produce los efectos propios de la autenticidad o fe pública latinas, que son desconocidas en el sistema anglosajón, sino en el sentido de que ese documento es el *verdadero* y debe distinguirse de otro documento aparentemente idéntico. *It may be easily distinguished from another seeming identical document*” (V. FONT BOIX *et al.*, 1984, pp. 233-234).

transacciones inmobiliarias, es preciso recurrir a un seguro de títulos –que como es igualmente conocido no siempre garantiza el riesgo concreto que puede presentarse–, y sin que en todo caso quede garantizada la solvencia de la entidad aseguradora (113).

Por lo que se refiere al modelo de poder, en síntesis, se siguen y mejoran las orientaciones indicadas anteriormente. Los modelos propuestos en la UPOAA prevén que los datos referentes al poderdante sean más completos, al incluir la dirección postal y otros datos como el número de teléfono del poderdante. En el modelo también se prevé la intervención notarial y en la parte final del poder está previsto que pueda hacerse constar el nombre de la persona que ha preparado el documento. Según la modalidad de poder, puede precisarse la intervención, a mayores, de dos testigos (114).

Entre las modalidades más usuales de poder, la doctrina se refiere a los siguientes supuestos (115):

a) “*General power of attorney*”. En este poder se conceden facultades generales y amplias, y suele incluir un listado de actos de disposición y administración para que el poderdante pueda modular el contenido del poder. El poder se extingue si el poderdante queda incapacitado, lo que no sucede en el supuesto del denominado “*Durable power of attorney*” (116).

(113) Cfr., *a. e.*, BRANCÓS NÚÑEZ, E., 2008, pp. 63 y ss.

Para hacer frente a los frecuentes fraudes de suplantación de personalidad que se vienen produciendo en las transacciones inmobiliarias, el estado de Illinois ha dispuesto que a partir de 1 de junio de 2009, los *notary public* deberán llevar un registro de legitimaciones de firmas (*notarial record*), en el que, entre otros datos, deben constar los datos personales de identificación de los intervinientes en dichos contratos y su huella digital. La norma dispone lo siguiente: “the Document of Conveyance (including an agent acting on behalf of a principal under a duly executed power of attorney), whose signature is the subject of the notarial act, to place his or her right thumbprint on the Notarial Record. If the right thumbprint is not available, then the notary shall have the party use his or her left thumb, or any available finger, and shall so indicate on the Notarial Record. If the party signing the document is physically unable to provide a thumbprint or fingerprint, the notary shall so indicate on the Notarial Record and shall also provide an explanation of that physical condition. The notary may obtain the thumbprint by any means that reliably captures the image of the finger in a physical or electronic medium” (Public Act 095-0988).

(114) Los modelos previstos en el UPOAA se hallan en el artículo 3 (*Statutory Forms*).

(115) VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, E.: 2009, pp. 26 y ss.

(116) En lo que se refiere al poderdante, las causas de extinción del poder (Sección 110) son las siguientes: “(a) A power of attorney terminates when:

- (1) the principal dies;
- (2) the principal becomes incapacitated, if the power of attorney is not durable;
- (3) the principal revokes the power of attorney;
- (4) the power of attorney provides that it terminates;
- (5) the purpose of the power of attorney is accomplished; or

b) “*Limited*” o “*Unlimited power of attorney*”. Según se desprende de su denominación, se trata de poderes limitados o generales que pueden comprender una, varias o toda clase de facultades dispositivas excepto en lo que se refiere a las cuestiones referentes al tratamiento y asistencia sanitaria.

c) “*Healt care power of attorney*”. Se trata de un documento regulado por primera vez en el estado de California (1983) y adoptado en otros estados de la Unión. También se halla previsto en la Ley federal “*Patient Self Determination Act 1990*”. Se trata de autorizaciones que facultan al “*Healt Care Agent*” o “*Healt Care Proxy*” designado por el otorgante, para la toma de decisiones en relación con los cuidados y tratamientos sanitarios que el poderdante debe recibir tras la declaración de su incapacidad. Este documento tiene una finalidad distinta del “*living will*”, que se centra en las determinaciones a adoptar en el supuesto de enfermedades terminales (*terminal illnesses*) o estados de inconsciencia permanente (*permanent unconsciousness*). Por último,

d) “*All-in-one power of attorney*”. Este poder está previsto en ciertos estados y permite que el apoderado designe en un solo documento a una o más personas como apoderados tanto para los asuntos patrimoniales como para los que se refieran a los cuidados médicos y de salud (*living will*).

5. Los poderes extranjeros en la doctrina de la DGRN

En la doctrina de la DGRN cabe referirse a las siguientes Resoluciones:

5.1. Resolución DGRN de 11 junio 1999 (Poder-diligencia alemán).

En esta Resolución el Centro Directivo debía pronunciarse sobre la validez de un poder conferido por la esposa del vendedor, quien justificó sus facultades representativas mediante un documento mecanografiado firmado por la poderdante y en el que figuraba una diligencia de legalización de la firma estampada en forma ológrafa ante notario alemán. La registradora rechazó la eficacia del poder al considerar que se trataba de

(6) the principal revokes the agent’s authority or the agent dies, becomes incapacitated, or resigns, and the power of attorney does not provide for another agent to act under the power of attorney”.

una simple autorización con firma legitimada que no podía incardinarse en el ámbito de los poderes previstos en el artículo 1280 CC.

La DGRN no cuestiona la validez (arts. 11 y 1278 CC) del poder-diligencia (*Beglaubigung*) y dice que esta problemática debe encauzarse a través del artículo 12.1 CC, comprobando si dicha forma reúne los dos requisitos básicos que exige el artículo 1216 CC: que el funcionario público autorizante sea titular de la función pública de dar fe, y, que se hayan observado las solemnidades requeridas por la ley (identificación suficiente del otorgante y juicio de capacidad del otorgante, que puede considerarse efectuado de modo implícito).

No obstante, la DGRN deja abierta la posibilidad de que por medio del conocimiento suficiente de la legislación extranjera, pudiera llegarse a otra conclusión, lo que hubiera precisado que notario y registrador, si no tienen conocimiento suficiente de la ley extranjera, hubieran solicitado, por ejemplo, una certificación consular sobre el valor del documento presentado (117), pero al no prejuizarse esta cuestión en el recurso, la Dirección General concluye que *“pudiera ser [...] que al mediar la identificación de su otorgante y poder estar implícito el juicio de capacidad, la diligencia notarial en él extendida cumpliría las solemnidades exigidas por la ley alemana para considerar el repetido poder como documento público”*.

Al comentar esta Resolución, la doctrina puso de relieve que aunque en el documento en cuestión el juicio de identidad aparecía de modo claro, no ocurría lo mismo con el juicio de capacidad, que no se consignaba de modo expreso, pero como sea que hay ordenamientos en que se presupone que si el fedatario autoriza un documento es porque tácitamente juzga que el otorgante es capaz, en estos casos “habrá que acreditar que así ocurre en el Derecho alemán” (118). Por otra parte, las exigencias previstas por la Dirección General son de mínimos y excesivamente benévolas, aunque en el presente supuesto tal levedad acaso pueda justificarse en que la Dirección General “se ocupa no de una compraventa sino de un poder (el poder extranjero no se inscribe sino que habilita la inscripción del documento español)” (119).

5.2. Resolución DGRN de 21 abril 2003 (Poder-diligencia alemán).

Se trataba de otro poder-diligencia en que el notario alemán expresaba que las firmas de los poderdantes habían sido puestas a su presencia bajo un texto redactado en lengua española manifestando el notario des-

(117) ÁVILA NAVARRO, P.: 2003, p. 1619.

(118) NAVARRO VIÑUALES, J. M.^a: 1999.

(119) NAVARRO VIÑUALES, J. M.^a: 1999 y análogamente en RIVAS ANDRÉS, R., 2005, p. 507.

conocer dicho idioma. La DGRN se remite a la doctrina de la Resolución de 11 de junio de 1999, y en esta ocasión examina la regulación de derecho alemán, según la cual, el poder puede otorgarse en dos tipos de documentos públicos: el equivalente a nuestra escritura pública y el que pudiera llamarse “poder diligencia”, que en el derecho alemán es apto para herencias y para provocar la inscripción en los registros públicos.

Según la doctrina de la Dirección General, que, a mi parecer, dada la importancia del supuesto, debería haber examinado esta cuestión más ampliamente, en ambos casos, el notario alemán debe asegurarse de la capacidad de los que firman, sin que se exija la constancia expresa de este juicio. Si el poder va destinado al extranjero, la escritura pública puede redactarse en idioma no alemán si el notario lo conoce, pero esta exigencia no se impone en el poder diligencia, con lo cual, en este segundo caso, el notario no tiene obligación de examinar el documento para ver si alguna falta impide su intervención. Según resulta de la doctrina de la Dirección General, esta clase de “poder-diligencia” parece configurarse como una especie de *tertium genus* entre la escritura pública y el documento privado con firmas legitimadas, de aquí que haga patente la distancia que media entre esta clase de documento y el documento privado legitimado, y considere que el primero cumple mayores requisitos de legalidad, dado que el notario sí parece asumir responsabilidad por su contenido, y su autorización lleva implícita la apreciación de la capacidad (120).

Sin embargo, a partir de un examen más detenido de la legislación alemana, la doctrina ha criticado el acierto de esta Resolución, porque al confesar el notario desconocer el idioma en que estaba redactado el documento, el supuesto se aproxima a una simple legitimación de firmas (121). En el derecho notarial alemán la legitimación notarial de firmas se halla prevista en la Ley de la Documentación Pública (LDP) –*Beurkundungsgesetz*–. La legitimación de firmas, que se admite solamente para el supuesto de que la firma “sea puesta o reconocida ante notario” (art. 40.1 LDP), no parece implicar, de modo directo, que el notario haya examinado el contenido del documento, ni que haya emitido un juicio de capacidad, ya que a tal fin el artículo 40 LDP remite a la regulación prevista en el artículo 10 para las escrituras sobre “identificación de las partes”, pero no lo hace al artículo 11, que regula “la constatación sobre la capacidad de obrar”, si bien el artículo 40.2 establece que “el notario solamente

(120) GÓMEZ TABOADA, J.: 2009, pp. 85-86.

(121) ANDRINO HERNÁNDEZ, M., 2004, pp. 1421 y ss., que entiende que la solución es asimismo contraria al axioma que se desprende del artículo 1280.5º CC.

necesita el documento para comprobar si existen razones para denegar su capacidad profesional”.

En suma, en el ámbito examinado, por congruencia con el principio general existente en nuestro derecho interno y por razones de equivalencia, seguridad del tráfico jurídico y eficacia, máxime cuando se trate de documentos procedentes de países pertenecientes al notariado latino-germánico, cabe concluir que siempre será preferible y aconsejable que el poder conste en una escritura pública y así conviene proceder, pero con arreglo al contenido de las Resoluciones indicadas, la doctrina también ha puesto de relieve que, si el notario autorizante identifica a los comparecientes y procede a la legitimación de sus firmas, cabe entender “que hay un juicio favorable «implícito» de capacidad, o dicho de manera más suave: se crea un estado de confianza de que el notario no ha puesto «tacha de incapacidad»”(122).

5.3. Resolución DGRN de 23 mayo 2006 (Caso Royal Air Maroc).

En esta Resolución se cuestionaba la eficacia de un apoderamiento otorgado en el Reino de Marruecos en un documento privado de delegación con firmas legitimadas por el Departamento de legalización de firmas de una Administración territorial, en el que constaban las oportunas legalizaciones consulares (123).

La Dirección General señala que no procede resolver el problema suscitado a partir de las reglas del artículo 11 CC, norma que solamente se refiere a las cuestiones de validez de las distintas formas en el ámbito del DIPr., en armonía, por cierto, con el principio de libertad de forma de los contratos (arts. 1278 y ss. CC), sino que en el presente caso se trata de precisar el problema concreto de la aptitud de un documento extranjero en relación con los requisitos de forma pública exigida en materia registral, por lo que esta cuestión debe encauzarse por la vía del artículo 12.1 CC, que exige una labor previa de calificación debiendo comprobarse si concurren en el caso examinado las exigencias básicas previstas en el artículo 1216 CC: Que el autorizante sea el titular de una función pública de dar fe en la esfera judicial o en la esfera extrajudicial y que se hayan cumplido las “solemnidades requeridas por la Ley” (art. 1216 CC): identificación suficiente del otorgante (fe de conocimiento o juicio de identi-

(122) RIVAS ANDRÉS, R., 2005, p.509, ANDRINO HERNÁNDEZ, M., 2004, pp. 1421 y ss.

(123) La diligencia consistía en un sello con el contenido siguiente: “Sello de Administración territorial, departamento de legalización de firmas, legalizando la firma de Mohamed Hassad, con fecha 22 de abril”.

dad) y apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), sin que la no constancia documental del juicio de capacidad implique que éste no haya existido, ya que puede considerarse implícito en la autorización notarial, lo que también puede ocurrir en aquellos documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad.

En el caso examinado, concluye la Dirección General que los expresados requisitos no se cumplen por tratarse de “*una simple autorización con firma legitimada, sin que se le haya probado al funcionario calificador, que los documentos aportados sean equivalentes a una Escritura de poder notarial española (cfr. Resolución de 19 de febrero de 2004) (124)*” (FJ 2).

A mi entender, la doctrina de esta Resolución no contradice la doctrina establecida en las Resoluciones de 11 de junio de 1999 y 21 de abril de 2003, y evidencia que no es fácil establecer reglas fijas, debiendo examinarse las formalidades del documento de poder presentado en cada caso (125).

A modo de inciso, cabe señalar que en el derecho marroquí y en otros países de derecho musulmán existen notariados modernos de tipo latino-germánico que, en ocasiones, conviven con otras instituciones de naturaleza confesional. Por otra parte, la doctrina sitúa el origen remoto de la función notarial en el propio Corán (Sura 282) (126). La competencia de los notariados adulares se centra fundamentalmente en las relaciones confesionales referentes al estatuto personal, pero junto a este notariado, también puede darse la presencia de notariados modernos, algunos de ellos integrados en la UINL (127), que pueden intervenir en los actos civiles y mercantiles.

Como ejemplo de pluralidad de instituciones notariales en un Estado confesional cabe citar el régimen vigente en el Reino de Marruecos. En

(124) La Resolución citada se refiere a la prueba del derecho extranjero y señala que en nuestro Derecho el que alega una legislación extranjera debe probarla.

(125) Cfr. comentario a la Resolución de 23 mayo 2006 (JAGV), en < www.notariosyregistradores.com >

(126) En esta Sura [Sura 2, Parte 5.ª, Al-Baqara (La Vaca)], puede leerse lo siguiente: “(282) ¡Oh vosotros que habéis llegado a creer! Cuando contratéis un préstamo [esta expresión abarca a toda transacción de base crediticia o a una operación comercial] por un plazo determinado, ponadlo por escrito. Y que un escribano lo redacte con equidad para ambas partes; y que el escribano no se niegue a escribir como Dios le ha enseñado: [es decir de acuerdo con las leyes promulgadas en el Corán] que escriba pues, y que le dicte quien contrae la deuda [de esta forma la formulación de la deuda se deja a la parte más débil]; y que sea consciente de Dios, su Sustentador, y no menoscabe en nada su compromiso...”. < <http://www.webislam.com/?idc=796> >

(127) Por ejemplo, Argelia, Marruecos y Turquía.

síntesis, en este país coexisten tres clases de estatuto personal y tres clases de notariado (128).

En el derecho marroquí no existe una unidad legislativa en materia de estatuto personal y sucesorio, dependiendo la aplicación de cada estatuto personal de la pertenencia confesional o nacionalidad de los interesados. Cualquiera que sea su nacionalidad, los musulmanes residentes en dicho país se rigen por la ley musulmana (*moudawana*); los judíos marroquíes se rigen por el derecho hebraico local; y los extranjeros no musulmanes (católicos, etc.) se rigen por la ley correspondiente a su estatuto personal, especialmente en lo que tiene que ver con el derecho patrimonial familiar.

Por lo que se refiere al *notariado confesional*, existen tres subformas distintas: *a)* el notariado adular, regido por la ley coránica, que es competente en relación con los asuntos confesionales de los musulmanes; *b)* el notariado rabínico, que es competente en los asuntos religiosos de los judíos de nacionalidad marroquí o de origen marroquí, que es ejercido por los *soffrims* y es homologado por el juez hebraico; y, *c)* el notariado de tipo latino, que es competente respecto de los asuntos de los no musulmanes y no judíos y tienen a su cargo la redacción de actos y contratos.

Por lo que respecta al *notariado* en el ámbito del *derecho civil*, también existen tres subformas: *a)* los *adules*, que en este ámbito son competentes en los actos referentes al derecho de familia y sucesiones (129), transacciones inmobiliarias sobre bienes no inscritos y constitución de hipotecas; *b)* los notarios de derecho civil, que tienen competencia en materia de sociedades civiles y mercantiles, empresarios individuales, actos de comercio, transacciones de bienes inmuebles inscritos en los registros públicos, actos jurídicos como poderes y donaciones y en los asuntos referentes al estatuto personal y sucesorio de los no musulmanes; y *c)* los *soffrims*, que son competentes en actos referentes al derecho consuetudinario judaico (*hazzaqqa*) (130).

(128) HAMOU, M., EL KHAYAT, N.: 2003, II, pp. 1763 y ss.; SEFRIOUI, H.: 2005, pp. 33 y ss.

(129) Así el Código de Familia de Marruecos (Ley número 70.03, Dahir, número 1.04.22, de 3 de febrero de 2004), en su artículo 296 establece que, para ser válido, el testamento debe instrumentarse por medio de “un documento adular o un documento de un órgano oficial encargado de la autenticación de actos...”; y el artículo 304 prevé que cada heredero “puede obtener de dos *adules* una copia de sus derechos hereditarios, una copia del inventario de la sucesión referente al valor de su cuota parte en la herencia y la cuota parte atribuida a cada uno de los interesados en la sucesión en la liquidación de la herencia”.

(130) SEFRIOUI, H.: 2006.

5.4. Resoluciones DGRN de 29 mayo 2006 y 29 mayo 2006 (Poderes ingleses).

Estas Resoluciones se refieren a sendos poderes ingleses y en ambos casos establecen la misma doctrina.

En dichas Resoluciones se cuestionaba la eficacia, a efectos registrales, de un poder otorgado ante notario inglés, que según el notario español autorizante de las escrituras públicas de compraventa se consideraba suficiente expresándolo así en la escritura; en cambio, según la calificación registral dicho poder no reunía las condiciones necesarias para ser calificado como documento público o auténtico, debido a que la ley inglesa no exige al notario la llevanza de un archivo protocolar de matrices u originales, de lo que se seguiría que no podía atribuirse el carácter de copia auténtica al simple traslado de ese documento extranjero, por carecer de requisitos esenciales exigidos en la ley española para las copias auténticas, proponiéndose en la nota de calificación la incorporación de aquel documento a la matriz de la escritura calificada, en base, a juicio del funcionario calificador, a lo previsto en el artículo 98.3 Ley 24/2001.

En relación con este supuesto, conviene precisar que con arreglo a lo previsto en el artículo 98 Ley 24/2001, debe partirse de la exclusividad de la calificación notarial de los poderes, lo que, en principio, cumpliendo el notario los requisitos establecidos en la norma citada, impide que el registrador pueda entrar en la naturaleza del poder utilizado (131). Por otra parte, como observa la Dirección General, el registrador no discutía, en vía de principio, que a efectos registrales el documento no reuniese las condiciones necesarias para ser calificado como documento público o auténtico, sino la falta del carácter de copia auténtica al no exigirse en la ley inglesa la llevanza de un protocolo, de aquí que exigiera la incorporación de dicho documento a la matriz de la escritura calificada.

La Dirección General, al amparo de lo previsto en el artículo 98 L. 24/2001 y con arreglo a reiterada doctrina sobre la interpretación de esta norma, rechaza este motivo y señala que el notario debe cumplir los requisitos previstos en aquélla, y el registrador debe limitarse a calificar si aquéllos se han cumplido, y en el ejercicio de esta función calificadora el registrador no podrá, *“en ningún caso, solicitar que se le acompañe el*

(131) GÓMEZ TABOADA, J.: 2009, p. 98. Análogo criterio sienta la doctrina italiana en relación con su legislación reguladora, al señalar que la valoración de la adecuación del poder como documento que procede efectivamente del sujeto que aparece como titular, corresponde al notario requerido autorizante de la escritura pública, y esta autorización, que pasa por el filtro de la valoración notarial, resulta más que suficiente a los efectos de garantizar la autenticidad necesaria para que el negocio objeto de inscripción pueda acceder a la publicidad inmobiliaria (CASU, G.: 2003, pp. 94-95).

documento auténtico del que nacen las facultades representativas o que se le transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que nacen las facultades representativas; igualmente, no podrá acudir a ningún medio extrínseco de calificación”. A pesar de esta doctrina, la Dirección General señala que ello no es óbice para que el notario “pueda, si lo estima conveniente (v. gr., para mejor conservación), unirlo a la matriz por él autorizada, como permite el citado artículo 98.3, sin que, por lo demás, sea obligatorio en tal caso trasladarlo a las copias que de la misma expida” (FJ 2).

Por lo que respecta a las afirmaciones efectuadas en estas Resoluciones, parece oportuno proceder a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en relación con los documentos de poder en cuestión otorgados ante notario inglés, la Resolución se apoya en el concepto extensivo de documento auténtico, pues, como es conocido, en el derecho inglés es desconocida la noción de documento público.

En segundo lugar, a pesar de lo que antecede, en el derecho notarial inglés la doctrina de dicho país distingue entre lo que denomina “*notarial acts in public form*” (también denominado “*authentic form*”, “*solemn form*” o “*notarial form*”), y “*notarial acts in private form*”, también denominada “*notarial certificate*” o “*docquet*” en Escocia.

La primera clase de documentos conlleva la extensión del documento destinado a ser presentado en el país de destino al que se confiere, de aquí su denominación meramente descriptiva, una estructura formal parecida a las escrituras de derecho continental y por ello se suele redactar en primera persona y se compone de matriz y copias, lo que exige la llevanza “obligatoria” por parte del notario inglés de un protocolo (“*to keep a protocol containing an original or a complete copy of every notarial act which he issues in the public form*”), que debe estar cronológicamente ordenado y tener numeración sucesiva (132). No obstante, a efectos prácticos, generalmente se otorga el documento original en duplicado ejemplar, entregándose directamente uno de los ejemplares a la parte interesada, incorporándose el segundo ejemplar al registro protocolar. Este proceder no impide la obtención de posteriores copias del ejemplar original, que debe conservar en su poder el notario inglés, cuando así convenga a quienes lo otorgaron. Las partes en que se suele dividir esta clase de documento se denominan como sigue: *protocolo* (preámbulo o antecedentes); *corpus* (parte dispositiva); y *eschatocol* (otorgamiento y certificación).

La segunda clase de documentos –*private form*– es la forma usualmente utilizada por los notarios ingleses y galeses y solamente certifica la fir-

(132) READY, N. P.: 2009, pp. 77-78.

ma estampada por una o más personas en un documento redactado privadamente y al que se incorpora la diligencia de legitimación o certificación de firmas (*testimonium clause*).

La forma y contenido de dichos documentos depende de la naturaleza del documento autenticado y del país en el cual el documento debe presentarse. En general, en relación con el derecho español, es evidente que la forma más adecuada será la citada en primer lugar. Así lo reconoce expresamente la doctrina inglesa que, respecto de los poderes para pleitos o los poderes para otorgar determinados actos dispositivos sobre bienes inmuebles que deben utilizarse en España y en los países latinoamericanos, señala que estos documentos “*are almost invariably prepared in the form of public instruments*” (133).

Por último, por lo que se refiere a la incorporación del poder al instrumento público, recuerda la Dirección General lo ordenado de *lege data* en el artículo 98 Ley 24/2001, de aquí que, habiéndose cumplido las previsiones existentes en dicha norma, no está obligado el notario a que al instrumento público “*se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas o que se le transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico*”. No obstante, el Centro Directivo deja abierta la posibilidad de que por razones de conveniencia y oportunidad el poder aportado pueda unirse a la matriz “*sin que, por lo demás, sea obligatorio en tal caso trasladarlo a las copias que de la misma expida*”. A mi parecer, en esta clase de poderes, la sugerencia es oportuna, y ha sido examinada en otra parte de este trabajo (134).

Por otro lado, sin perjuicio del inexcusable control de legalidad que siempre debe efectuar el notario autorizante, la doctrina italiana pone de relieve que los efectos de la incorporación del poder a la matriz son dobles: por una parte, garantiza el conocimiento de que quien comparece en el acto está legitimado para representar efectivamente al representado; por otra parte, permite conservar en forma pública el documento aportado (135).

(133) READY, N. P.: 2009, p. 76.

(134) La no incorporación de los poderes otorgados en documento público ante notario público español está prevista en la norma de rango legal y en estos supuestos existe un mayor control de origen y procedencia, pero estas circunstancias generalmente no se producen con la misma intensidad en el supuesto de documentos formalizados en el extranjero, especialmente cuando el poder se otorga con carácter especial para un acto o negocio concreto, de aquí la conveniencia de la incorporación del poder a la matriz. En todo caso, con incorporación o sin ella, el notario deberá reseñar los datos identificativos del poder y proceder al juicio notarial de suficiencia de las facultades acreditadas, que deben ser congruentes en relación con el acto o negocio en cuestión.

(135) CASU, G.: 2003, p. 93.

6. Referencia al documento público en la perspectiva del derecho comunitario

Sin perjuicio del régimen de derecho interno de todos aquellos países integrados en el Unión Europea que reconocen la figura del documento público, cabe hacer una somera referencia a la propuesta europea sobre el reconocimiento del denominado “documento público europeo”. En el supuesto de aprobarse un Reglamento Comunitario sobre el documento público europeo, ello supondría un avance importante en relación con estas cuestiones, ya que podrían simplificarse los requisitos de reconocimiento, legalización y apostillado de estos documentos.

La “Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones a la Comisión sobre el documento público europeo” [2008/2124(INI)], Documento P6_TA-PROV(2008)0636, fue aprobada en la sesión plenaria del Parlamento Europeo celebrada en la citada fecha (136). El contenido de la Resolución es fundamentalmente programático, pues corresponde a la Comisión llevar adelante o no la propuesta del Parlamento Europeo y decidir sobre un futuro Reglamento que regule el reconocimiento transfronterizo de la validez y eficacia ejecutiva de los documentos públicos emanados de un notario o autoridad pública que reúnan los requisitos básicos que caracterizan esta clase de documentos.

Según la Exposición de Motivos referente a esta Resolución, “*El documento público está definido en el Derecho comunitario en el informe Jenard-Möller sobre el Convenio de Lugano, definición confirmada posteriormente por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Unibank. De conformidad con estos textos, el documento público es un documento cuya autenticidad debe, en primer lugar, haber sido establecida por una autoridad judicial o por funcionarios públicos y, en segundo lugar, abarcar también el contenido y no sólo la firma...*” (137). Con ello quedan precisados determinados rasgos básicos que deben cumplir los documentos públicos europeos, lo que debe permitir alcanzar cierta armonización conceptual entre los documentos públicos procedentes de países que dispongan de sistemas de seguridad jurídica preventiva de tipo notarial.

Por otra parte, en el derecho comunitario positivo, el concepto de documento público con fuerza ejecutiva se halla previsto en el texto del Re-

(136) La Resolución se aprobó con 478 votos a favor; hubo 26 votos negativos y 42 abstenciones.

(137) Cfr. asimismo Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, para créditos no impugnados, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo (TEE).

glamento (805/2004). El artículo 4 Rglto., referente a “definiciones”, dispone lo siguiente:

“Art. 4.º Definiciones.– A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

...

3. “documento público con fuerza ejecutiva”:

- a) un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad:
 - i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y
 - ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga o bien
- b) un acuerdo en materia de obligaciones de prestar alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas o formalizado por ellas”.

La definición establecida en el artículo 4(3)(a) se apoya en la doctrina de la sentencia del TJCE en el asunto “Unibank” (S. 17 junio 1999, asunto C-260/97) y, asimismo, en lo fundamental, concuerda con la formulación del concepto de documento público establecida en los códigos o textos legales pertenecientes a los países de notariado latino. Como ha observado la doctrina, al identificar expresamente la norma citada el contenido auténtico al que debe referirse el documento, la definición tiene el mérito de integrar el aporte jurisprudencial deducido del artículo 50 de la Convención de Bruselas, al cual, a su vez, ha sucedido el artículo 47 del Reglamento (CE) 44/2001 (Bruselas I) (138), siendo la primera vez que se da una definición de documento público o auténtico en un texto normativo de carácter internacional (139).

Por su parte, en el “Estudio Comparativo sobre los Documentos Públicos” preparado por el CNUE (140) a instancia de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, se ofrece un concepto de “documento público” (*acte authentique, authentic instrument*) que se inspira muy de cerca en los requisitos y efectos del documento público según es entendido en la definición genérica y extensiva del artículo 4(3)(a) del Reglamento (CE) número 805/2004, igualmente seguida en el Reglamento (CE) número 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, y en la doctrina del TJCE. Este concepto, como no podía ser de otro modo, también se halla en concordancia en la conceptualización que se desprende de los textos legales de derecho interno de los países comunitarios que se refieren al mismo.

(138) VAN DROOGHENBROECK, J. F., BRIJS, S.: 2006, p. 72.

(139) PASQUALIS, P.: 2005, p. 38.

(140) Acrónimo de “Consejo de los Notariados de la Unión Europea”, con sede en Bruselas.

El concepto aparece formulado en los siguientes términos (141):

— “un documento público es un documento autorizado por una *autoridad pública* o cualquier otra autoridad habilitada para ello en el Estado miembro de origen,

— según el *procedimiento y la forma* requeridas por la ley del Estado miembro que ha designado el oficial público encargado de la autenticación –además, el oficial público debe haber autenticado el documento en el territorio de este Estado y en el marco de sus competencias de autenticación–,

— y en el cual la autenticidad se refiere a la firma y al contenido del documento; esta autenticidad garantiza plena fuerza probatoria de su contenido” (142).

Esta definición sigue el modelo normativo que inspira todo el Derecho comunitario secundario: “*armonización mínima + principio de Estado de origen*”, o lo que es equivalente: “*unidad* (requisitos mínimos comunes) y *diversidad* (autonomía formal)”.

Más recientemente, en su respuesta al Libro verde sobre la revisión del Reglamento Bruselas I, el CNUE señala que los documentos públicos europeos deberían seguir con el sistema de certificación previsto en el Reglamento, pues este requisito comporta que la autoridad que lo emite deba certificar sobre los siguientes extremos: *a)* que ha efectuado un control de legalidad para la emisión del documento; y *b)* que goza de una delegación por el Estado de su propia autoridad, lo que debe considerarse como una condición necesaria para que el documento pueda calificarse de documento público (143).

(141) ECAA, 2008, pp. 158-159. El texto resaltado aparece así en el documento citado.

(142) En lengua inglesa:

“— An authentic instrument is an instrument which has been established by a *public authority* or other authority empowered for that purpose by the Member State in which it originates;

— in the *procedure and form* required by the law of the Member State which instituted the authenticating official and in the territory of which the official authenticated the instrument within the official's *authentication competences*; and

— the authenticity of which relates to the signature and the content of the instrument and provides *full probative value* of its content.”

En lengua francesa:

“— un acte authentique est un acte établi par une *autorité publique* ou toute autre autorité habilitée à ce faire par l'Etat membre d'origine,

— selon la *procédure et la forme* requises par la loi de l'Etat membre qui a désigné l'officier public chargé de l'authentification –en outre, l'officier public doit avoir authentifié l'acte sur le territoire de cet Etat et dans le cadre de ses compétences d'authentification–,

— et dont l'authenticité porte sur la signature et le *contenu* de l'acte; cette authenticité garantit une force probante complète de son contenu.”

En ambos casos, el texto resaltado aparece así en el documento citado.

(143) < <http://www.cnue.be/fr/000/actualites/gtae-revision-bxl-ag-version-finale-10-07-09-fr.pdf> >

Del contenido de dicha definición se deduce que para poder calificar el documento producido en el correspondiente Estado miembro de documento público europeo, el documento debe satisfacer los indicados requisitos “nucleares”, “mínimos”, “esenciales” o de “mínimo común denominador”. Como observa la doctrina italiana, “*per dare ingresso nel nostro sistema, con parità di effetti e forza de prova rispetto agli atti notarili nazionali, a documenti provenienti da altri paesi, non basteranno le norme di diritto internazionale privato che facciano rinvio alle legge straniera per quanto attiene alla sostanza o alla forma dell’atto, ma occorrerà altresì individuare un insieme di elementi minimi che permettano di qualificare tali documenti come «equivalenti» agli omologhi italiani*”. En el presente caso, estos requisitos mínimos se formulan desde una perspectiva supranacional en el marco del derecho comunitario y la equivalencia de efectos entre las distintas formas documentales se busca a partir del cumplimiento de los requisitos mínimos indicados.

El carácter mínimo de dichos requisitos se evidencia claramente en relación con nuestro derecho interno, pues, si se tienen *in mente* el conjunto de requisitos de procedimiento que deben concurrir en la redacción, autorización y expedición de los documentos públicos notariales en nuestro derecho interno, es fácil deducir que el abanico de requisitos de procedimiento a cumplir es mucho más amplio. Ninguna alusión explícita se hace en la definición sobre los requisitos que deben concurrir en la identificación y la prestación del consentimiento, la forma de lectura del instrumento, el idioma, el uso o no de papel timbrado, el régimen de expedición de copias, la forma de redactar, expedir y conservar los documentos públicos, etc., de modo que todos estos requisitos –aunque sería igualmente conveniente que existieran determinados requisitos mínimos– deberán adecuarse a la legislación de producción del documento que regule (*lex auctor*) la actuación del notario o autoridad pública competente.

En definitiva, cuando en el ámbito comunitario el documento público europeo reúna los indicados requisitos, procederá reconocer a estos documentos los efectos probatorios –y en su caso, ejecutivos– previstos en su país de origen. Por el contrario, cuando el documento no satisfaga todos y cada uno de estos requisitos mínimos, en principio, no será posible su reconocimiento transnacional como documento público ni la atribución de los efectos jurídicos correspondientes, todo ello sin perjuicio de su posible reconocimiento como documento privado y de los efectos de autenticidad inherentes al reconocimiento o legitimación de firmas.

En otro orden de ideas, el hecho de que se reconozca la cualidad de documento público al documento presentado –análogamente a lo que puede suceder a los documentos públicos de elaboración interna– no implica que en razón de su contenido y finalidad éste sea completo, ni garan-

tiza que se hayan cumplido las normas imperativas, de derecho necesario o de control, que sean exigidas en el país de destino, en cuyo caso, para la producción de sus plenos efectos, será preciso proceder, ya sea en el país de origen ya sea en el país de destino, a una actuación instrumental complementaria o de refuerzo (144).

Por último, en dicho concepto no se hace alusión alguna a los efectos ejecutivos, lo que permite establecer un concepto genérico de documento público de efectos multifuncionales, todo ello sin perjuicio de que entre estos efectos, el documento pueda tener o no carácter ejecutivo, lo cual dependerá tanto del contenido del acto o negocio documentado como de la atribución o no de dichos efectos en el ordenamiento jurídico que en concreto lo regule.

7. Epílogo

Sin perjuicio de mejor derecho, en materia de representaciones formales extranjeras habilitantes para que la persona designada como apoderada o representante pueda comparecer ante notario español y otorgar el correspondiente acto o negocio jurídico, cabe formular las siguientes conclusiones:

1. A la luz de las cuestiones examinadas a lo largo del presente trabajo, salvo que el poder se haya otorgado ante una autoridad consular española, resulta patente la complejidad que, en ciertos casos, puede ofrecer la calificación formal de la representación alegada por medio de documento de poder de procedencia extranjera.

2. En todo caso, en aras al cumplimiento de su deber genérico de juicio o control de legalidad, el notario, además de verificar la adecuación del supuesto de hecho a la normativa de Derecho internacional privado aplicable, debe examinar la regularidad formal del documento de poder aportado y efectuar el correspondiente juicio de validez, eficacia y suficiencia.

3. En relación con el poder extranjero aportado, en congruencia con lo previsto en el artículo 1280.5.º CC y en el derecho notarial español, como principio general, la autorización de actos y contratos en nombre y por cuenta de otras personas precisa que el representante o persona

(144) PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, G.: 1994, pp. 83 y ss.

autorizada acredite su legitimación y las facultades que tiene conferidas por medio del correspondiente documento público.

4. En un sistema garantista del tráfico jurídico como es el español, basado en la seguridad jurídica preventiva que ofrece la institución notarial en las relaciones de derecho privado, el documento público notarial, debido a las garantías y efectos jurídicos que concurren en el mismo, es la clase de documento que mejor garantiza la composición de intereses jurídicos de todas las partes intervinientes: representado, representante y tercero que contrata con éste.

5. El concepto de documento público debe basarse en los requisitos y caracteres exigidos por el ordenamiento jurídico español (CC, LEC, LN). En el derecho comunitario también debe considerarse lo previsto en el Reglamento (CE) número 805/2004, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo, la STJCE de 17 junio 1999 (asunto Unibank) y el restante acervo comunitario.

6. En consecuencia, como regla general, el poder extranjero debe constar en un genuino documento público y haberse autorizado ante una autoridad consular española, o bien ante notario o autoridad pública extranjera competente al que se le haya conferido por el Estado la función pública de dación de fe, y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento.

7. Por razones de coherencia del sistema, uniformidad y armonía de soluciones, si el correspondiente ordenamiento jurídico del notario extranjero autorizante prevé la existencia del documento público, el poder debe instrumentarse en esta forma pública. Esta solución garantiza la igualdad informacional, de tratamiento y de efectos jurídicos respecto de los representantes y de todas las demás personas intervinientes, directa o indirectamente, en el acto o negocio en cuestión, y preserva, en su dimensión máxima, la eficacia y garantías del sistema español de seguridad jurídica preventiva.

8. Lo que antecede no excluye la admisión, en supuestos cualificados, de excepciones a dicho principio general y que la representación se acredite en base a otros documentos (representaciones legales), documentos auténticos menores con arreglo a lo previsto en la norma especial aplicable o que, siendo desconocida en el país de origen la figura del documento público y en defecto de otras posibles soluciones, aquéllos se aporten según la forma local del lugar de otorgamiento. En estos supues-

tos no cabe establecer reglas universales y “habrá que ver documento a documento y caso a caso, para intentar solucionar los problemas que plantean estas variedades documentales” (145).

9. Esta clase de documentos no deben comprometer la armonía, garantías y seguridades imperantes en el sistema español de seguridad jurídica preventiva, por lo que, en relación con su eficacia formal en la esfera notarial, no valdrán y deben rechazarse, por insuficientes, la simple legitimación de firmas y todos aquellos documentos que no reúnan determinados requisitos mínimos de autenticidad en su formación, formalización y presentación.

10. En relación con estos documentos, en todo caso, deberá acreditarse: la identificación, capacidad jurídica de obrar y consentimiento informado de los sujetos que otorgan el poder, las facultades conferidas y la persona o personas designadas como apoderadas; la identificación y competencia del notario que interviene; el documento debe estar firmado por los otorgantes y contener la fecha de otorgamiento; debe constar la certificación notarial de las firmas de aquéllos; la fecha, firma y sello del notario; y las demás formalidades previstas en la legislación aplicable a cada supuesto. También deberá acreditarse la regularidad de contenido, integridad y autenticidad material del documento (apostillado o legalización), y su traducción oficial si fuera preciso.

Bibliografía

- AGUAYO, G., ORENES, J. M.: 2007, “Eficacia del Instrumento Público Extranjero en España”, en *Vademécum de cooperación Jurídica Internacional*, Colegio de Abogados de Murcia < <http://www.vademecumjuridico.org/esp/045.php?a=4> >
- AGUILAR GARCÍA, M.: 1988, “Forma de acreditar la existencia de sociedades extranjeras”, pp. 219-286, AAVV, en *III Congreso Nacional del Notariado Español*, CGN, Madrid.
- ALBALADEJO, M.: 2001, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona.
- ALCARAZ BARO, F.: 1980, *El bastanteo de poderes*, Murcia.
- ALMAGRO NOSETE, J.: 2006, *Comentario del Código Civil*, tomo VI, AAVV, coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Edit. Bosch, Barcelona.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: 2001, “La circulación del acto notarial y su eficacia en el comercio jurídico”, pp. 87-251, en *XXIII Congreso Internacional del*

(145) RIVAS ANDRÉS, R.: 2005, p. 509.

- Notariado Latino (Atenas, 2001)*, Ponencias presentadas por el notariado español, AAVV, CGN, Madrid.
- 2002, “El documento notarial: Su libre circulación”, pp. 341-361, en *VII Congreso Notarial Español*, AAVV, CGN, Madrid.
- ANDRINO HERNÁNDEZ, M.: 2004, “La forma de los poderes en derecho alemán”, pp. 1421-1456, en *Boletín de Información*, Colegio Notarial de Granada, número 270, Abril-Mayo 2004, Granada.
- ARANGUREN PÉREZ, I., GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: 2008, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998*, de 13 de julio, 2.^a edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra.
- ARICÒ G.; CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.; JENKINS, S.: 2009, “Conditions indispensables pour la validité des procurations notariales”, pp. 261-373, en *Extranjería: función notarial y derecho documental (I), Contratación, negocios jurídicos y representación formal*, AAVV, coord. J. M. FUGARDO, LNot-M. Pons, Madrid.
- ÁVILA NAVARRO, P.: 1992, *La representación con poder (Estudio de Derecho notarial y registral)*, Civitas, Madrid.
- 2003, *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, tomo II, Bosch, Barcelona.
- BADENAS CARPIO, J. M.: 1998, *Apoderamiento y Representación Voluntaria*, Aranzadi, Pamplona.
- BECKER, M., BÖSE, P.: 2009, “Le certificat de capacité du représentant d’un société”, pp. 375-437, en *Extranjería: función notarial y derecho documental (I), Contratación, negocios jurídicos y representación formal*, AAVV, coord. J. M. FUGARDO, LNot-M. Pons, Madrid.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P.: 2009, “Forma de los actos jurídicos”, pp. 1-12, en *Derecho Internacional Privado*, volumen II, AAVV, directores A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Edit. Comares, Granada.
- BLANQUER UBEROS: 1977, “El estatuto formal (artículo 11 del Código Civil)”, pp. 163-306, en *El Título Preliminar del Código Civil*, volumen II. Derecho Internacional Privado, AAVV, Academia Matritense del Notariado, Edersa, Madrid.
- 1986, “La equivalencia de las formas”, pp. 21-32, en *Noticias CEE*, número 15, Ciss Editorial, Madrid.
- BOLÁS ALFONSO, J.: 1992, *Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario*, por J. BOLÁS ALFONSO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, M. SAGARDÍA NAVARRO, Ponencia presentada en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, pp. 1-122, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, CGN, Madrid.
- 1992, “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”, por J. BOLÁS ALFONSO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, M. SAGARDÍA NAVARRO, Ponencias XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, pp. 367-484, RJN, número I, Extraordinario, CGN, Madrid.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: 2009, “La legalización de documentos públicos en los Estados Miembros de la Unión Europea. Informe relativo a España”, pp. 47-95, en *Extranjería: función notarial y derecho documental (II). Autenticidad, legalización y apostillado*, AAVV, coord. J. M. FUGARDO ESTIVILL, LNot-M. Pons, Madrid.

- BRANCÓS NÚÑEZ, E.: 2008, “Crisis de la «subprime»: la cruz de la desregulación”, pp. 63-93, *Revista LNOT*, núm. 49-50, Barcelona.
- CALLÉ, P.: 2004, *L'acte public en droit international privé*, Economica, París.
- CALVO CARACAVA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2008, 2009, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Comares, Granada.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 2009, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Edit. Colex, Madrid.
- CASU, G.: 2003, “Il documento”, en *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, por S. TONDO, G. CASU, A. RUOTOLO, dirección P. PERLINGIERI, Edizione Scientifiche Italiane, s.p.a., Roma.
- CUEVAS CASTAÑO, J. J.: 1988, “Utilización de poderes extranjeros en España”, pp. 289-303, en *III Congreso Nacional del Notariado Español*, AAVV, CGN, Madrid.
- DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: 2002, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.^a edición, Dalloz, París.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; LORA-TAMAYO, I.; BOLÁS ALFONSO, J.: 1989, “La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional”, RDN, número 145-146, pp. 11-265.
- DELGADO DE MIGUEL, J. F.: 2005, *Código Notarial de la Unión Europea*, dos tomos, CGN, Madrid.
- DÍEZ GÓMEZ, A.: 1988, “El ejercicio de la fe pública por diplomáticos”, pp. 45-93, en RDN, número 141-142, CGN, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L.: 1979, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid.
- 2007, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Introducción, Teoría del contrato, 6.^a edición, Civitas-Thomson, Cizur Menor, Navarra.
- DROZ, G. A. L.: 2000, *L'activité notariale internationale*, Academia de Derecho internacional privado de La Haya, La Haya.
- FONT BOIX, V., SIMÓ SANTONJA, V. L., DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., MADRIDEJOS SARASOLA, J., 1984, “Sistemas jurídicos y documento. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas, Sección tercera”, pp. 67-268, en RDN núm. 123, CGN, Madrid.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.^a: 2009, “Legalización y apostillado de documentos públicos”, pp. 149-247, en *Extranjería: función notarial y derecho documental (II). Autenticidad, legalización y apostillado*, AAVV, coord. J. M. FUGARDO ESTIVILL, LNot-M. Pons, Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: 2002, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, tomo III, Civitas, Madrid.
- GÓMEZ TABOADA, J.: 2009, “Resoluciones sobre ciudadanos extranjeros”, pp. 11-171, en *Extranjería: función notarial y derecho documental (III). Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y jurisprudencia*, AAVV, coord. J. M. FUGARDO ESTIVILL, LNot-M. Pons, Madrid.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A.: 1999, *La función del notario en la Unión Europea*, 2.^a edición, CGN, Madrid.
- GONZÁLEZ BOU, E.: 2009, “Las sociedades extranjeras: Problemas prácticos desde la perspectiva notarial y registral”, pp. 75-108, en *Extranjería: función nota-*

- rial y derecho documental (I), Contratación, negocios jurídicos y representación formal*, AAVV, coord. J. M. FUGARDO, LNot-M. Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: 1999, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, tomo I, segunda edición, autores J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, Civitas, Madrid.
- GORDILLO CAÑAS, A.: 1995, voz: “Representación voluntaria”, pp. 5834-5939, en EJB, tomo IV, Civitas, Madrid.
- GORLA, G.: 1959, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico, Exposición general*, tomo I, traducción, notas y adaptación al Derecho español por J. FERRANDIS VILELLA, Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- GUILLIEN, R., VINCENT, J.: 2007, *Lexique des termes juridiques*, 16.^a edición, Dalloz, París.
- HAMOU, M., EL KHAYAT, N.: 2003, “Maroc, en 1753-1775”, en *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, por M. VERWILGHEN y S. MATHIEU, AAVV, tres volúmenes, Bruylant, Bruselas.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: 1992, *Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario*, por J. BOLÁS ALONSO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, M. SAGARDÍA NAVARRO, Ponencia presentada en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, pp. 1-122, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, CGN, Madrid.
- MARTÍNEZ-BORSO LÓPEZ, J. V.: 1988, “Problemas de representación en el Derecho Internacional Privado”, pp. 319-333, en RDN, número 141-142, Madrid.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, I.: 2007, *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I, AAVV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M.^a: 1999, “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 Junio 1999”, Revista *La Notaría*, 7-8/1999, Barcelona.
- PASQUALIS, P.: 2005, *La circulación del documento auténtico en el espacio jurídico europeo*, I Ateneo Notarial del MERCOSUR, Buenos Aires, Argentina. < <http://www.uinl.org/DOCUMENTOS/CAAmerica/cap02-%20Circulaci%C3%B3n.qxd.pdf> >
- PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: 1981, *Derecho Civil (Parte General)*, por L. ENNECERUS, decimoquinta edición revisada por H. C. NIPPERDEY, tercera edición española, al cuidado de A. HERNÁNDEZ MORENO y M.^a del Carmen GETE-ALONSO, Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, G.: 1994, “Valor y efectos del documento notarial extranjero en España”, pp. 89-117, en RJN, número 12, CNE, Madrid.
- PIERA, A. F.: 2003, “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 1993”, Revista *La Notaría*, 5/2003, Barcelona.
- PIKOFF, J. A., CRIMMINS, C. G. J.: 2009, *Lost in Translation: Texas Notary Public v. Mexico Notario*, consultado el día 23-11-2009, en < <http://www.sos.state.tx.us/statdoc/notariopublicoarticle.shtml> >

- PUIG BRUTAU, J.: 1982, *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en particular*, tomo II, volumen II, 2.^a edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- PUIG FERRIOL, L.: 1979, “Fundamentos de Derecho Civil, Parte general, Sujeto y objeto del derecho”, tomo I, volumen I, en la obra *Fundamentos de Derecho Civil*, de J. PUIG BRUTAU, Bosch Casa editorial, Barcelona.
- READY, N. P.: 2009, *Brooke's Notary*, Sweet & Maxwell, Londres.
- REVILLARD, M.: 2006, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 6.^a edición, Defrénois, París.
- RIVAS ANDRÉS, R.: 2005, “Notas introductorias sobre la recepción en España de poderes extranjeros no formalizados en escritura”, *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 113, Madrid.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: 1977, “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho internacional privado”, pp. 109-307, RDN, número XCVII-XCVIII, Madrid.
- ROJAS MONTES, L.; GARCÍA-GRANERO MÁRQUEZ, M.; SAPENA DAVÓ, J.: 1988, “La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa”, pp. 95-229, en RDN, número 141-142, Madrid.
- RUEDA VALDIVIA, R.: 2009, “La representación voluntaria en la contratación en la Unión Europea”, pp. 279-337, en *Derecho Contractual Comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Editor S. Sánchez Lorenzo, AAVV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- SEFRIOUI, H.: 2006, “Rapport National Maroc”, pp. 33-49, en *Notarius International* 1-2/2005, < http://212.63.69.85/Database/2005/notarius_2005_01_033_fr.pdf >
- 2006, *Le Maroc Juridique à l'usage des fonctionnaires internationaux non marocains*, < [http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/ARCHIVOSWEB/Droit%20applicable%20aux%20internationaux%20-%20MAROC%20\(FR\).rtf](http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/ARCHIVOSWEB/Droit%20applicable%20aux%20internationaux%20-%20MAROC%20(FR).rtf) >
- TORRE, D.: 2009, *The Latin Civil-Law Notary: Florida's Competitive Advantage in Alternative Dispute Resolution with Latin America*, en < D Torre - works.bepress.com >
- TORRES ESCÁMEZ, S.: 2005, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, volumen 4.º, AAVV, coord. general J. F. DELGADO DE MIGUEL, Civitas-CGN, Cizur Menor, Navarra.
- VAN DROOGHENBROECK, J. F., BRIJS, S.: “Un titre exécutoire européen”, *Les dossiers du journal des Tribunaux*, Larcier, Bruselas.
- VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, E.: 2009, *Los poderes notariales (y documentos relacionados) en el Reino Unido, EE.UU. y España: Teoría y práctica aplicada a la traducción (Inglés-español-inglés)*, Ed. Comares, Granada.
- VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: 2007, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson Civitas, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- WHITTON, L. S.: 2009, *Overview of the Uniform Power of Attorney Act*, en < http://www.msba.org/sec_comm/sections/realprop/groundrules/fall06/overviewof.htm >

- ZEJALBO MARTÍN, J.: 2009, *El poder para pleitos de las sociedades mercantiles y de la Administración Local ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, en < [http://notariosy registradores.com](http://notariosyregistradores.com) >
- ZWEIGERT, K., KÖTZ, H.: 2002, *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México D.F. México.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO
DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO,
Y SU RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
CONSECUENCIAS EN LA ACTUACIÓN NOTARIAL**

ANTONIO GARCÍA PONS
Doctor en Derecho. Notario

SUMARIO

- I.** INTRODUCCIÓN.
- II.** LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO VISTA EN LA ACTUALIDAD.
- III.** LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN LA UNIÓN EUROPEA. EL TRATADO DE LISBOA.
- IV.** LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.
- V.** LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y CON DISCAPACIDAD.

- VI. EL VALOR NORMATIVO DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES.
- VII. LA APLICACIÓN DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES ESPAÑOLES.
- VIII. LA CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIADO EN ESTA MATERIA.
- IX. UNA CUESTIÓN IMPORTANTE Y A MENUDO OLVIDADA: EL CUMPLIMIENTO PRÁCTICO DE LO PRECEPTUADO EN LAS LEYES.

I. Introducción

El día 20 de noviembre de 2009 se cumplieron veinte años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, convención que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31-12-1990). Con este motivo, se organizó una *jornada conmemorativa en la sede española del Parlamento Europeo*, con la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, así como de diversas instituciones, entre ellas, la Fundación Æquitas del Consejo General del Notariado.

En dicho acto tuvieron lugar una serie de conferencias y mesas redondas, a cargo de diversos ponentes, sobre la Convención Internacional de los Derechos del Niño, desde los más variados puntos de vista. A quien suscribe estas líneas le correspondió disertar sobre “La Función notarial en la discapacidad centrada en la infancia y en la Europa del Tratado de Lisboa, en relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Las líneas que siguen son algunas de las ideas allí expuestas, sin que las mismas alberguen otra pretensión que la de ser una modesta contribución a tan loable acontecimiento conmemorativo.

II. La Convención sobre los Derechos del Niño vista en la actualidad

Después de veinte años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, no cabe duda de que su influencia ha sido muy importante, a la par que su aplicación constituye un fenómeno claramente beneficioso para la infancia, contribuyendo de forma notable al fomento y desarrollo de los derechos humanos de los niños y niñas en el mundo. Pero lo cierto es que todavía queda mucha tarea por delante.

En palabras de la *Directora Ejecutiva de UNICEF* a nivel mundial, *D.^a Ann M. VENEMAN*, en recientes declaraciones precisamente con ocasión del 20º aniversario de la Convención, ésta ha tenido un impacto real en la vida de los pequeños, pero estamos lejos de alcanzar su verdadero potencial: “Es el tratado internacional más ratificado del mundo (193 países) y los números indican que ha habido un progreso real en educación, salud y protección. Por ejemplo, el índice de vacunaciones se ha disparado desde que se aprobó la convención. Antes apenas se prestaba atención a problemas como el tráfico de niños, el trabajo infantil, los niños soldado, la explotación sexual, ahora son temas muy conocidos, pero queda mucho por hacer”.

También es cierto que la Convención ha tenido una influencia importantísima en las legislaciones internas de los países que han procedido a ratificarla, a lo que desde luego España no ha sido una excepción. Otra cosa es el cumplimiento efectivo de esas prescripciones legislativas por parte de los ciudadanos de determinados países signatarios, en particular de África y Asia, cuyos Gobiernos carecen de medios suficientes para la vigilancia y control de dicho cumplimiento. UNICEF, como Agencia de la Organización de Naciones Unidas, intenta en numerosas ocasiones suplir esta carencia, ya que tiene como objetivo prioritario garantizar el cumplimiento de los derechos de la infancia, siendo la Convención sobre los Derechos del Niño la ley fundamental en la que basa su trabajo.

III. Los derechos de la infancia en la Unión Europea. El Tratado de Lisboa

En la Unión Europea también se han producido últimamente avances importantes en cuestión de derechos fundamentales de las personas menores de edad. Ciertamente ya existían algunos instrumentos comunitarios en favor de la infancia, entre los que destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992. Pero ha sido en tiempos recientes cuando se han dado pasos decisivos en esta materia, en particular a partir del Tratado de Lisboa.

El *Tratado de Lisboa*, firmado el 13 de diciembre de 2007, y ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 2008 (1), modifica los Tratados de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a denominarse este último Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En lo que a nosotros nos interesa ahora,

(1) Publicado dicho Instrumento de Ratificación en el BOE de 27-11-2009, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

el Tratado de Lisboa no sólo conserva los derechos ya existentes, sino que introduce otros nuevos, y en particular garantiza las libertades y los principios enunciados en la *Carta de los Derechos Fundamentales*, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes.

En efecto, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Además, los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta, por las que se rige su interpretación y aplicación, y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

Lo importante a retener es que la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasa a tener el valor jurídico de un Tratado internacional, lo que supone un gran avance en el proceso de construcción europea, en cuanto garantiza, con la eficacia propia de un Tratado, los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. Pues bien, en España, la *Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio*, a la vez que autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa, estableció en su artículo 2 que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro reproduce a continuación la propia Ley Orgánica 1/2008.

El título III de la citada Carta de los Derechos Fundamentales se refiere a la “Igualdad”, disponiendo en su artículo 20 que todas las personas son iguales ante la ley, y en el artículo 21 se prohíbe toda discriminación, entre otros motivos, por razón de edad o de discapacidad. En esta línea, el artículo 24 se refiere a los “Derechos del niño”, haciendo alusión a su derecho a ser protegido, a ser oído en lo que le afecte, a que se respete el principio general de su interés superior, y a mantener de forma periódica relaciones personales y familiares con sus padres. Por su parte, el artículo 26, bajo el título de “Integración de las personas discapacitadas”, expresa que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Por otra parte, ha sido doctrina constante del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* la defensa del interés preferente o superior de la per-

sona menor de edad en los asuntos, sobre todo personales y familiares, que le afecten. Así, entre otras, SSTEDH de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; y de 16 de noviembre de 1999, caso E. P. contra Italia.

IV. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con las personas menores de edad

El día 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, culminando así un proceso que nació en el seno de la propia Asamblea General de la ONU en diciembre de 2001. Dicha Convención constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre las personas con discapacidad. Es el primer tratado del siglo XXI en ser adoptado por la ONU, el tratado que se negoció con mayor rapidez en la historia del Derecho Internacional y, en palabras del entonces vicesecretario general de esta organización, Malloch BROWN, el primero que surgió del cabildeo emprendido por Internet.

El Reino de España ratificó sin ningún tipo de reservas tanto la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 como el Protocolo Facultativo a la misma, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en los *Boletines Oficiales del Estado* de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008.

Esta Convención está llamada a tener una importancia capital en muchos países, pues trae consigo la necesidad de adaptar la legislación interna a lo dispuesto en ella, y en esto España no constituye una excepción, al igual que ocurrió con la Convención de los Derechos del Niño. Eso supone que, en nuestro ordenamiento jurídico, y en el marco del proceso de adaptación aludido, deberá modificarse en profundidad, si no suprimirse cambiándolo por otro sistema, el proceso de incapacitación judicial tal como está concebido en la actualidad, aunque ahora ya se le denomine “proceso de modificación de la capacidad de obrar”, en virtud de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, precisamente para adaptarlo a las previsiones de la Convención. Cabe esperar que serán objeto de revisión también los sistemas de sustitución y complemento de la capacidad de obrar de la persona, constituidos actualmente

por las instituciones de la representación legal (patria potestad, tutela), y la curatela, que implican en su mayoría la incapacitación judicial. La tendencia legislativa es a la implantación de un sistema de ayuda o apoyos a la capacidad de obrar que no implique dicha incapacitación de la persona y evite en lo posible el sistema de sustitución.

No conviene olvidar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, fue consecuencia directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 y su ratificación por España en 1990, para adaptar nuestra legislación interna a esa Convención. Lo mismo puede ocurrir como consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 13 de diciembre de 2006: la necesidad de promulgar una ley para adaptar nuestra legislación sobre la discapacidad a dicha Convención.

V. Las personas menores de edad y con discapacidad

Precisamente el artículo 7 de la Convención de 13 de diciembre de 2006 se refiere a los “Niños y niñas con discapacidad”, con el siguiente tenor:

- “1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.
3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.”

Se añade de esta forma una perspectiva más a los derechos de los menores cuando sufren cualquier tipo de discapacidad. Así, a los principios ya consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y en particular lo que dicha convención establecía en su artículo 23 respecto al que denomina, en terminología de la época en que fue adoptada, “niño mental o físicamente impedido”, hay que añadir la perspectiva que proporciona la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

En efecto, a partir de esta Convención el tema de las personas menores de edad con discapacidad debe contemplarse, también, desde la óptica de la no discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal, como principios básicos que establece la expresada Convención de 2006. Así puede contemplarse a lo largo del articulado de la misma cuando se refiere a las personas menores de edad con discapacidad, artículos 18, 23, 24, 30, etc., añadiendo con ello una garantía más a la promoción y defensa de sus derechos.

VI. El valor normativo de las Convenciones internacionales

Mucho se ha discutido sobre el valor normativo de los Tratados o Convenciones internacionales, dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, con arreglo al principio de legalidad o jerarquía normativa. Según este principio, establecido en el artículo 9 de la Constitución Española, toda norma emanada de los poderes públicos ha de ser conforme a las normas de rango superior, no pudiendo contradecirlas, suspenderlas ni derogarlas.

Aunque se trata de una cuestión debatida, en algún momento ha llegado a defenderse que los Tratados o Convenciones internacionales tienen un valor normativo superior incluso a la Constitución de los Estados signatarios. Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 96.1 CE, sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en la propia Convención o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional; y que la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional (art. 95.1 CE).

Sin llegar a este extremo, como decimos, muy discutido, cierto es que los Tratados o Convenciones internacionales, una vez culminado el proceso de ratificación y publicación de los mismos por el Estado español, ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no sólo a la ley ordinaria, sino también a las leyes orgánicas. El indiscutible carácter de pacto internacional entre Estados soberanos que reviste un Tratado obliga a su cumplimiento, y su denuncia deberá revestir el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE).

Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Por eso dispone el artículo 1.5 del CC que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*. En consecuencia, las Convenciones y Tratados internacionales, una vez ratifica-

dos y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa.

Por otra parte, bien claro establece el artículo 10.2 CE que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Una aplicación práctica de este mandato constitucional, según vimos anteriormente en el epígrafe III, relativo a los derechos de la infancia en la Unión Europea con referencia al Tratado de Lisboa, fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio; esta Ley, a la vez que autorizó la ratificación de dicho Tratado, estableció en su artículo 2 que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro reproduce a continuación la propia Ley Orgánica 1/2008, incorporándolo así al Derecho interno español.

Finalmente, como uno de los principios rectores de la política social y económica, establece el artículo 39.4 CE que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

VII. La aplicación de las Convenciones internacionales por los jueces y tribunales españoles

No hace falta, pues, insistir en que todo lo dicho hasta ahora, en particular por lo que se refiere a los principios inspiradores de las Convenciones aludidas, deberá ser observado por los operadores jurídicos en el ámbito de los Estados que han procedido a ratificar dichas Convenciones, incorporándolas a su Derecho interno, y por tanto siendo directamente aplicables, como ocurre en España. Muy claramente lo dice la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, dictada como consecuencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su artículo 3:

“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.”

Los Tribunales de Justicia en España han venido aplicando las normas y criterios interpretativos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño desde hace algunos años. Buen ejemplo de ello lo constituye la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo.

Así, por lo que se refiere al *Tribunal Constitucional*, el principio establecido en el artículo 3 de la Convención acerca del “interés superior del niño” —luego reflejado en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor—, tiene su traducción en la doctrina constitucional, apoyada en la Convención, de que el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del *interés prevalente del menor* (entre otras, SSTC 134/1999, de 15 de julio; 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002, de 20 de mayo; 144/2003, de 14 de julio; 71/2004, de 19 de abril; y 176/2008, de 22 de diciembre, que además cita la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Y lo mismo ocurre con el derecho del menor, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a ser oído en los asuntos que le afecten (art. 12 de la Convención, cuyo reflejo en el Derecho interno se encuentra en el art. 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996), debiendo considerarse el desconocimiento por los Tribunales de este derecho como una infracción del derecho fundamental del menor a la tutela judicial efectiva que ampara el artículo 24.1 de la Constitución Española (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre; 71/2004, de 19 de abril; 152/2005, de 6 de junio; y 17/2006, de 30 de enero).

En lo que respecta al *Tribunal Supremo*, no menos abundante es la jurisprudencia relativa a los derechos de los menores de edad basada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. De este modo, es jurisprudencia constante, inspirada en la Convención, la consideración del interés superior del menor como principio general del Derecho, inspirador de todo lo relacionado con él: SSTS 17 septiembre 1996, 24 abril 2000, 12 julio 2004, 23 mayo 2005, 21 noviembre 2005, 3 octubre 2008 y 31 julio 2009. Lo que se traduce en la protección y defensa de sus derechos en multitud de aspectos, no sólo en sus relaciones personales y familiares, sino también en otros ámbitos, como por ejemplo en el entorno social en que debe desenvolverse su vida. En este sentido, por ejemplo, no son en absoluto desdeña-

bles las sentencias que, también con auxilio en la repetida Convención, defienden a las personas menores de edad frente a los ataques que puedan sufrir en su derecho al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen, como las recientes SSTS 22 octubre 2008, 23 y 23 octubre 2008 (dos sentencias en esta fecha), 25 febrero 2009, 12 marzo 2009, 14 mayo 2009 y 9 julio 2009, en las cuales se encuentra el origen o causa del cuidado con que los medios de comunicación se refieren a las personas menores de edad en cuanto a su imagen fotográfica, datos personales de identidad, domicilio, y, en general, el trato informativo que debe serles dispensado para no incurrir en una intromisión ilegítima o vulneración de sus derechos.

Finalmente, en este rápido examen de la jurisprudencia, hay que aludir a la que hace referencia a las personas con discapacidad, en relación con la Convención internacional de 2006 sobre sus derechos. Lógicamente la cita de sentencias no puede ser tan amplia como en el caso de las personas menores de edad, dado el escaso tiempo transcurrido desde que se adoptó dicho instrumento internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y fue ratificado por España. Pero es lo cierto que la gran repercusión que ha tenido esta Convención en todos los órdenes ha determinado su cita reciente en algunas resoluciones del Tribunal Supremo, dictadas en forma de auto para resolver cuestiones de competencia territorial en casos de internamiento involuntario de personas discapacitadas, o en procesos de modificación de la capacidad de obrar (antes denominados de incapacitación). Así ocurre en los AATS 11 diciembre 2008, 19 febrero 2009, 26 febrero 2009, 19 mayo 2009 y 8 septiembre 2009. Y desde luego en este apartado hay que citar la polémica STS de 29 de abril de 2009, sobre la adecuación del proceso hasta hace poco denominado de incapacitación judicial a las prescripciones de la Convención de 2006, adecuación que admite el TS por considerar que se trata de una medida de protección en favor de la persona que no la discrimina.

VIII. La contribución del Notariado en esta materia

Lo que se ha expresado anteriormente sobre la aplicación como Derecho interno y vinculante de las Convenciones internacionales tantas veces citadas, resulta especialmente predicable, no sólo respecto de los jueces y tribunales, sino también con referencia a los funcionarios encargados de la seguridad jurídica preventiva, notarios y registradores de la propiedad.

En concreto, por lo que se refiere a los notarios en el ejercicio de su actividad profesional, ya su reglamento corporativo, artículo 168, contempla la posibilidad de que las personas menores de edad comparezcan al otorga-

miento notarial del acto o contrato por sí mismas, esto es, por su propio derecho, cuando de acuerdo con los preceptos del Derecho Civil puedan realizar por sí solos el acto de que se trate, por ejemplo, hacer testamento si tiene catorce años cumplidos (art. 663.1º CC); o hayan de consentir el que verifique su representante legal, por ejemplo, la venta por sus padres de un inmueble que pertenezca al menor, siempre que éste haya cumplido dieciséis años (art. 166 CC); e igualmente también podrán comparecer al efecto de ser oídos.

La capacidad de obrar de las personas menores de edad o con discapacidad será apreciada por el notario mediante el examen personal y directo de la persona, emitiendo bajo su responsabilidad el pertinente juicio de capacidad, la cual juzgará suficiente o no en relación, no sólo con las facultades intelectivas o capacidad natural de entender y querer que tenga el interesado, sino también con referencia a la naturaleza del acto o contrato que pretenda realizar (art. 167 RN).

En efecto, la capacidad suficiente lo será para el acto o contrato a que la escritura se refiera, de modo que no para todos los otorgamientos se requiere idéntica capacidad; la capacidad civil exigible no es la misma para aceptar una donación o un legado, no sometidos a condición ni onerosos, que para otorgar un contrato de compraventa o un préstamo. Por ejemplo, la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene resuelto que una persona menor de edad mayor de dieciséis años puede aceptar por sí misma y por sí sola una donación (RDGRN 3 marzo 1989). De ahí la utilidad de que un funcionario especialmente cualificado, en este caso el notario, pueda emitir un juicio de capacidad de la persona para el acto que pretende realizar, pues habrá que calificar adecuadamente cada supuesto en función del caso concreto y emitir el oportuno juicio de capacidad.

Igualmente, conviene señalar que en este juicio notarial de capacidad influirán no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretende otorgar, sino también el *principio general del Derecho de mayor interés o interés preferente de la persona menor de edad o con discapacidad*, cuya apreciación deberá efectuar asimismo el notario conforme al principio de legalidad que preside la actuación notarial.

Se trata de un principio general del Derecho, de obligado cumplimiento (art. 1.4 CC), contemplado tanto en el artículo 3 de la Convención de 1989 como en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que hablan del “interés superior” del menor como principio que inspira la legislación; y perfectamente subsumible dentro de lo que el artículo 12 de la Convención de 13 de diciembre de 2006 denomina “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”; para decir a

continuación que dichas salvaguardias “asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. Cuestiones todas ellas que deberá vigilar el notario en cumplimiento de la legalidad vigente, directamente relacionada con las Convenciones internacionales aludidas.

IX. Una cuestión importante y a menudo olvidada: el cumplimiento práctico de lo preceptuado en las leyes

Pero lo más importante de todo es la puesta en práctica de todas estas enseñanzas, de todos estos principios, de todas estas disposiciones, que a la postre es la cuestión más peliaguda de este tema. De nuevo hay que recordar las palabras de la *Directora Ejecutiva de UNICEF, Sra. Ann M. VENEMAN*, con referencia a la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, refiriéndose en particular a determinados países de África: “Hoy existen gobiernos con leyes excelentes a favor de los niños, pero son incapaces de hacer que se cumplan”.

Lo mismo podría decirse de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006: son muy bonitas las palabras de “igualdad de oportunidades”, “no discriminación”, “accesibilidad universal”, etc., pero a la hora de ponerlas en práctica surgen multitud de obstáculos, que sólo una actuación firme y decidida puede superar. Aquí salen a relucir las dificultades del día a día, de los problemas prácticos y cotidianos. No basta con promulgar las leyes, creyendo que ya está todo hecho y que su aplicación práctica es cuestión de los demás. A menudo, es ésta una creencia bastante común en los Gobiernos y Administraciones públicas; hay sobrados ejemplos de ello en la práctica, desde las dificultades que presenta la integración de los niños y niñas con discapacidad en los distintos niveles de enseñanza hasta los más simples problemas de accesibilidad física por parte de personas con discapacidad a espacios y lugares públicos. Y lo mismo cabría decir de los particulares en general, de la sociedad civil, en definitiva de las personas sin discapacidad.

Hay un artículo en la Convención de 13 de diciembre de 2006 cuya lectura resulta particularmente recomendable. Se trata del artículo 8 de la Convención, cuyo texto va precedido de un título enormemente significativo: “Toma de conciencia”. En dicho precepto se dice que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el

respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; y c) promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad. A continuación, el precepto pasa a detallar una serie de actuaciones concretas que deben incluirse en las medidas que se adopten.

A ello, pues, debemos contribuir todos con nuestro esfuerzo, y desde luego los notarios, con su actividad diaria en constante contacto, directo y sin intermediarios, con las personas y con la sociedad civil.

EL ARTÍCULO 1006 Y EL LLAMADO DERECHO DE TRANSMISIÓN (Boceto polémico para un ensayo)

DOMINGO IRURZUN GOICOA
Notario

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

PRELIMINARES IMPRESCINDIBLES

Primero: Las ideas clave del tránsito sucesorio intestado.

- 1.º Apertura del tránsito sucesorio.
- 2.º Nombramiento de los posibles sucesores.
- 3.º Valor jurídico del nombramiento.
- 4.º Su naturaleza jurídica.
- 5.º La frustración del nombramiento y sus causas.
- 6.º La frustración del nombramiento y sus efectos.

Segundo: Las llamadas “formas de suceder”.

- A) El derecho de representación no es una forma de suceder.
- B) El derecho de acrecer no es una forma de suceder.
- C) El derecho de transmisión, ¿es “una forma de suceder”?

- I. Fundamentos y función del *ius transmissionis*.**
 - I.1.** Opinión de algunos autores.
 - I.2.** Resumen.
- II. El *ius delationis*.**
 - 1.** Exposición general: Concepto, naturaleza, constitución, contenido, efectos y extinción.
 - 2.** Conclusión crítica.
- III. El artículo 1006 ante el *ius transmissionis*.**
 - 1.** Lo que dice... y lo que no debió decir.
 - 2.** Lo que no dice.
 - 3.** Lo que tal vez prefirió no decir.
- IV. Lo que el artículo 1006 pudo querer decir.**
 - 1.** Por la muerte.
 - 2.** Del que ha sido nombrado eventual sucesor de un causante.
 - 3.** Sin aceptar ni repudiar su herencia.
 - 4.** Pasará a los nombrados para sucederle.
 - 5.** La misma posición jurídica que él tenía.
- V. “Otra” interpretación del artículo 1006.**
 - 1.** Aclaración previa sobre “posición jurídica” y “derecho de opción”.
 - 2.** El artículo 1006 contiene la sustitución legal.

EPÍLOGO

ADVERTENCIA:

Este boceto puede ser tildado de heterodoxo por los discrepantes muy benévolos; y de disparate jurídico por los que no lo sean tanto.

Conviene que el lector lo tenga en cuenta ahora, al empezar a serlo. Si persiste en la lectura y, una vez concluida, no la desapruueba del todo, podría ser el autor que construya, en su día, un verdadero ensayo sobre el tema.

INTRODUCCIÓN

Con frecuencia me he referido a la cuestión terminológica en Derecho Sucesorio para lamentar que las ideas en debate no se expresen con términos, voces o palabras que les den la denominación adecuada y conveniente; y que estas palabras, una vez elegidas, se usen siempre en el mismo sentido, con precisión, sin ambigüedades.

Porque, al buscar respuesta a alguno de sus problemas, éstos se agigantan por la imprecisión o la equivocidad de los términos empleados por los grandes profesores a los que estudiamos, y que nos vienen a revelar que ellos mismos debieron pasar por nuestras mismas dificultades.

La imprecisión, la ambigüedad y la anfibología llevan, como resultado, a la confusión y al caos.

Es lo que, sin duda, quiso evitar el autor, anónimo para mí, del sabio consejo: *“Ante todo, pongámonos de acuerdo sobre el sentido de las palabras”*.

Que las palabras, cada una de las palabras que se quiere dar a conocer a otros, tenga un sentido unívoco común, general, admitido por todos, lo juzgo como algo imprescindible para lograr la transmisión de la verdad que se pretende conseguir en todo estudio o en toda investigación.

Y, aunque se deba reconocer que expresa un admirable y utópico *desideratum* (utópico a causa del plural empleado y del acuerdo que supone), nunca debe considerarse inútil, porque cada uno de nosotros puede poner a su servicio su propio esfuerzo, por muy individual, aislado y modesto que sea.

Y, para ello, el primer objetivo que me marco para el presente estudio es el de lograr la coherencia interna de mi propio pensamiento sobre los conceptos básicos a tratar en lo que es el tránsito sucesorio.

Y ello me exige que cada concepto se examine, de modo conjunto, tanto en su aspecto individual como en el de su relación, armónica y congruente, con los demás que con él estén relacionados en la configuración

del sistema. Con este fin **he tratado de ponerme de acuerdo conmigo mismo sobre el sentido de las palabras que utilizo.**

Por ello creo necesario comenzar resumiendo la terminología que uso, una vez sometida a una pequeña depuración, y así **el lector podrá saber de qué le hablo, al darle a conocer la terminología que empleo**, y tendrá en su mano, después, la posibilidad de juzgar si hay coherencia entre las ideas, elegidas por considerarlas “clave”, tal como quedan definidas y delimitadas, y las consecuencias que de ellas puedan resultar y se quieren obtener.

Así nace el primero de estos, que creo necesarios, preliminares, cuya extensión puede considerarse desmesurada en su proporción con el texto. Pero aun la desproporción la juzgo imprescindible, dada la función que el mismo tiene encomendada.

El segundo es su aplicación concreta para la crítica de ciertas opiniones en boga.

PRELIMINARES IMPRESCINDIBLES

Primero: Las ideas clave del tránsito sucesorio intestado

No parece ilícito imaginar que el Código pudo poner al frente de su título “De las sucesiones” un artículo que, desarrollando el 609, dijera: “La sucesión por causa de muerte es el modo de adquirir los derechos y las obligaciones, y, en general, la situación jurídica de una persona fallecida”.

Ambos preceptos, el imaginado y el real, serían manifestación concreta de un derecho fundamental de toda persona, por el hecho de serlo, que es el “derecho de adquisición”.

Nace el modo de adquirir que es la sucesión para que no se extingan los derechos y obligaciones del difunto, sino que permanezcan y perduren y los adquiera el sucesor, a quien, por ley, corresponda y subingrese en la posición jurídica del causante. A la postre, toda sucesión consiste en un cambio o sustitución de personas en cuanto al lugar o posición que otras ocupaban.

Pero ello, siempre y cuando dicho sucesor quiera serlo y lo exprese con su aceptación, expresa o tácita. Tan sólo el Estado sucederá, a falta de otro, y sin su voluntad; no necesita aceptar y no puede repudiar la herencia para la que fue nombrado. Sucede por puro efecto del nombramiento.

El tránsito sucesorio *mortis causa*, la sucesión en su puro dinamismo, es el procedimiento civil que la ley ha establecido para proveer de un

nuevo titular al patrimonio que se encuentra carente de él por su fallecimiento.

Con exclusiva referencia a lo que es la sucesión universal, ese nuevo titular del patrimonio relicto por el causante es la persona en que la sucesión se opera. Es así el **sucesor** el protagonista en la sucesión. Pero en el Código Civil tan sólo se es sucesor universal después de haber expresado o manifestado un acto de voluntad en tal sentido, la aceptación, la antigua *aditio hereditatis*.

La consecuencia es que **el protagonista del tránsito sucesorio no es el sucesor, sino el eventual sucesor.**

Es decir, que aunque se olvide con deplorable frecuencia, en el tránsito sucesorio se va en busca de determinar quién o quiénes pueden ser sucesores universales de un concreto causante.

El tránsito sucesorio concluirá cuando se convierta en sucesor actual el que antes sólo había sido designado sucesor potencial. Cómo nace un sucesor en potencia y cómo y cuándo pasará a ser sucesor *in actu*, es, precisamente lo que me propongo dejar claro en este primer preliminar, empleando para ello la terminología que me parece adecuada y las razones que entiendo abonan tal adecuación.

La idea clave fundamental en él, base de todas las demás, es que, en el Código Civil, ese tránsito puede realizarse a través de dos únicos cauces, testamentario e intestado, entre los cuales existen numerosas diferencias. Algunas de ellas son de escasa importancia; pero otras, por el contrario, pueden llegar a tener trascendencia suma (1).

Se expondrán las relativas a estos seis puntos.

- 1.º Apertura del tránsito sucesorio.
- 2.º Nombramiento de los eventuales sucesores.
- 3.º Valor jurídico del mismo.
- 4.º Su naturaleza jurídica.
- 5.º La frustración del nombramiento, sus causas.
- 6.º Sus efectos.

La exposición de cada una de estas ideas se va a referir de forma separada a los dos cauces sucesorios, comenzando por el intestado (aunque el Código le asigne un carácter supletorio), porque tienen en él una formulación de mayor sencillez. Seguirá a continuación y con el texto en cursiva la misma idea en el régimen del cauce testamentario tal como en él puede ser regulada.

(1) Me he referido a ellas en mis “Nociones sobre los cauces sucesorios y sus diferencias”, *Revista Jurídica del Notariado* número 67 (julio-septiembre 2008), pp. 167-205.

1.º Apertura del tránsito sucesorio.

Es la muerte la que deja sin titular al patrimonio y lo hace convertirse en herencia, y esto equivale a decir que la muerte es el momento inicial de la sucesión y el de apertura del tránsito sucesorio.

Se debe dejar constancia desde ahora que, como dijo con gran agudeza HERNÁNDEZ GIL (2), “la sucesión se abre para alguien”. Se abre para el eventual sucesor, que podrá, cuando goce del *ius delationis*, y por su ejercicio, convertirse en efectivo sucesor, si lo desea.

La sucesión que se abre es única en todo caso, nunca iterable, es siempre universal y no puede ser sino universal.

Los requisitos subjetivos que se exigen al eventual sucesor para que pueda adquirir la herencia, es decir, existencia, supervivencia e idoneidad sucesoria, los ha de ostentar en la fecha de la muerte del causante.

Aclaremos qué se entiende aquí por idoneidad sucesoria. En el nombrado no se han de dar ninguna de las causas impeditivas o excluyentes de la sucesión de un determinado causante que la ley tiene previstas, y que le convertiría en *inidóneo* para sucederle. Las impeditivas son las llamadas prohibiciones, que se contienen en los artículos 752 al 754; las excluyentes las tipifica el Código como “indignidades para suceder” en el artículo 756, y otras, que les son asimilables, en el 257 y 900.

EN EL TRÁNSITO POR CAUCE TESTAMENTARIO, la apertura del tránsito sucesorio puede ser muy distinta.

Aunque la sucesión del testador se considere también única, su voluntad puede crear dentro de ella tránsitos sucesorios varios y subordinados, que se van produciendo en distinto momento temporal.

Es una trascendental diferencia que nace de la libertad de que goza el testador, y le permite, en un nombramiento plural y sucesivo, designar a varias personas para que le vayan sucediendo, de modo separado en el tiempo, unas después de otras. Las figuras en que se manifiestan son, en esencia, la sustitución fideicomisaria y la de residuo.

(2) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Lecciones de Derecho Sucesorio (Resumen de explicaciones de cátedra)*, Sucesores de Rivadeneyra, SA, Madrid, 1968, p. 40.

Pueden tenerse por similares, en cierto modo, algunas instituciones condicionales de heredero, porque pueden dar lugar a consecuencias parecidas.

*La consecuencia primordial es **la aparición en el tiempo de nuevas aperturas de la sucesión**, cuando les vaya llegando la hora de heredar a los instituidos para hacerlo después del primer fiduciario. Para cada uno de ellos, sean otros fiduciarios o el fideicomisario final, se abre de nuevo la sucesión. Y es en tal momento cuando cada uno de estos nombrados deberá gozar de existencia y de idoneidad para suceder al causante.*

*No obstante las importantes consecuencias apuntadas, rara vez se tiene en cuenta por la doctrina este hecho de que, al lado de una apertura general del tránsito sucesorio, pueda éste, en el cauce testamentario, “abrirse **para** personas determinadas y de forma sucesiva”. Y ello origina errores notables y permite construir falsas figuras jurídicas.*

Dejada constancia de esta particularidad, al ser poco frecuente su aplicación en la práctica, en lo sucesivo se prescindirá de ella cuando se hable de los momentos previos a la adquisición de la herencia.

2.º Nombramiento de los posibles sucesores.

Como una manifestación de esos criterios jurídico-políticos que latén siempre en el fondo de toda disposición normativa, el Código Civil establece los criterios (a los que se les podría calificar de programáticos) a que se va a atener para determinar a quién corresponde la sucesión del causante que fallece sin testamento.

Esos criterios, apoyado en los mismos principios que sirven de base a la sucesión en sí misma, son de índole familiar y social, y los expone el Código al regular la sucesión intestada formando clases, órdenes y grados.

Las clases son los grupos de personas llamadas a suceder en virtud de un especial criterio: parentesco familiar, matrimonio y ciudadanía (art. 913), subdividido el primero en órdenes y grados, materia en la que no nos corresponde entrar salvo para hacer la indicación de que sirven para crear unas normas de preferencia para la determinación de quién podrá suceder.

El parentesco se combina con el criterio del matrimonio, que se incrusta en aquel orden. Faltando los parientes de cierto grado y el cónyuge, la ineludible necesidad de que cada fallecido tenga sucesor, hace que se aplique el tercer criterio jurídico-político, el de la ciudadanía, en cuya virtud y de modo ineludible, sin necesidad de aceptación, sucede el Estado.

Pues bien, cuando alguien fallece sin testamento (o con un testamento nulo o afectado por los defectos que señala el art. 912) –o válido pero con

un nombramiento que quede frustrado— se han de individualizar las personas a quienes corresponde heredarle por la aplicación de los citados criterios de la sucesión intestada y quedará fijado el título sucesorio material.

La competencia para determinar esas personas conforme a la situación familiar del causante a su fallecimiento, compete a un funcionario, juez o notario, según los casos, que las individualizará y nombrará —título sucesorio material— como resultado de su decisión al concluir el expediente judicial o acta de notoriedad tramitados. Su testimonio o la copia autorizada del nombramiento serán, en uno u otro caso, el título sucesorio formal para el nombrado.

Conviene insistir en que **la esencia del nombramiento es la individualización de las únicas personas que van a poder llegar a suceder al causante**. Son ellas y sólo ellas las únicas que, por su libre decisión, pueden convertirse en sus herederos. Pero que, por el momento, sólo son unos herederos potenciales.

Porque la cualidad de heredero no la da el nombramiento, sino el consentimiento del nombrado, en su momento. Entonces se dará el paso definitivo de la potencia al acto. El nombrado sucesor potencial se convertirá en sucesor actual y efectivo.

El nombramiento puede ser único o plural. El nombramiento plural o múltiple, el más frecuente, es siempre simultáneo.

EN EL TRÁNSITO POR CAUCE TESTAMENTARIO, el nombramiento de eventuales sucesores es obra del testador.

El nombramiento de eventuales sucesores es competencia exclusiva del testador. Para el Código, nadie puede señalar mejor que él quién le haya de suceder en la titularidad del patrimonio que deje. Y el testamento —título sucesorio material— lo nombra en la llamada institución de heredero.

PUIG BRUTAU (3) lo ve en su dimensión exacta y lo dice con claridad. Cuando el testador nombra al instituido, está designando a “su” heredero, que es “el único que, en definitiva, quiere tener”.

Y el nombramiento se hace con una libertad que puede considerarse absoluta. Como exigencia positiva —casi única— es preciso que se haga nominatim, con nombres y apellidos, con total personalismo, como quiere el artículo 772, aunque también se admita cualquier otro medio de individualización siempre que se haga “de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido”.

(3) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen II, Bosch, Barcelona, 1961, p. 480.

La regla se confirma con la excepcionalidad de las instituciones genéricas (en favor de los parientes del testador o de los pobres), en las que el propio Código crea los medios supletorios a través de los cuales se logra la individualización (arts. 747, 749 y 751).

Por otra parte, como en el testamento es connatural la distinción entre la perfección del acto y su eficacia, no hay el menor inconveniente, aunque sea excepcional, en que el instituido heredero (y lo mismo se puede decir del sustituto que se le nombre) sea inicialmente indeterminado, siempre que sea determinable y que sea en una fecha posterior cuando esta determinación se produzca. Es frecuente que ello se realice per relationem. Por supuesto, que todo ello en nada afecta al carácter personalísimo del nombramiento de heredero o de sustituto.

El tenor del testamento puede contrariar principios sustanciales para la Ley, y así ocurre, por ejemplo, si en él se omite toda referencia a legitimarios que le hayan sobrevivido. La omisión de estos parientes que pertenecen al núcleo de mayor intimidad familiar, repugna a la Ley, que reacciona configurando un complejo aparato de defensa con instituciones como la preterición, la actio ad supplemam legitimam, etc.

La ley, que ha creado la legítima y a los legitimarios y en el cauce intestado los erige eventuales sucesores en su simple calidad de parientes, no ha creído en cambio que sea necesario, ni aun siquiera conveniente, que sean designados obligatoriamente herederos por el testador. Y se guarda de poner trabas a la libertad del testador para designar a quienes desee que le hereden. Le basta con que tales derechos se satisfagan en la forma o por el título que libremente elija el obligado, incluso la donación, como reconoce, de modo bien explícito, VALLET (4).

Hace ahora unos veinticinco años, en un elaborado estudio que suscitó fuerte polémica doctrinal, un gran jurista defendió con variadas y muy sólidas razones que ciertos legitimarios tienen naturaleza de genuinos herederos.

Creo que esto es innegable. Pero no supone, a mi juicio, entender que a tales legitimarios se les defiera la sucesión por un cauce distinto de los que menciona el artículo 658. Es perfectamente posible que el carácter supletorio que tiene reconocido al cauce intestado y su compatibilidad con el testamentario en el Código Civil, per-

(4) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 291. "El artículo 815 acepta implícitamente que la legítima puede ser atribuida por cualquier título."

mita a éste llegar al mismo resultado para ciertos casos en los que la voluntad testamentaria exija una corrección o una interpretación integradora, así como para justificar algunas especialidades que el régimen legitimario implica dentro del sistema sucesorio.

El testador puede también prever el fracaso o frustración del nombramiento que realiza, creando, para distintos casos, otros nuevos nombramientos subsidiarios o supletorios, las sustituciones vulgares, que son verdaderas sub-instituciones de heredero, sujetas a las mismas normas que el nombramiento al que suplen.

3.º Valor jurídico del nombramiento.

Nombrado el eventual sucesor en el proceso judicial o en el acta de notoriedad, su título sucesorio material es firme desde el primer momento.

Y si el nombrado es idóneo para suceder al causante, es decir, si no hay obstáculos que se lo impidan, se convierte en nombrado vocacional o con **vocación** y surge, correlativa y simultáneamente, la **delación** de la herencia que al efecto se le defiere u ofrece (herencia delata) (5).

En tal instante nace un derecho al que los romanos dieron el nombre de *ius adeundi vel repudiandi hereditatis*, al que hoy llamamos *ius delationis*, y que deberíamos denominar *ius delationis vel delationis*, un derecho de opción cuyo exclusivo contenido es permitir a su titular pronunciarse en el sentido de optar por uno de los dos términos alternativos: suceder o no suceder, heredar o no heredar, aceptar o rehusar la herencia.

Es la ley, y sólo ella, la que anuda al nombramiento la vocación y con ella el *ius vocationis vel delationis*. Surge *ope legis* y sin la menor intervención de la voluntad ni del autor del nombramiento ni de la del nombrado. Su consentimiento no juega ningún papel en la aparición del derecho concedido, simple vehículo o instrumento para hacer posible la decisión de heredar o de desentenderse de la herencia.

Recordando el texto del artículo 991, se podría decir que el nombramiento atribuye “*cierto*” derecho a la herencia. Y que la vocación o nombramiento vocacional confiere el *ius vocationis vel delationis*, que es el reconocimiento de que tiene ya “*un derecho cierto*” sobre ella.

(5) A la relación entre ambas ideas dediqué mi “Vocación o delación”, *Revista Jurídica del Notariado* número 63 (julio-septiembre 2007), pp. 141-165. Es de una importancia en verdad trascendental, el diferenciarlas. Y captar el distinto punto desde el que una y otra son contempladas, así como su complementariedad. Por eso, el derecho que de ellas nace debe llevar el nombre de ambas, como se propone, y no el de una sola de ellas, lo que evitaría los errores surgidos de la denominación en uso.

EN EL TRÁNSITO POR CAUCE TESTAMENTARIO, el nombramiento sufre una importante evolución.

La institución de heredero puede producirse en fecha que sea anterior a la de la misma apertura general de la sucesión del causante, y está por ello sometida a una evolución en tres fases.

1.ª) Precariedad inicial del nombramiento. Mientras vive el testador, la institución de heredero, el nombramiento de eventual sucesor, carece de consistencia y es de una precariedad total, pues está dependiendo de la cambiante voluntad del testador, que es ambulatoria “hasta el último momento de su vida”. La congénita debilidad del nombramiento deriva de la posibilidad de su revocación, siempre hacedera para el testador.

En este aspecto debe destacarse que la ley niega al testador la posibilidad de hacer una institución de heredero que sea irrevocable, y juzga esencial su revocabilidad. Y el artículo 737 del Código lo dispone con singular rigor al decir: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en ellas su voluntad o resolución de no revocarlas”.

Una segunda fuente de precariedad es la derivada de la propia vida del instituido. El nombramiento de eventual sucesor decae y pierde su efectividad si el instituido no sobrevive al causante, y por ello es frecuente que el testador lo prevea nombrándole sustitutos para tal evento.

2.ª) Consolidación del nombramiento. La muerte del testador conectada con la sobrevivencia del instituido, dan paso a la siguiente fase, y hacen que su nombramiento se consolide al desaparecer la debilidad y adquiera firmeza. Pero aún no consigue plena efectividad. El “electo” para suceder ya ha recibido su nombramiento para el cargo, ya tiene el título... pero aún no puede ejercer el “cargo” de sucesor.

3.ª) El nombramiento deviene operativo y eficaz. La tercera fase, la del nombramiento activo y operante, se da si el nombrado es idóneo para suceder en el momento en que se abra la sucesión para él si su nombramiento ha sido de carácter conjunto y sucesivo con el de otras personas, circunstancia que en el cauce intestado no cabe.

En este momento, lo mismo que en el cauce intestado, nace el ius vocationis vel delationis, con idénticas consecuencias.

Cabría decir que el nombrado en el testamento, el instituido heredero, tiene una esperanza fundada durante la vida del testador; una expectativa firme si, a su muerte, la institución permanece en el testamento en que se expresa su postrera, su verdaderamente “última voluntad”. Y nace un

auténtico derecho subjetivo, si el instituido no es inidóneo para suceder al causante y, caso de que sea necesario, la sucesión esté abierta para él.

4.º Su naturaleza jurídica.

Cuando el juez en el proceso o el notario en el acta de notoriedad, nombran los eventuales sucesores del causante, lo hacen, como ya se vio, atendiendo a dos circunstancias: las normas que da el Código y la cualidad preferencial que corresponde a ciertas personas, vivas al tiempo de la muerte del causante, que al efecto se identifican con sus nombres y apellidos.

Se les nombra, precisamente, por ser quienes son y porque son las preferentes respecto de las demás. Y mientras ese nombramiento subsista, en tanto no decaiga (que puede decaer), nadie, sino ellas, puede suceder al causante. Es la **naturaleza personalísima del nombramiento** en su doble aspecto, el positivo, que le hace exclusivo; y el negativo, que le da vigor excluyente.

Los nombrados son los que pueden suceder y los únicos legitimados para hacerlo. Nadie, sino los nombrados, puede suceder. (Y si resulta fracasado el nombramiento, será preciso uno nuevo.)

EN EL TRÁNSITO POR CAUCE TESTAMENTARIO, el nombramiento es también de naturaleza personalísima.

No hay en él normas preferenciales previas a que el testador deba someterse. Su voluntad, incluso su voluntad caprichosa, es ley de la sucesión, mientras no vulnere normas imperativas.

El testador instituye herederos, elige eventuales sucesores, a quien quiere. Y siempre y exclusivamente porque lo quiere y porque los nombrados son quienes son. Y es también personalísima la naturaleza del nombramiento, y puede decirse que lo es de modo aún más expresivo dada la libertad con que actúa. Sólo el instituido podrá heredar y toda otra persona queda excluida de la sucesión.

La circunstancia, ya analizada antes, de que el nombramiento testamentario de eventual sucesor tenga que preceder a la apertura de la sucesión (pues el testador regula su propia futura sucesión), hace normal que el testador prevea otras posibles instituciones de heredero, en función supletoria para el caso de que la ya hecha se frustre. A estas instituciones supletorias se les suele denominar “sub-instituciones”, sustituciones, y el ejemplo es la sustitución vulgar, que no es más que un nombramiento subsidiario (6). Lo veremos al tratar de la frustración del nombramiento.

(6) Así califica VALLET a la sustitución en su *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963.

El sustituto se individualizará con el mismo personalismo del instituido al que reemplaza.

5.º La frustración del nombramiento y sus causas.

El nombramiento de eventual sucesor puede fracasar, y su fracaso consiste en que el nombrado no llegue a suceder, o sea, que no alcance la cualidad de efectivo sucesor por no aceptar la herencia.

El nombramiento queda frustrado por el hecho de que el potencial sucesor no se convierta en sucesor actual.

Las causas concretas de frustración en el cauce intestado son tres: la primera es la inidoneidad del nombrado para suceder al causante; en las otras dos el nombrado es ya vocacional, tiene vocación, y es por ello titular del *ius vocationis vel delationis*; pero en un caso lo ejerce en sentido negativo repudiando la herencia y en el otro fallece sin haber optado entre aceptar o repudiar.

EN EL TRÁNSITO POR CAUCE TESTAMENTARIO, la frustración del nombramiento puede seguir otro camino.

Las tres causas de frustración que se acaban de ver se pueden dar también en este cauce, sin variación alguna. Pero en el cauce testamentario debe añadirse una cuarta –primera en el tiempo– que es la premoriencia del instituido respecto al testador, que en el cauce intestado no tiene cabida a causa de que el nombramiento de eventual sucesor es siempre posterior a la apertura de la sucesión.

Esta posible premoriencia del instituido la resuelve el testador como ya se ha dicho, previéndolo y nombrando para tal caso un sustituto vulgar. Para este nombramiento el testador goza de la misma libertad que tenía en la institución de heredero, cosa natural ya que no hace sino repetirla para el caso de frustración de la primera.

En efecto, a la libertad en la elección de la persona del sustituto hay que añadir la libertad en la elección de los casos en que la sustitución se opere.

Debe considerarse fuera de duda que el testador puede nombrar sustituto para todo caso que provoque la frustración del nombramiento del primer instituido. Pero su estudio no nos corresponde aquí.

6.º La frustración del nombramiento y sus efectos.

Cabe contraponer un efecto interno y otro externo.

Denominamos **efecto externo** de la frustración a la necesidad de que se tenga que proceder a un nuevo nombramiento. Y se da este efecto, sin

la menor duda, si ha habido un único nombramiento de eventual sucesor, que se frustre a causa de que el nombrado sea inidóneo o haya renunciado a la herencia.

Lo imponen así dos razones. El carácter personalísimo de todo nombramiento de eventual sucesor, por un lado; y, por otro, que en el cauce intestado, a diferencia del cauce testamentario, no existe la sustitución vulgar con el alcance y la amplitud que se acaban de ver en el apartado que precede.

Y por ello es preciso iterar el proceso o el acta de notoriedad para lograr la designación de otras personas a quienes, viviendo en la fecha de la muerte del causante, correspondiere sucederle por su mayor proximidad de grado con él.

Pero si el único nombrado fallece sin haber aceptado ni repudiado la herencia, el efecto externo que nos ocupa se producirá o no, deberá iterarse o no el nombramiento, según el valor que se dé al artículo 1006, ya que es en este específico supuesto en el que parece debe ser aplicado. Y, por lo tanto, advertida aquí esta circunstancia, debe ser objeto de análisis en otro momento.

El efecto externo deberá surgir también si, de haberse producido un nombramiento múltiple y simultáneo de eventuales sucesores, todos ellos fallecen sin que ninguno haya aceptado ni repudiado la herencia. Salvo que una interpretación extensiva considere que también debe ser aplicable el artículo 1006.

El que llamamos **efecto interno** nacerá en el mismo supuesto de un nombramiento plural cuando uno o más de los nombrados ha aceptado ya la herencia, mientras que otro u otros de aquellos nombramientos se frustra. Uno o más nombrados son inidóneos, repudian la herencia o mueren sin aceptar ni repudiar.

Por el hecho de que haya varias personas nombradas para suceder al causante, se entiende que a cada una de ellas le va a corresponder una porción o cuota de esa herencia, la que resulte de dividirla entre los nombrados.

Pues bien, se llama “porción vacante” a la que correspondía al nombrado o nombrados que se frustraron, que, por una u otra causa, no llegan a suceder. De los posibles destinos de esa porción, ya el Derecho Romano optó por el efecto interno que tratamos de explicar y estableció el acrecimiento.

Lo mismo ha dispuesto el Código en este cauce, atribuyendo las porciones vacantes a quienes ya aceptaron la herencia. Sin necesidad de acto alguno, sin expresión de consentimiento, como un efecto mecánico de la aceptación y de la simple existencia de tales porciones vacantes, los ya sucesores ven aumentada su participación en la herencia con la cuota proporcional en las indicadas porciones vacantes.

Es el acrecimiento, al que muchos autores llaman derecho de acrecer.

En el capítulo titulado “De la sucesión intestada”, el Código recoge este efecto en el artículo 922, en un texto de confusa redacción (7), en el que incluye la frase: “su parte acrecerá a los otros” es el efecto del “acrecentamiento” que engrosa las porciones de los sucesores efectivos.

EN EL TRÁNSITO POR CAUCE TESTAMENTARIO, tal acrecentamiento puede ser excluido por el testador.

El efecto externo de la frustración se da en este cauce si el testamento se anula, o resultan fracasadas totalmente la institución de heredero y las sustituciones que la previsión del testador puede hacer.

Y al quedar cegado el cauce testamentario, el tránsito discurrirá por el intestado. Y el nombramiento se hará por el juez o por el notario, según quiénes sean los parientes vivos del testador en la fecha de su óbito.

Y convivirán los cauces testamentario e intestado (art. 658.2.º) coexistiendo los nombramientos del testador y los que hagan juez o notario para la cuota que correspondiese a unos nombramientos testamentarios que se frustraron, si el testador hubiera excluido el acrecimiento, como vamos a ver.

El testador es libre para instituir un único heredero o una pluralidad de ellos; y también lo es para disponer el modo en el que los instituidos múltiples gozarán en su día de lo que el testamento les asigna, una vez hayan aceptado la herencia.

Es decir, es también libre para disponer que, si en una institución múltiple y simultánea de herederos, fracasa el nombramiento de uno o varios de ellos, se produzca o se excluya el efecto interno de que las porciones hereditarias que les habrían correspondido caso de ser sucesores y que han quedado vacantes, acrezcan a las porciones de quien o quienes ya han aceptado o acepten la herencia.

En el Derecho Romano, cuando el testador instituía varios herederos, su llamamiento podía ser “coinuncto” o “disiuncto”. Y así permanece, intacto, en el Código Civil.

El primer caso, también llamado “solidario,” se caracteriza porque en él, todos y cada uno de los instituidos están llamados a la totalidad de la herencia (8). Si todos los instituidos aceptan la herencia, la misma concurrencia impide que cada uno adquiera el todo a que está llamado, y será necesario

(7) Traté de él con cierto detenimiento en cuanto a su enlace con el derecho de representación en mis ya citadas “Nociones sobre los cauces...”, pp. 193 y siguientes.

(8) VALLET lo explica en su *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 304, diciendo que “al entenderse llamados todos a la totalidad, de forma que el derecho de cada uno comprime el derecho de los demás”.

dividir la herencia en partes. Concurso partes fiunt. Si la concurrencia desaparece y queda un solo heredero, ya no hay partes. Cessante concurso partes cessant. Y si sólo alguno o algunos de los instituidos no llega a suceder (sin que tenga designado sustituto vulgar) y sigue habiendo varios aceptantes, la parte de aquéllos, que ha quedado vacante, acrece a éstos. Y se produce también el acrecimiento que acabamos de ver en la sucesión intestada.

El segundo caso, de llamamiento disiuncto o no solidario, en sentido radicalmente contrario, se caracteriza por ser separado o fraccionado. Cada instituido es llamado a una determinada cuota de la herencia y sólo a ella. La porción vacante no va a originar ningún acrecimiento. Y se tendrá que atribuir a los herederos del causante, conforme a las normas de la sucesión intestada del propio Código.

Así, frente a la sucesión del cauce intestado, en el que el acrecimiento de las porciones vacantes se produce siempre, en favor de los que ya han llegado a suceder, en el testamentario habrá o no acrecimiento según que el testador haya dispuesto una institución plural de herederos de carácter solidario o fraccionado.

Segundo: Las llamadas “formas de suceder”

La idea de que hay diversas “formas de suceder *mortis causa*” tiene amplia acogida en la doctrina. Aunque no siempre la formulen de un modo tan explícito y terminante, es habitual en nuestros autores más recientes ver algunas singularidades en ciertas figuras, como el derecho de representación, el de acrecer y el de transmisión, que les lleva (podríamos decir que “les obliga” de hecho) a enfrentarse con ellas y explicar sus relaciones y sus diferencias con la *sucesión mortis causa*.

GARCÍA GARCÍA (9), en lo que es el comienzo mismo de su ingente tesis doctoral, dedica el número dos de la “Introducción” a la cuestión terminológica y explica que por la influencia de los antecedentes históricos ha preferido para su obra la denominación de “*sucesión por Derecho de Transmisión*”.

Y añade que, por otra parte, con ella se destaca su contraposición a esas otras dos formas de sucesión, la sucesión ordinaria o por derecho propio, y la sucesión por derecho de representación.

En el inicio de la segunda parte de la obra que está dedicada al “análisis estructural del Derecho de Transmisión” (y en la p. 151) dice que su especialidad y complejidad “determinan que pueda ser considerado como

(9) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *La sucesión por Derecho de Transmisión*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1996, p. 30.

una especial forma de suceder. Así, junto a la sucesión ordinaria y a la sucesión por derecho de representación, cabe hablar de un *tertium genus* de sucesión que es la *sucesión por Derecho de Transmisión*".

Y en el capítulo IX y último de la misma segunda parte, intitulado "La naturaleza jurídico-funcional de la sucesión por derecho de transmisión", dice: "creo que se deben separar claramente las tres clases de sucesión: la sucesión ordinaria o directa, la sucesión por derecho de representación y la sucesión por Derecho de transmisión" (p. 229).

Autocalificado de "polémico" este boceto de ensayo, quiere que así se demuestre desde el primer momento y, en consecuencia, no puede dejar sin comentario crítico estas afirmaciones sobre las "formas de sucesión". Porque discrepo de modo radical de estas afirmaciones que ven en tales derechos otras "formas de suceder" distintas de la *sucesión mortis causa* normal u ordinaria, en nombre propio.

A) El derecho de representación no es una forma de suceder.

La pretendida sucesión por derecho de representación no es una forma de sucesión *mortis causa* porque **ni siquiera es una sucesión**.

Es, tan sólo, una forma especial de llamamiento que hace la ley en la sucesión intestada, al trazar las grandes líneas con las que la establece.

La importancia que tiene la sucesión para la Sociedad tiene su arranque en el aspecto familiar. Por eso el primer gran criterio para implantar la sucesión *mortis causa* es el parentesco familiar.

En la línea de fijación de preferencias para suceder a quien no ha otorgado testamento, la primera norma general sobre parentesco es que los primeros a quienes corresponde suceder, los llamados en primer término para ello, son los parientes del causante que tuvieran con él el grado más próximo de parentesco.

Esta es la regla general, que nuestro Código presenta en el artículo 921, de que "en las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto".

Pero la regla tiene excepciones, que el propio precepto citado ya anticipa, en que la exclusión a que se refiere no se produce. Por el contrario, con los parientes de grado más próximo concurrirán en la sucesión otros de grado más remoto. Son éstos los casos en los que se da la que ha sido llamada "forma de suceder por derecho de representación".

Tales excepciones muestran a unos parientes que no son del grado más próximo y, sin embargo, contra la regla general, **van a suceder** concurriendo con otros de este grado preferente.

Son tan sólo dos que se concretan en sendos dos párrafos del artículo 925: en el primero, relativo a la línea recta descendente, con los hijos

del causante van a concurrir los hijos o descendientes de un hijo que premurió y que también son llamados a heredar; en el segundo, línea recta colateral con el mismo efecto, los sobrinos, hijos del hermano premuerto concurren con sus tíos, los hermanos del causante (10).

Y es en la designación judicial o notarial de los parientes que habrán de ser nombrados eventuales sucesores cuando, si procede, deberá aplicarse el artículo 925. Y, si los hijos del causante y los indicados nietos, o los hermanos de aquél y sus sobrinos deciden aceptar la herencia, **todos ellos sucederán en su propio nombre y derecho y de modo directo.**

Otra cosa es que, una vez convertidos en efectivos sucesores por la aceptación de la herencia, ya todos ellos herederos, procedan a formalizar la partición de los bienes hereditarios, porque es al fijar los haberes de cada uno de los herederos cuando tendrán que aplicar lo que establece el artículo 926, en que la proximidad de grado vuelve a ser relevante.

Y es que la división del caudal relicto se hace por “cabezas” si se trata de herederos del grado más próximo (los hijos o los sobrinos del causante), pero los herederos de grado más remoto que concurren no pueden recibir entre todos más de lo que su ascendiente recibiría si viviera. **Heredan, adquieren la herencia,** por estirpes.

Y la consecuencia fundamental que la forma del llamamiento va a provocar es que, según el artículo 926, la estirpe del premuerto no ha de recibir más de lo que éste hubiera recibido de haber vivido y heredado. Es decir, algo que no afecta a la sucesión considerada en sí misma, sino al contenido de lo que va a recibir cada sucesor.

Los hijos del causante, en cuanto sucesores, no son distintos de los nietos que concurren con ellos por ser hijos de otro hijo premuerto. Unos y otros son sucesores, y todos subingresan en la situación jurídica de su causante y todos, en cuanto sucesores, son iguales. Todos suceden de modo directo y por derecho propio.

Si no se entiende así es porque, a causa de la deplorable terminología del Código en toda esta materia (que la doctrina, incomprensiblemente, no acierta a superar), se confunde lo que es la sucesión, el hecho de suceder (el modo de adquirir) con el contenido de la adquisición, con lo que a cada sucesor va a corresponder en la división de lo adquirido, que es la herencia. ¿O es que también hay una forma especial de sucesión para cada heredero cuando el testador les ha instituido con cuotas diversas?

(10) Véanse mis “Nociones sobre los cauces sucesorios y sus diferencias”, p. 178.

Porque, en efecto, una cosa es que sucedan y otra muy distinta que puedan ser diversos en su cuantía los derechos que esa sucesión les atribuya como sucesores, diversidad que nace, en este caso, por razón de la proximidad de grado de unos y otros. **Es tan sólo el contenido de la sucesión lo que puede variar, y aun no siempre.** La variación no se llega a dar si la estirpe del premuerto está compuesta por un solo individuo.

Si en los casos de aplicación del artículo 925 el hijo premuerto no ha dejado más que un solo hijo, nieto del causante, o si el hermano que premurió sólo tenía un hijo, sobrino del causante, los hijos y el nieto, los hermanos y el sobrino no sólo son igualmente sucesores al heredar en forma directa y en nombre propio, sino que también va a ser idéntico el contenido de su respectiva sucesión.

En tal caso desaparece hasta la diferencia de contenido en la sucesión de los parientes más próximos y en la de los que, no siéndolo, coheredan con ellos.

Y me parece claro que en la materia que hemos examinado no hay sólo problemas de una deficiente terminología, sino una palpable y grave confusión de ideas y conceptos.

Para patentizar la necesidad de la aclaración de conceptos, veamos un ejemplo en cierto modo similar. Porque también en él se podrían confundir la sucesión y el contenido de tal sucesión.

El artículo 938 llama a heredar a los abuelos del causante cuando éste no tiene descendientes y le han premuerto sus padres.

¿Y es que el único abuelo paterno que, una vez dotado de su título sucesorio, acepta la herencia concurriendo con los dos abuelos maternos también aceptantes, hereda de forma distinta que éstos por el hecho de que el artículo 940 imponga la sucesión por líneas y le atribuya la mitad de la herencia, el doble de lo que recibirá cada uno de los abuelos maternos?

Es evidente que la sucesión, en cuanto tal, es la misma en ambos casos, la sucesión llamada ordinaria, directa o en nombre propio. Sólo varía el contenido del derecho de las personas que suceden. Y ello es debido a que el Código establece que en la línea recta ascendente los abuelos heredan por líneas y no por cabezas.

En el caso anterior, la desigualdad de contenido sólo se debía a que, por disposición legal, el llamamiento de unos sucesores (los hijos y los hermanos del causante) es por cabezas, mientras que los de grado inferior de parentesco que concurren con ellos en la sucesión (los descendientes del hijo o los hijos del hermano) son llamados por estirpes.

En resumen, lo que el Código denomina con error “derecho de representación”, expresión falta de realidad en sus dos términos, no es, en

absoluto, una forma de suceder distinta de la normal, ordinaria o en nombre propio.

B) El derecho de acrecer no es una forma de suceder.

La pretendida “forma de sucesión” especial por derecho de acrecer no es más que un efecto particular posible en una sucesión ya consumada.

No vamos a repetir lo dicho en el apartado de los efectos de la frustración del nombramiento.

Unos sucesores, en sucesión por supuesto ordinaria o en nombre propio, como efecto de esa adquisición hereditaria, ven incrementada su participación en la herencia con el acrecimiento de lo que les corresponde en unas porciones que han resultado vacantes; y este acrecimiento es un puro hecho, el resultado de la simple existencia de tales vacantes, las porciones que les correspondían a los nombrados que no llegaron a aceptar.

Salta a la vista que no se trata de una sucesión distinta de la que se llama ordinaria, normal o en nombre propio. Se produce entre quienes ya han sucedido. Es un hecho posterior a la sucesión y consecuencia de ella.

C) El derecho de transmisión, ¿es “una forma de suceder”?

En unión de una gran parte de los autores patrios (11) lo entiende así GARCÍA GARCÍA, a quien frente a la sucesión ordinaria y a la sucesión por derecho de representación, hemos visto calificar de *tertium genus* a la “**sucesión por Derecho de Transmisión**”.

En los apartados anteriores creo haber dejado absolutamente claro y demostrado cumplidamente que no existe sucesión diferenciada de la ordinaria en la llamada sucesión por derecho de representación, ni tampoco en el denominado derecho de acrecer.

¿Es una “forma” de suceder distinta de la llamada sucesión ordinaria esa pretendida sucesión por derecho de transmisión? Esto es lo que quisiéramos saber. Y lo vamos a intentar en este pequeño estudio. Pero más adelante, después de una especie de preparación.

(11) También dice CÁMARA (*Derecho sucesorio...*, p. 13) que “cuando actúa el *ius transmissionis* se sucede”, aunque añade que es controvertida la cuestión de si se sucede al causante o al titular del aquel derecho.

I. Fundamentos y función del *ius transmissionis*

La figura del llamado derecho de transmisión (12) es una creación de los autores en nuestro Derecho civil común. Y puede decirse que lo ha sido siempre tradicionalmente en todos los tiempos y en todos los países.

Con relación al Código Civil, se quiere recoger en este apartado lo que es la esencia de lo que origina el derecho de que se trata, es decir, sus presupuestos o fundamentos, su función o cometido y su base de apoyo en el Código.

Se ha recurrido para ello a la opinión de una serie de destacados civilistas patrios, algunos de los cuales pueden ser considerados sus más destacados especialistas, dentro de los que ya lo son en materia sucesoria.

Se procurará hacerlo con objetividad, de manera breve y sintética, y salvando los obstáculos de dicción (13). El apartado divide la exposición en dos secciones de muy desigual dimensión y facilidad de lectura. Son la exposición de la doctrina de los autores y un resumen general, en calidad de recapitulación.

I.1. Opinión de algunos autores.

Al lector de poca paciencia se le aconseja
ir a I.2., Resumen (p. 231)

1. ALBALADEJO (14) considera en la introducción de su estudio que “esta sucesión *iure transmissionis* presenta dos facetas y, por ello, también dos órdenes de problemas”. Y que hay que “tratar de dos sucesiones: la sucesión en el *ius delationis* y la sucesión en la herencia del primer causante”. Y que “en la primera de ellas debe exponerse 1.º el *ius delationis*; y 2.º su transmisión”.

Su pensamiento respecto del *ius delationis* se puede resumir en la siguiente forma: es un derecho subjetivo, por conferir un poder jurídico concreto, que recae sobre algo determinado, una herencia, y permite una modificación jurídica; tiene un papel instrumental, encaminado a posibilitar la adquisición por el llamado; se adquiere *ipso iure* sin necesidad del concurso de la voluntad de quien será su titular; no es personalísimo en

(12) Los problemas sobre la naturaleza del *ius transmissionis* son de tal envergadura que justifican el hecho de considerar aceptable y lícito referirse a él como “llamado” o “pretendido”. Y no sólo porque se haya discutido si existe un derecho de transmisión o la transmisión de un derecho, lo cual puede no ser otra cosa que un juego de palabras, más o menos ingenioso. La discrepancia puede llegar mucho más lejos, hasta negar que exista ninguna transmisión.

(13) Hay que aceptar como inevitable el hecho de la variada terminología que van a emplear, lo cual puede causar dificultades. A pesar de todo, creo que es útil.

(14) ALBALADEJO, Manuel: *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955, pp. 250 y siguientes.

el sentido de que pueda tenerlo o ejercitarlo sólo el llamado; pero el testador podría darle ese carácter personalísimo; y su extinción normal sobreviene con la adquisición de la herencia, si bien cabe la renuncia (pp. 251 y siguientes).

El *ius delationis* forma parte de la herencia del llamado. Así resulta, por la implícita referencia al artículo 1006 que contiene de la nota a pie de página número 10: “Otra cosa es que al morir el llamado sin aceptar ni repudiar, sus herederos adquieran derivativamente –formando parte de su herencia– el *ius delationis* que no ejercitó”.

En otra publicación de la misma fecha el autor (15) escribe: “En la transmisión hay una delación por la que se atribuye al llamado un *ius delationis*. El llamado muere sin aceptar ni repudiar y transmite ese *ius* a sus herederos como les puede transmitir cualquier otro derecho transmisible de que fuese titular”.

2. CÁMARA (16) afirma que el artículo 1006 se refiere al derecho de transmisión y que éste presupone: 1.º Que la sucesión esté ya abierta pues, de lo contrario, no podría transmitirse un derecho que por hipótesis no ha nacido todavía. 2.º Que la herencia esté ofertada, es decir, que exista un titular del *ius delationis*. Y 3.º Que, después de abierta la sucesión y antes de la aceptación, fallezca el titular del *ius delationis*.

3. CASTÁN (17) escribe que la delación es “el llamamiento efectivo hecho a la persona del sucesor para que, mediante la aceptación, pueda adquirir la herencia” (t. VI-I, p. 105).

En la página siguiente da sus presupuestos, que son: “1.º que la sucesión esté abierta. 2.º que exista una designación o llamamiento, siendo indispensable que el llamado esté determinado o, cuando menos, sea determinable. 3.º que el llamado sobreviva al causante. Y 4.º que tenga aptitud o capacidad”.

Respecto de sus efectos (dice en la p. 190 del mismo volumen), que “el más característico de los efectos de la delación de la herencia es hacer surgir en el heredero el derecho de aceptar o repudiar la herencia”.

Para añadir a continuación, en cuanto a la transmisibilidad de este *ius delationis*, que “nuestro Código Civil la reconoce como regla general en el artículo 1006”. “Mas, por excepción, no tiene lugar en los casos de incapacidad del heredero o de renuncia por él a la herencia.”

(15) ALBALADEJO, Manuel: “La sustitución vulgar”, *Revista de Derecho Notarial*, número 7, 1955, p. 163.

(16) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, p. 13.

(17) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª edición, Reus, SA, 1960.

Y (en la p. 193 del volumen VI-II) define el derecho de transmisión diciendo que es “la facultad que tiene el heredero que ha adquirido el derecho a la herencia, aunque no ha llegado a posesionarse de ella, de transmitirlo a sus propios herederos”. Y añade que “no transmite derecho alguno a sus herederos: 1.º el que premuere al testador, 2.º el incapaz de heredar, 3.º el que renuncia a la herencia”.

4. Díez-Picazo (18) dice (p. 59) que la delación es “una situación jurídica especial de la herencia, un momento del fenómeno sucesorio que se caracteriza por la atribución a un sujeto del poder de suceder a otro”. Delación significa llamamiento efectivo del sucesor y puesta de la herencia a disposición del llamado. Y la define como “aquella situación jurídica que se produce cuando la herencia es puesta a disposición del llamado y éste puede inmediatamente adquirirla”.

Cree que “el *ius delationis*, efecto fundamental de la delación, es la atribución al llamado del derecho a suceder a otra persona *mortis causa*” (p. 89), y la aceptación y la repudiación son los actos de ejercicio de tal derecho.

Que es un “propio y verdadero derecho subjetivo, como situación de poder concreto sobre un objeto determinado que es la herencia deferida”, de carácter patrimonial en cuanto potencialmente al menos da derecho a relaciones patrimoniales; y no es un derecho de carácter personalísimo, en cuanto es transmisible *mortis causa* e *intervivos*, y ejercitarlo el llamado por sí o por representante así como sus acreedores por medio de la acción subrogatoria.

Después de transcribir el artículo 1006, añade (en la p. 91) que “el *ius delationis* se transmite *mortis causa* a los herederos del llamado al fallecimiento de éste que no ha ejercido tal derecho”.

El fenómeno es, pues, que en su virtud los herederos del llamado ocupan la misma posición que éste tenía, lo que les permite aceptar o repudiar la herencia.

Pone de relieve que “se habla de derecho de transmisión o de sucesión *iure transmissionis* con evidente inexactitud pues no nos hallamos en presencia de un derecho de transmisión, sino, al contrario, de la transmisión de un derecho, de transmisión de la delación”.

5. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE (19) entienden que “la vocación a la herencia es un llamamiento *in abstracto* de todos

(18) Díez-Picazo, Luis: *Lecciones de Derecho civil*. IV. Derecho de sucesiones. Universidad de Valencia, Madrid, 1967.

(19) FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis y PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos: “Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1006 del

los posibles herederos”, y que la delación “es el concreto ofrecimiento de la herencia”, y añaden que “supone un paso más: implica la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia con posibilidad inmediata de aceptarla”.

“No todos los llamados o vocados van a ser «Delados». Sólo serán delados aquellos que reúnan (cumulativamente) los requisitos requeridos por la ley para ello.” Y enumeran, que la sucesión esté abierta, que exista una designación, llamamiento o vocación para suceder, siendo indispensable que el llamado esté determinado o sea determinable, que sobreviva al difunto y que tenga aptitud y capacidad.

Añadiendo que hay que dejar bien sentado “que solamente la persona delada, previamente designada (o, si se prefiere, “nombrada”) (20) por el testador o por la ley, con carácter único o preferente, exclusivo o excluyente, va a poder ser heredera del causante. No va a poder serlo ninguna otra persona” (21).

Dicen que “el llamado «Derecho de transmisión» viene recogido en norma precisa por nuestro Código Civil en el artículo 1006”, cuyo texto transcriben. Y pasan a exponer el supuesto de hecho, siguiendo a GITRAMA.

“Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquél [...]”

Pocas páginas más adelante entienden que “conviene esquematizar en lo fundamental el «Derecho de Transmisión» por lo que concierne a sus REQUISITOS” y creen que “el resumen más claro, conciso y preciso lo escribió ROCA SASTRE ya en 1948”, y transcriben lo que antes quedó citado.

6. GARCÍA GARCÍA (22), por lo que se refiere a la relación existente entre el artículo 1006 y el derecho de transmisión, dice (p. 31) que “en lugar de comenzar por dar una idea inicial o hacer una exposición previa de lo que es, sustancialmente el *ius transmissionis*” “parece suficiente, en principio, el enunciado del artículo 1006 CC, que doy por conocido”.

Aludiendo a los artículos 1006 y 1007, sustancialmente al primero, dice

Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 1544.

(20) Pues sí, la verdad, al menos por mi parte, “se prefiere” hablar de “persona nombrada” que de “persona delada” (sujeto a quien O’CALLAGHAN denomina “delado”, neologismo que tuvo un éxito fulgurante y fue seguido por muchos autores). El latinismo “delada” conviene a la herencia, que es la que se ofrece al nombrado eventual sucesor cuando ya ha adquirido el *ius delationis*. Pero a la persona lo que le compete es aceptar o rehusar la oferta o el ofrecimiento. Nunca puede ella misma “ser ofrecida”, ofertada, delada.

(21) Esta última frase se destaca en el texto en un punto y aparte, en mayúsculas y con doble admiración (*loc. cit.*, p. 1548).

(22) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *La sucesión por derecho de transmisión*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, 492 pp.

en la página 134 que están “directamente relacionados con la institución que aquí nos ocupa”.

Al artículo 1006 lo considera (en la p. 166, ya en la segunda parte, dedicada al análisis estructural del derecho de transmisión) el caso normal contemplado por el legislador, que “es el de transmisión del *ius delationis* propiamente dicho, o sea, el derecho derivado de la vocación y de la delación, que se concreta en la facultad de aceptar o repudiar la herencia”.

En el concepto de derecho de transmisión hace una notable distinción entre su aspecto como derecho y como forma especial de suceder (p. 150). En cuanto al primero, dice que es “*el derecho* que tiene el sucesor del heredero llamado por un primer causante para ejercitar respecto a la primera herencia las mismas facultades que tenía el llamado”. En el segundo, lo define diciendo que es “*la sucesión* de un primer causante por el sucesor del segundo causante llamado, y a través de la herencia de éste”.

Respecto de las ideas generales de vocación y delación, comienza con una referencia a la doctrina actual española, de la que dice que configura la vocación “como *llamamiento* o *convocatoria general* a todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *de cuius*, frente a la delación, que es el *ofrecimiento de la herencia* a una o varias personas del grupo general de llamados para que puedan adquirir la herencia aceptándola, o bien rechazarla mediante la repudiación” (pp. 152 y 153), para dar a continuación su opinión personal.

En la 155 afirma que “la delación no es un llamamiento, sino que es la atribución de la facultad de aceptar o repudiar la herencia o el legado, que reconoce la ley a aquellos que han recibido un llamamiento efectivo”. “De este modo, la vocación es el presupuesto de la delación, pues sin un título o llamamiento no cabe ostentar la facultad de aceptar o repudiar. Pero la delación requiere que se trate de una vocación *efectiva*, por referirse a un llamamiento preferente a otros posibles llamamientos.”

Y añade a continuación: “Mientras no exista un llamamiento o vocación efectiva no hay delación”, para continuar: “En la vocación efectiva se produce una simultaneidad de la vocación y la delación, a pesar de lo cual siguen siendo conceptualmente diferentes, pues la vocación es título o fuente, y la delación es el resultado o posición jurídica derivada de este llamamiento, pero que se concreta legalmente en la facultad de aceptar o repudiar” (23).

(23) En las ideas clave que expuse en el precedente “Preliminar primero” doy el nombre de *nombramiento* a lo que GARCÍA denomina “vocación como título o llamamiento”, y *vocación* o *nombramiento vocacional* a lo que él califica de “delación” que atribuye el *ius adeundi* (aunque sin la menor referencia a la necesaria idoneidad de su titular). Y es satisfactorio para mí coincidir con GARCÍA en la idea de simultaneidad, aplicada a las ideas de vocación y delación.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la sucesión por Derecho de Transmisión, dice “que son dos los problemas o aspectos de naturaleza jurídica que necesitan explicación dentro de este fenómeno sucesorio”, la del *ius delationis* y la de la propia “sucesión por derecho de transmisión”.

El primero, la naturaleza del objeto del Derecho de Transmisión, “es decir, del *ius delationis* que es el derecho que se transmite”. Afirma que es un derecho subjetivo (por implicar un poder concreto que faculta para decidir libremente entre aceptar o repudiar) y potestativo, porque influye en una situación jurídica a la que modifica, con un carácter alternativo cuyo ejercicio extingue el derecho, sin más si es negativo (repudiación), o por convertirlo en “un derecho hereditario pleno” si tal ejercicio es positivo (aceptación).

Afirma su patrimonialidad y dice que, “además el *ius delationis* forma parte de la herencia de tal manera que sólo aceptando dicha herencia puede adquirirse el *ius delationis* y no antes, lo que demuestra que es uno de los elementos componentes del patrimonio hereditario” (p. 266).

En cuanto a la disponibilidad del *ius delationis*, en la página 267 centra la cuestión con la frase “en qué medida el heredero llamado que tiene a su favor el *ius delationis* puede influir con su voluntad en el destino de los bienes a que se refiere...”. Y, en la 276, concluye que “cabe que el transmitente, en su testamento, disponga *mortis causa* del *ius delationis* atribuyendo los bienes de una futura herencia a un determinado heredero o a un legatario”.

El segundo problema, el de la naturaleza jurídica de la “sucesión por Derecho de Transmisión”, exige decidir si implica la sucesión directa del causante por parte de los herederos del llamado, o si, por el contrario, éstos suceden al primer causante a través o por mediación de la herencia de su propio causante.

Su posición (p. 291) “es la de la teoría clásica, es decir que (...) existen dos pasos de los bienes: un primer paso desde el primer causante a la masa hereditaria del segundo causante; y un segundo paso, desde esa masa hereditaria al patrimonio del transmisario que acepta ambas herencias”. Y poco después dice que “existe una adquisición indirecta, de tal modo que el transmisario no recibe directamente los bienes del primer causante, sino a través de la herencia del transmitente”.

7. HERNÁNDEZ GIL (24), después de decir que “delación significa llamamiento u ofrecimiento” añade que “la delación es el ofrecimiento actual de la herencia a favor de una o varias personas determinadas que

(24) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Lecciones de Derecho Sucesorio (Resumen de explicaciones de cátedra)*, Sucesores de Rivadeneyra, SA, Madrid, 1968.

superviven al causante”. Y también afirma: “Sólo hay delación cuando existe una designación específica de sucesor y sólo tiene este carácter la que subsiste y se individualiza al abrirse la sucesión”.

En otra obra (25) escribe: “La delación –que algunos refunden con la vocación, hablando sólo de la una o de la otra– es el llamamiento mismo, el ofrecimiento del patrimonio hereditario a su nuevo titular o titulares”.

Su opinión sobre otras cuestiones de interés quedan resumidas en las siguientes frases:

“La transmisibilidad de la delación también se llama transmisibilidad del *ius delationis*. Algunos autores hablan simplemente de «derecho de transmisión».”

“El Código Civil, en el artículo 1006, consagra el principio de la transmisión de la delación.”

“La delación es un derecho de los que integran la masa hereditaria”. “La delación, en cuanto se transmite forma parte de la masa hereditaria”.

“Si el llamado a la herencia muere sin aceptar ni repudiar, esa situación jurídica la transfiere a sus herederos formando parte de la herencia”. “Lo que se produce es una transmisión de la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia”.

8. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (26) se centra en la situación de la herencia yacente cuando existe ya la facultad de aceptar o repudiar, cuando puede ocurrir que “al llamado le sorprenda la muerte sin haber ejercitado el *ius delationis*, y entonces la ley tiene que resolver el problema de si el derecho a la herencia se transmite a los herederos de grado ulterior o a los propios herederos del llamado; y en este caso, si estos herederos adquieren con la herencia de este segundo causante la herencia del primero, o si solamente adquieren el correspondiente *ius delationis*, esto es, el derecho de aceptarla o repudiarla” (p. 467). Y añade: “Nuestro Código Civil sigue este último criterio en el artículo 1006: Por muerte...”.

“Este artículo consagra en nuestro Derecho, como norma general, el *ius delationis*, o sea, el derecho de que se transmita al heredero del llamado el *ius adeundi vel repudiandi* que éste no ejercitó en vida. «El mismo derecho que él tenía» significa que el heredero del heredero

(25) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Dictámenes*, Sucesores de Rivadeneyra, SA, Madrid, 1968, tomo II, p. 251.

(26) HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, Gonzalo: “La transmisión del *Ius delationis*”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988. Volumen IV, pp. 465-491.

(mejor, del llamado), sólo recibe la alternativa, o sea, el derecho a la herencia y no la herencia misma”.

Discrepa de “la doctrina y jurisprudencia [que] ven en el mecanismo legal del *ius delationis*, que el transmisario halla como un valor patrimonial en la herencia del transmitente”. “Parece que hay unanimidad en estos dos principios: a) el *ius delationis* se transmite indirectamente, a través de la herencia del primer llamado; b) el *ius delationis* es un elemento patrimonial, como cualquier otro, de dicha herencia.”

Por el contrario, su postura (contenida de hecho en pocas líneas de la p. 470) consiste en sostener:

— Que el *ius delationis* tiene una “naturaleza personalísima y extra-patrimonial”.

— Que, por ello, “este derecho no lo encuentra el transmisario en el patrimonio del transmitente ni lo adquiere de éste derivativamente, aunque tenga que ser su heredero, sino que es la ley quien lo crea *ex novo*, como derecho originario, sobre la cabeza del sucesor”.

— Y que “si la delación generara un derecho heredable, no sería necesario el artículo 1006, y bastaría el artículo 659, según el cual la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Pero el *ius delationis*, por estar ligado a la personalidad, es un derecho intransmisible y, por naturaleza, debe extinguirse”.

Tratando de la disponibilidad del *ius delationis* por parte del causante o del llamado, cree que ninguno de los dos “pueden disponer” de él (p. 475) impidiendo el funcionamiento del artículo 1006, ya que este precepto es imperativo y por tanto escapa a la autonomía de la voluntad. El término “pasará” subraya con trazo firme el carácter necesario de la transmisión, no permitiendo ninguna disponibilidad sobre su aplicación.

Estudia a continuación (pp. 476 y ss.) esta disponibilidad por el causante y por el llamado.

“Evidentemente –dice– el testador (primer causante) puede influir en la trayectoria del *ius delationis*, encauzando la transmisión hacia determinados herederos, aunque no podrá evitar el «pase» directo de heredero a heredero, tal como ordena el artículo 1006.” Y va examinando si el testador puede instituir bajo la condición de que acepte la herencia, si puede prohibir el *ius transmissionis* ordenando que si el instituido fallece sin aceptar o repudiar no transmita ningún derecho a sus herederos.

A la pregunta de si puede el llamado disponer del *ius adeundi*, cree que en principio hay que contestar negativamente, a causa de que “la esencia del *ius delationis* es el poder optar a la cualidad o condición de heredero, la cual es inescindible de su titular”. Y se refiere a que “la doctrina es prácticamente unánime en rechazar la posibilidad de que el here-

dero electo disponga intervivos del *ius adeundi* (...) ya que en cualquier caso la pretendida transmisión equivaldría a la aceptación de la herencia por parte del disponente”.

En cuanto a la disponibilidad *mortis causa*, “problema vivamente discutido por la doctrina”, recoge algunas opiniones, para concluir (p. 479) que “el heredero electo (transmitente) no puede disponer del *ius delationis* en absoluto. El *ius adeundi* es intangible”. Y con relación a los que cita, dice: “En todos estos casos, por aplicación del artículo 1001 del Código Civil, no habría transferencia del *ius adeundi* sino enajenación o disposición de herencia tácitamente aceptada”.

9. LACRUZ (27) dice: “Tanto la vocación como la delación determinan a favor del heredero presunto, una situación jurídica originaria, compleja, personalísima y adquirida *ipso iure*

— Originaria porque no pertenecía antes al difunto ni es transmitida al sucesor, sino que se crea *ex novo* por la ley frente a él para actuar a través de esta vía la sucesión universal.

— Compleja, porque, de hecho, se compone de derechos, obligaciones, cargas, etc.

— Personalísima, e insusceptible de tráfico (28); el hecho de que pueda transmitirse *mortis causa* nada obsta a esta afirmación, dada la especial naturaleza de la sucesión universal del heredero.

— Adquirida *ipso iure*. La atribución se produce inevitable e instantáneamente. Se puede repudiar la herencia deferida, pero no se puede impedir ser titular del derecho, eventual o actual, a adquirir la herencia.”

Refiriéndose ya al derecho de transmisión, en la página 167 dice: “La vocación hereditaria, y con mayor razón el *ius delationis* son hoy transmisibles a los herederos. Conforme al artículo 1006 del CC.”

Y agrega que “tal derecho (el derecho de adquirir la herencia) cuando muere el llamado a la herencia pasa a los propios herederos del llamado como una parte de la herencia de éste”.

Lo corrobora afirmado poco después: “Nótese, además, que la vocación y el *ius delationis* que puede subseguirle, producen sus efectos en la he-

(27) LACRUZ BERDEJO, José Luis (en LACRUZ-ALBALADEJO): *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 157.

(28) El propio autor (en sus *Elementos de Derecho Civil*, vol. V. Sucesiones. 3.^a edic., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA. Dykison, 2007, p. 73), después de transcribir el artículo 1000, dice que viene a consagrar “la aceptación por cesión del *ius delationis*. La ley no permite que quien vende o done sus derechos hereditarios, ceda el derecho a aceptar. El cedente es, por el hecho de ceder, aceptante de la herencia. Y que es consecuencia (y a la vez, comprobación) de la imposibilidad de tráfico del *ius adeundi*”.

rencia del instituido heredero, y sólo a través de esa herencia llegan hasta el patrimonio del transmisario”.

Más adelante dice que lo que es objeto del llamado derecho de transmisión es la vocación o delación hereditaria. Cuando el 657 habla de “los derechos a la sucesión de una persona” y el 1006 de “el mismo derecho que él tenía”, no se refieren a la herencia ya adquirida, sino al derecho a adquirirla aceptándola.

10. LASARTE (29) cita (en la p. 20) a **ALBALADEJO** para afirmar que el 1006 carece de naturaleza imperativa y que el transmitente puede disponer *mortis causa* (no, desde luego, *inter vivos*) del *ius delationis*, siempre que realice un acto de disposición que no implique propiamente la aceptación de la herencia del causante. Y califica a esta última aseveración de extraordinariamente dudosa, diciendo que su concreción práctica es poco menos que “una raya en el agua”.

No obstante, añade a continuación: “si bien es cierto que no puede considerarse imperativo para el causante, quien puede, si quiere, instituir una sustitución vulgar para tal eventualidad”.

11. O'CALLAGHAN (30), para explicar el mecanismo del derecho de transmisión en el artículo 1006, parte de que “un primer causante fallece y su posible (delado) heredero testamentario o intestado antes de aceptar o de repudiar la herencia del anterior, muere”.

Suya es también la frase: “La transmisión *mortis causa* prevista en el artículo 1006 hace que el *ius delationis* se integre en la herencia del delado que postmurió al primer causante”.

12. PUIG BRUTAU (31) ya había dicho, al tratar de la institución de heredero en el testamento, que el testador designa para que le suceda al único que, en definitiva, quiere tener, y que sea, en todo caso, de su elección y no el señalado impersonalmente por la ley en el orden de la sucesión abintestato.

Y respecto de la que califica de “posición jurídica del llamado a la herencia”, dice que “antes de que el llamado haya observado una conducta

(29) LASARTE, Carlos: *Derecho de sucesiones*, tomo séptimo, 5.^a edición, Marcial Pons, 2008, p. 20.

(30) O'CALLAGHAN, Xavier: *Comentario del Código Civil*, VVAA, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 2378. En igual sentido en su obra *Compendio de Derecho Civil*, Dijusa, Madrid, 2007. Tomo V. Derecho de Sucesiones, p. 343.

(31) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, Bosch, Barcelona, 1961, p. 212.

que implique aceptación o que lo haya manifestado claramente, la herencia no se ha adquirido”. “En esta situación, si muere, se plantea si su heredero adquiere con la herencia de este segundo causante la herencia del primero o si solamente adquiere el correspondiente *ius delationis*, esto es, el derecho de aceptarla o repudiarla.”

Y añade que “el mismo derecho que él tenía y que pasará a los suyos por su fallecimiento, será el que les permite a éstos, a su vez, aceptar o repudiar la herencia a que aquél estaba llamado”, para concluir que “significa la perduración de los efectos del llamamiento al morir el llamado sin aceptar ni repudiar”.

13. RIVAS (32) trata el tema refiriéndose a que, “fallecido el causante, puede ocurrir que el llamado a su herencia muera a su vez sin haber aceptado ni repudiado la herencia”, “planteándose entonces la cuestión de averiguar si el heredero del segundo causante adquiere, con la herencia de este segundo causante, la herencia del primero, o si solamente adquiere el correspondiente *ius delationis*, esto es, el derecho de aceptar o repudiar”.

“Hoy en las legislaciones modernas es admitido de modo general el principio de la transmisibilidad del *ius adeundi hereditatis*. El Código Civil recoge, como norma general, la transmisibilidad del *ius adeundi*.” Y transcribe el artículo 1006, para continuar diciendo: “Transmite no la herencia, que aún no ha adquirido, sino el derecho a adquirirla o repudiarla, que sí lo tiene”.

14. ROCA SASTRE (33) ve claro que “cuando se habla de derecho de transmisión sucesoria se alude al proceso de traspaso o transmisión del *ius delationis*”, y que “se produce siempre en el Código Civil. Así resulta del artículo 1006 del mismo”.

Entiende que para ello se requieren los siguientes requisitos: a) Que una herencia, testada o intestada, se halle deferida a un heredero o coheredero, sin que éste la haya aceptado ni repudiado, ni sea incapaz de suceder. [...] b) Que el heredero o coheredero (o, mejor dicho, que “el llamado a ser heredero”) fallezca durante tal situación de herencia deferida y siendo capaz de heredar.

Y añade: “Si se dan estas dos circunstancias o supuestos, entonces el *ius delationis*, o sea, el derecho derivado del llamamiento o vocación hereditaria perteneciente a dicho heredero o coheredero fallecido en la re-

(32) RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *loc. cit.*, tomo II, p. 519.

(33) ROCA SASTRE, Ramón M.^a y PUIG BRUTAU, José: *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Aranzadi, 2009, tomo II, pp. 346-352.

ferida situación, pasa o se transmite o es adquirido por los herederos de este heredero y que lleguen a ser tales, sean herederos testamentarios o intestatos” (sic.).

15. SILLERO (34) abre su comentario al artículo 1006 bajo el epígrafe “*ius transmissionis*”, revelador de la relación, una práctica identificación, que para ella existe entre ambos términos, con el siguiente párrafo:

“Tras la apertura de la sucesión y previa la vocación, se produce la delación de la herencia como ofrecimiento o llamamiento concreto de la misma a una persona con facultad actual e inmediata de adquirirla mediante la aceptación: es el *ius delationis*; si el titular del mismo muere sin haberlo ejercitado (sin haber llegado a aceptar o repudiar la herencia) transmite a sus propios herederos este *ius delationis*. Es el derecho de transmisión, transmisión del *ius delationis*, es el *ius transmissionis* que recoge el artículo 1006”.

16. VALLET (35) da su opinión sobre varias de las cuestiones que interesan y puede quedar resumida así:

“El efecto inmediato de la delación es la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia”.

Dice que en el derecho clásico es inicialmente inalienable e intransmisible la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia; que en el posclásico sigue siendo la regla general, pero se admiten excepciones. Y cita a KASER para indicar que en esta época “muestra evidente inclinación a admitir, en ciertos casos, la transmisión hereditaria del derecho derivado de la delación”.

“El Código Civil recoge como norma general la transmisibilidad sucesoria del *ius adeundi*.”

“Es decir: el llamado a una herencia que fallezca después de la delación y antes de haber aceptado o repudiado, transmite a sus herederos ese derecho de ejercitar esta alternativa. Es decir, transmite no la herencia que no ha adquirido, sino el derecho a aceptar o repudiar, que sí lo tiene. O sea, los derechos a la sucesión del *de cuius*.”

El *ius transmissionis* del *ius adeundi vel repudiandi* pasa siempre a través de la herencia del transmitente, de la cual forma parte.

(34) SILLERO CROVETO, Blanca (Comentario al artículo 1006). En la obra *Jurisprudencia civil comentada*, VVAA. Dirección: Miguel PASQUAU LIAÑO, Granada, 2009. Volumen I, p. 1275.

(35) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, II. *Perspectiva dinámica*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, pp. 393 y siguientes.

En otra publicación muy anterior (36), después de admitir la transmisibilidad del *ius adeundi* dice de ella que es el “efecto previsto en el artículo 1006 CC”.

I.2. Resumen.

La exposición que antecede, necesaria para conocer el estado doctrinal sobre tan distintas materias, exige su condensación en un breve resumen en el que el lector pueda ver esquematizados los aspectos esenciales de la cuestión.

De otro lado, el autor necesita este resumen para sintetizar sus conformidades y desacuerdos, en general, para tomar partido sobre los problemas, dar su opinión y emitir un juicio crítico (37).

Pues bien, por lo que resulta de las opiniones de los autores que han quedado recogidas, el **resumen** de los puntos que expresan lo más importante de la cuestión que examinamos podría ser éste:

1. El *ius delationis* (centro del problema) consiste en la facultad de aceptar o rehusar la herencia deferida a su titular.
2. El *ius delationis* pendiente de ejercicio (caso contemplado en el art. 1006) forma parte de la masa hereditaria de su titular cuando éste fallece sin ejercer la opción en que aquel derecho consiste.
3. Como parte de la herencia se transmite a los herederos.
4. El artículo 1006 es la expresión legal del derecho de transmisión.

Sobre este resumen debe recaer el juicio crítico del autor, en buena parte expresado ya en las ideas clave contenidas en el preliminar primero. Y se hará en la siguiente forma:

El juicio crítico sobre los *dos primeros puntos*, que son los verdaderos presupuestos del derecho de transmisión, se unificará en el apartado que sigue, en el que, bajo el título “El *ius delationis*”, se analizarán su concepto, naturaleza, caracteres (transmisibilidad incluida), elementos personales, reales y formales, contenido y efectos. A través de esta exposición no sólo quedarán de manifiesto las objeciones que se formulan, sino también las razones que las apoyan, es decir, un juicio crítico completo.

Por consideraciones de pura lógica, se prescindiría de cualquier referencia al *punto tercero*, la función del derecho de transmisión, sin haber

(36) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 304.

(37) No parece posible hacerlo de modo pormenorizado, por materias ni por autores, y no es ajeno a ello el respeto que todo lector, y su paciencia, merecen. Aparte la dificultad de enfrentarse con la particular terminología que cada autor emplea.

comprobado previamente que son firmes las bases en que la teoría se sustenta y de que cuenta con verdadero apoyo legal.

Y el *cuarto y último punto*, el relativo a si el artículo 1006 representa, en verdad, el amparo legal que se le atribuye respecto de la doctrina del derecho de transmisión, se estudiará después, acogiéndose al título “El artículo 1006 ante el *ius transmissionis*”.

II. El *ius delationis*

1. Exposición general: Concepto, naturaleza, constitución, contenido, efectos y extinción.

A) *Concepto*.

Es el derecho de opción que la ley concede a quien ha sido nombrado eventual heredero de un causante, para dar eficacia a su situación jurídica atribuyéndole la posibilidad de elegir, mediante una declaración o manifestación de voluntad, entre aceptar o rehusar en forma la herencia, si es idóneo para tal sucesión y ésta se halla abierta.

De modo más sintético se le puede definir como el derecho, inherente al nombramiento operativo que llamamos vocación, que otorga la facultad de optar libremente por aceptar la herencia o rehusarla.

El Código Civil contempla el derecho de opción en sus artículos 17.2 y 19.2, donde se establece como medio de adquisición de la nacionalidad española. El régimen que instaura y en el que, como es natural, no se va a entrar, es estudiado con originalidad y detalle por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (38).

De la exposición de su doctrina, *mutatis mutandis* (y con la importante salvedad del carácter público que lleva consigo la materia de nacionalidad), se pueden sacar conclusiones de gran utilidad a nuestros fines (39). Siguiéndole me he permitido dar la definición arriba formulada.

(38) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho Civil. Estudios, comentarios y notas*, Fundación Registral, Madrid, 2009. Volumen I, pp. 376 y ss.

(39) A los efectos que aquí interesan debe destacarse, por ejemplo, que el derecho de opción o “derecho a optar por la nacionalidad española de origen” exige siempre una declaración de voluntad que se ha de emitir en forma y dentro de los plazos que se fijan. Y, aunque el Código nada diga, la opción consiste en emitir o no emitir el acto volitivo, no en el contenido de éste. Es decir, no se opta entre adquirir o rehusar la nacionalidad. Se opta por emitir

B) Naturaleza.

Es un verdadero *derecho subjetivo*, ya que otorga un poder jurídico concreto sobre una parte acotada de la realidad que es la herencia a la que afecta el nombramiento que ostenta su titular.

Se le suele considerar derecho *potestativo*, de formación o modificación jurídica, porque incide en una situación jurídica preexistente, a la que modifica a través del ejercicio de unos determinados actos.

Es una *creación legal*; nace sin intervención de la voluntad de persona alguna. *Ope legis* se suscita el nacimiento del derecho sin conocimiento siquiera del nombrado que, cumplidas ciertas condiciones, es su titular (40).

Es *personalísimo* por su incorporación a la situación jurídica de su titular, nombrado eventual sucesor del causante. Es un mero atributo, es adjetivo y accesorio a ese nombramiento al que está vinculado mientras exista, pues se le atribuye al solo efecto de ser el medio de ejercicio para lograr su eficacia, la modificación de la realidad jurídica (41). Y por lo tanto, en modo alguno puede dejar de participar del carácter personalísimo que es sustancial en el nombramiento.

En efecto, todo nombramiento de eventual sucesor, testamentario o intestado, es siempre personalísimo en el sentido de que sólo esa persona y ninguna otra puede suceder al causante si el nombrado se decide a heredar, aceptando la herencia. Y ese mismo carácter tiene que atribuirse al *ius adeundi* que un día se le puede conceder.

Hemos visto a ALBALADEJO (también en la misma nota 14) defender que no es personalísimo en el sentido de que pueda tenerlo o ejercitarlo sólo el llamado; pero admite (42) que “el testador puede disponer que si el instituido muere sin aceptar ni repudiar se ofrezca la herencia al sustituto en vez de a los herederos del instituido. Pero tal cosa –afirma– no es hacer prevalecer la sustitución sobre la transmisión, sino simplemente hacer *personalísimo* el *ius delationis*; por lo cual, muerto el instituido, tal *ius delationis* se extingue, y entonces, a falta del *ius delationis*, y, por tanto, a

la declaración positiva o por no hacerlo. Si la declaración de voluntad no se emite dentro de plazo, el derecho de opción queda extinguido.

(40) Si nos fijamos en el cauce testamentario, el testador hace el “nombramiento de eventual sucesor” al instituirle heredero, pero no le inviste del *ius delationis*. Este derecho, que es pura obra y atribución de la ley, sólo le será dado en momento muy posterior, cuando, fallecido ya el testador, el nombramiento sea firme y el nombrado idóneo para suceder al causante estando abierta para él la sucesión.

(41) ALBALADEJO (*loc. cit.* en la nota 14) le atribuye “papel instrumental”, como se ha visto.

(42) Véase la página 165 de la obra citada en la nota número 15.

falta de posibilidad de transmisión, opera la sustitución, no porque ésta triunfe sobre un *ius delationis* que siendo transmisible no se transmite, sino porque falta un *ius delationis* transmisible” (43).

Es *intransmisible*, por ende, y así resulta de las claras enseñanzas de DíEZ-PICAZO, a cuyo juicio (44) “para que los derechos del causante pasen a formar parte de su masa hereditaria, se requiere que sean patrimoniales, no personalísimos y transmisibles”. Y un derecho es personalísimo cuando se encuentra íntimamente ligado a la persona de su titular. Sólo su titular puede ostentarlo y sólo él puede ejercitarlo. Y son derechos transmisibles aquellos que, sin cambio de su estructura, pueden ser trasladados a otro sujeto. La intransmisibilidad sólo obedece al carácter personalísimo o a una prohibición legal o convencional de transmitir.

Todo derecho que se ostenta como personalísimo es, por tanto, intransmisible. Aunque otros derechos no personalísimos puedan también ser intransmisibles por otra causa, como las prohibiciones que cita.

La intransmisibilidad es, lógicamente, negada por los defensores del derecho de transmisión, aunque no faltan algunas fisuras y contracciones.

Así, por ejemplo, la opinión de LACRUZ (véase nota número 27) que, tras afirmar que la vocación y la delación crean una situación jurídica “personalísima e insusceptible de tráfico”, añade que “el hecho de que pueda transmitirse *mortis causa* nada obsta a esta afirmación, dada la especial naturaleza de la sucesión universal del heredero” (45).

Y podría añadirse una idea, ciertamente atrevida, que se debe a HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (46) de que, caso de que aquel derecho fuera heredable, sobraba el artículo 1006 y bastaba con el 659.

En esta misma línea podría apostillarse: Porque si, en efecto, como es opinión casi general, el *ius delationis* se transmite formando parte de la herencia aceptada, y que los herederos adquieren tal derecho *adeundi vel repudiandi hereditatis*, ¿por qué se habla

(43) Es decir, que el carácter personalísimo del *ius delationis* depende de la voluntad del testador. Pero bien entendido que esta voluntad no puede imponerse de modo directo al instituir el heredero, sino tan sólo de modo oblicuo si le nombra un sustituto y siempre que se haga para un determinado supuesto, el de que el nombrado muera sin aceptar ni repudiar la herencia. Sorprendente.

(44) DíEZ-PICAZO, Luis: *Lecciones de Derecho civil*. IV. Derecho de sucesiones. Universidad de Valencia, Madrid, 1967, p. 32. DíEZ-PICAZO, Luis: *loc. cit.*, p. 32.

(45) El texto dice algo que tiene una rara similitud con lo de “hacer supuesto de la cuestión” o con lo de “poner el arado delante de los bueyes”.

(46) (Véase la anterior nota número 26).

de transmisión? Estamos ante una sucesión ordinaria, directa o normal.

Y si no hacen sino heredar, heredan por sucesión *mortis causa* un derecho que les permite optar a adquirir la herencia de otro causante o que, si lo prefieren, les permite repudiarla. Exactamente lo mismo que si su causante fuese titular de un derecho para decidir acerca de una opción de compra que le había sido concedida para adquirir (o rehusar) unas acciones, un coche o una vivienda.

En tal caso, ¿para qué sirve el artículo 1006? ¿Cuál fue la causa de que el legislador decidiera establecerlo? La inutilidad del artículo 1006 como base del derecho de transmisión obligaría a buscarle otra función.

C) Constitución.

Se constituye, por pura creación legal, *ope legis*, sin intervención de la voluntad humana, y con valor instrumental, para dar eficacia a una concreta posición jurídica, la del que ha sido nombrado eventual sucesor de un causante que será su titular si, además, existe en la fecha en que el mismo haya fallecido, le sobrevive y no está afectado por ninguna de las causas que la ley ha establecido y que impiden la sucesión o excluyen de ella a ciertas personas.

A este elemento personal ha de unirse el real de que se trate de una herencia en tránsito sucesorio, es decir, que esté abierta porque el causante ha fallecido y aún no se le ha dado sucesor. El único elemento temporal es que no haya prescrito la acción de petición de herencia.

D) Contenido.

El contenido del *ius delationis* no es otro que el ejercicio de los actos de la opción en que consiste.

De estos actos se suele afirmar que se caracterizan por ser simples, unilaterales e irrevocables, generalmente de carácter alternativo (en un sentido o su contrario), provisionales, caducables y previos a otro derecho principal al que tienden (véase GARCÍA GARCÍA) (47).

Y están sometidos a un amplio y rígido sistema legal al que dedica el Código más de dos decenas de artículos.

La voz “*simple*” que se ha aplicado a los actos de ejercicio del derecho de que estamos hablando, se emplea en un doble sentido:

(47) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *loc. cit.*, p. 260.

De una parte porque, siendo también *alternativos*, sólo pueden ir dirigidos a elegir uno de los términos, aceptación o repudiación, entre los cuales queda planteada la alternativa o disyuntiva (48), pero no regulan, ni pretenden regular, el régimen de los efectos que producen, los cuales ya están predeterminados por la ley. Si el ejercicio de la opción es positivo, se producen, sin más, la aceptación y adquisición de la herencia.

De otra, porque ni son divisibles (todo o nada), ni admiten modalidades como el término o la condición (art. 990).

Son *unilaterales*, proceden de la libre voluntad de una persona. Y si hubiere habido un nombramiento plural, cada uno de los nombrados, en su caso y por sí solo, será el autor del acto de ejercicio que elija.

Retroactivos e irretractables. Los efectos del acto de ejercicio, sea aceptación o repudiación, se entienden hechos en la fecha de la muerte del causante (art. 989), y son irrevocables (art. 997). *Caducables*, como consecuencia de que tienden a preparar un derecho definitivo, en un plazo generalmente breve.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho de opción para adquirir la nacionalidad, al que aquí estudiamos el Código no le señala un plazo de ejercicio, como no sea el indirecto, que resulta del artículo 1016 cuando dice "... mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia". Y aunque tampoco hay norma que señale cuál es el plazo de prescripción de la *actio hereditatis petitio*, el Tribunal Supremo ha entendido que le es de aplicación el plazo de treinta años.

Sin embargo, resulta del artículo 1005 que el plazo existe, cuando una vez transcurridos los primeros nueve días siguientes al fallecimiento del causante, cualquier interesado puede instar en juicio para que el titular de la opción acepte o repudie. Ante esta petición, la *interrogatio in iure*, habrá de optar dentro del plazo no superior a treinta días que el juez señale.

E) Efectos.

Los efectos resultantes del ejercicio del derecho de opción son radicalmente distintos y contrarios entre sí, según cuál sea el término de la disyuntiva elegido por el titular.

(48) Conforme a lo expuesto por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, esto parece suponer una importante diferencia con el derecho de opción de la nacionalidad, pues en él no se elige entre adquirir o rehusar la nacionalidad. Se opta por emitir la declaración positiva, siempre en forma y tiempo, o por no emitir declaración alguna. En derecho sucesorio se exige aceptar por declaración o manifestación de voluntad a través de actos concluyentes, o repudiar en la forma ordenada por el artículo 1008.

Por lo que refiere al término "disyuntiva" no creo que se rompa como tal por el hecho de que la ley tenga reconocidas dos modalidades para la aceptación uno de los dos elementos alternativos.

Si opta por la aceptación, desde luego y por tal hecho, queda convertido en sucesor actual, en heredero del causante, con todas sus consecuencias. Y no parece que este acto de ejercicio positivo tenga que ser obra personalísima del titular y que, en cuanto dirigido al resultado que el propio derecho de opción quiere facilitar, la adquisición de la herencia, podrá proceder de la voluntad que declare o manifieste un representante del titular, sea legal o voluntario.

El ejercicio negativo, la repudiación, habrá de someterse a la forma exigida por el artículo 1008, y hacerlo “por instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el juez competente”. Y producirá dos clases de efectos, porque a la vez que queda afirmada la voluntad de no suceder, se causa el fracaso del nombramiento del hasta ese momento titular del derecho, con los efectos, ya apuntados antes, de que opere la sustitución si había testamento en que se estableciera o, caso contrario, y siempre, en el cauce intestado, será necesario un nuevo nombramiento de sucesor eventual.

A la repudiación sí que parece alcanzarle, en cambio, el carácter personalísimo de la titularidad del derecho de opción si tal acto de ejercicio negativo de la opción lo pretende realizar un representante voluntario del titular.

A mi modesto entender, el titular que “en instrumento público o auténtico” (art. 1008, ya que en el escrito ante el juez no parece posible) otorga poder para repudiar, otorga en realidad una repudiación unida a un mandato para que el “apoderado”, en calidad de *nuntius*, la traslade a quien corresponda en el lugar y tiempo adecuados.

F) Extinción.

El derecho de opción en que consiste el *ius delationis* se extingue, como ya vimos, por el ejercicio de cualquiera de los dos actos a que puede dar lugar. Por medio de ellos, el eventual sucesor, según cuál sea su voluntad, se convertirá en efectivo sucesor si opta por la aceptación o quedará apartado de la sucesión, si decide repudiar en forma.

Su ejercicio, en todo caso, agota el derecho porque la situación jurídica a cuyo servicio se hallaba, ya no existe, ha desaparecido. En el mismo sentido, GARCÍA-BERNARDO (49).

(49) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Designación *mortis causa*; vocación hereditaria y adquisición automática”, *Revista de Derecho Notarial* número XXIV, 1959, p. 80. Dice este autor que “el ejercicio [del *ius delationis*] agota inmediatamente su contenido, extinguién-

Se extingue también, según entiende la doctrina, cuando prescriba la acción de petición de herencia.

No se extingue, sin embargo, por el silencio ante la *interrogatio in iure*. Muy al contrario, tal como dispone el artículo 1005, si el “interrogado” deja pasar el plazo señalado por el juez “para que haga su declaración” quedará apercibido de que “si no la hace se tendrá la herencia por aceptada”.

2. Conclusión crítica.

Tal como estaba previsto y anunciado al resumir la opción doctrinal sobre el derecho de transmisión, el estudio del *ius delationis* tenía por objeto concretar mi postura (evidentemente en conexión íntima con cuanto se dijo en el Preliminar primero), para que de ella resultasen las objeciones que a mi juicio existen contra dicha doctrina desde el punto de vista de los presupuestos de aquella doctrina.

Creo que **la naturaleza y el contenido del *ius delationis* impiden admitir que sea transmisible ni heredable, caracteres que constituyen presupuestos incuestionables para que aquel derecho pueda tener existencia.**

Veamos ahora, conforme a lo previsto, si el artículo 1006 le da, por su parte, el amparo legal que dicha teoría pretende tener en él.

III. El artículo 1006 ante el *ius transmissionis*

Al ser indiscutible el hecho de que la totalidad de los autores cuya opinión ha quedado recogida, aceptan unánimes que el citado precepto es el amparo legal de la doctrina del derecho de transmisión, puede ser útil desglosar el estudio del artículo 1006 en ese sentido mediante la contemplación de varios aspectos distintos, y considerar en forma sucesiva lo que dice... y lo que no debió decir, lo que no dice, lo que tal vez no se quisiera decir y lo que pudo querer decir.

1. Lo que dice... y lo que no debió decir.

Lo que dice es sabido por todos, pero no causará ningún estorbo tenerlo a la vista.

“Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.”

do este derecho de modo definitivo para su titular, es decir, produciendo su pérdida, si repudia, o transformándole en un derecho hereditario si acepta la herencia”.

Denominar “heredero” a ese sujeto que fallece es un error evidente y grave, en el que el texto vigente no debió incurrir nunca.

La evidencia del error es patente al resultar del propio texto legal, ya que no se puede calificar de heredero a alguien de quien se está diciendo que no ha aceptado la herencia, siendo la aceptación, como es en nuestro sistema, requisito imprescindible para adquirir la cualidad de heredero (50).

La doctrina no deja de reconocerlo así, pero sin que parezca merecerle otra consideración que la de ser un simple e intrascendente *lapsus*, al cual, por lo patente del error, no debe darse mayor importancia. Y son muchos los autores que, por su parte y en sus propios textos, inciden una y otra vez en ese mismo *lapsus*, algo que a muchos nos ha parecido siempre muy difícil de comprender.

Porque no es, ni mucho menos, un simple *lapsus* sin importancia. La tiene, grave y trascendente. En efecto, el equivocado empleo del término “heredero” tiene una evidente repercusión en la forma en que queda redactado el precepto y no son banales sus consecuencias.

Llamar así al sujeto de la oración conduce a la falsa consecuencia de que el pronombre “suyos”, que se utiliza después para no repetir el sustantivo “heredero”, se entienda aplicable, con toda lógica, a quienes sean sus propios herederos, que, por haber aceptado su herencia, se hayan convertido en sus sucesores, cuando es claro que la persona de que habla no tiene tal cualidad cuando fallece.

Los beneficiados por el “pasará” que menciona el precepto (y al margen de qué pueda ser lo que “pasa”) no pueden en modo alguno ser los herederos del fallecido. Al susodicho “suyos” hay que buscarle un verdadero sustantivo antecedente al cual se aplique (51).

Y afecta además a la propia naturaleza de ese “derecho que él tenía”, que la norma no se preocupa de concretar y que, tal vez, ni siquiera sea tal derecho.

No se hable, pues, de *lapsus*. Es un auténtico error que ha generado otros muchos.

(50) Ya se ha visto cómo se pronuncian, con mejor criterio, tanto el artículo 781 del Código francés, que emplea la frase “aquel a quien corresponda una sucesión”, como el artículo 939 del Código italiano de 1865, que alude al sujeto diciendo que es “aquel a cuyo favor se abre una sucesión”. El origen del error puede hallarse en el texto del artículo 1018 del Anteproyecto de 1882-1888, cuya primera parte copiará literalmente el 1006 CC. “Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía... ()”. Debemos esta importante cita a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, p. 313.

(51) Es manifiesto, desde luego, que no nos referimos, como hace algún autor, a si la voz “suyos” puede aplicarse a los legatarios igual que a los herederos.

2. Lo que no dice.

Es claro que, para hablar de lo que el artículo 1006 no dice, es precisa una previa acotación del campo a estudiar. Tal acotación se hace en un doble aspecto:

El primero va a relacionar lo que no dice en cuanto a las materias mismas sobre las que se está pronunciando. Se verá a continuación.

Se verá después el segundo, que, en un sentido más amplio y general, tratará de las cuestiones en que el artículo 1006 está implicado y que hubieran podido formar parte de su texto si se le hubiera querido dar más contenido y expresividad. Se verán brevemente en el apartado que sigue.

Veamos ya, pues, **lo que no se dice en él, en relación a lo que su propio texto expresa.**

— *No dice que el [que llama] heredero goce del ius delationis.*

Pero lo presupone, es decir, da por supuesto que el sujeto a que se refiere podía aceptar o repudiar la herencia deferida. Si dar el contenido del derecho equivale a dar su nombre, “el derecho que él tenía” es el *ius delationis*.

— *No dice que esté pendiente de ejercicio a su fallecimiento.*

Pero ello es de toda evidencia. Porque si tal derecho existe y consiste en ejercer uno de los términos de la disyuntiva, es porque la opción no se ha llevado a la práctica.

La opción se agota por su propio ejercicio. De haber ejercido el *ius delationis*, habría dejado de existir como tal derecho y su titular se habría convertido en heredero si ejerció la opción en sentido positivo, o estaría apartado definitivamente de la herencia si la opción se hubiera ejercido en sentido negativo.

— *No dice la causa de esa falta de ejercicio.*

Parece natural hacer una referencia a la causa que ha motivado la pasividad del sujeto de la opción, pero el artículo 1006 lo silencia. Lo único que dice es que fallece sin aceptar ni repudiar, pero no la causa o causas, ya que la falta de ejercicio puede tener muy variado origen.

Una de ellas la hemos visto expresada en el más próximo de los antecedentes del precepto, el 1018 del Anteproyecto de 1882-1888, conforme

a la cita de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (52) con la frase “aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia”, con que concluía el texto que, en lo demás, se transcribe de modo literal en el vigente.

El titular pudo también no haber optado por otras razones, por “no estar cierto de su derecho a la herencia” de que habla el artículo 991, o por haberse enterado de que su falta de idoneidad, al alcanzarle alguna de las incapacidades relativas o prohibiciones para suceder al causante de que habla la doctrina; y también, por supuesto, entre otras, es posible que la simple duda a la que fue incapaz de vencer, no le permitiera elegir una de las dos posibilidades que se le ofrecían.

Esta curiosa omisión pudo deberse a que no se estimó conveniente mencionar una sola causa habiendo otras posibles, como las citadas. Pero no deja de ser significativa.

— *No dice que tal heredero transmita su derecho.*

Este silencio no puede dejar de sorprender cuando hablamos de un precepto sobre el cual se construye el aparatoso edificio del derecho de *transmisión*.

Y la sorpresa aumenta al advertir que se separa así claramente de uno de los ordenamientos en que se inspiró el Código español, el italiano de 1865, que establecía literalmente la transmisión. En efecto, según el artículo 939: “Si muere aquel a cuyo favor se abre una sucesión sin haberla aceptado expresa o tácitamente, transmite a sus herederos el derecho de aceptarla”.

Nuestro Código ni siquiera mantiene el uso del verbo de un modo menos personal, como hubiera podido hacer mediante un vago “se transmite” o “se transmitirá”. El verbo transmitir sufre una verdadera y real exclusión (no parece aventurado entender que sea una exclusión hecha a plena conciencia y deliberación.)

Puede decirse que sigue con fidelidad la fórmula empleada por el Código napoleónico (dentro de un sistema de adquisición *ipso iure* de la herencia), de omitir cuanto pueda referirse al mecanismo a emplear, para atender tan sólo a su finalidad o resultado, la adquisición y ejercicio por otros.

En efecto, su artículo 781 se limita a decir que “cuando aquel a quien corresponda una sucesión hubiere muerto sin haberla repudiado, o aceptado expresa o tácitamente, sus herederos podrán aceptarla o repudiarla por sí mismos”.

Y así, su equivalente francés resulta incluso menos comprometido que

(52) Véase la nota número 44.

nuestro 1006, pues hasta se ahorra el “pasará” y deja en el aire cuál pueda ser la causa de que los herederos puedan aceptar o repudiar.

Menciona, en cambio, que tales herederos, al aceptar o repudiar, lo hacen “en chef”, es decir, por sí mismos o en nombre propio, con lo que acaso se quiso negar la existencia de un derecho de representación.

Pero el Código español, que lo tuvo a la vista, no quiso recoger ese dato y **no dice, en absoluto, que se establezca una transmisión sucesoria.**

¿Cómo se puede prescindir del hecho, innegable, de esta omisión, cuando se pretende fundar exclusivamente sobre ese concreto artículo, el 1006, el pretendido derecho de transmisión?

Conviene no olvidar que el propio ROCA SASTRE, defensor del derecho de transmisión, asume una postura un tanto contradictoria, cuando revela alguna duda en este punto, al decir (véase el final del texto al que se refiere la nota 33) que tal derecho “*pasa o se transmite o es adquirido* por los herederos de este heredero”.

— *Tampoco dice que “lo que pasa” forme parte de la herencia.*

La falta de toda referencia a la transmisión podría haberse suplido con una mención de que “pasará” algo que está integrado en la herencia del sujeto fallecido, pero el silencio se extiende también a este aspecto que pudo ser complementario. Y vuelve a cobrar importancia el uso de ese vago, impreciso y vulgar “pasará” que soslaya el tema central de la transmisión o el de la integración en la masa hereditaria. ¿Por qué?

— *Silencia también toda referencia al cauce testamentario.*

Por su colocación sistemática en un capítulo que se ha dedicado a las “Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él”, es natural entender que se aplica también al caso de que el interesado de que se trata sea un instituido heredero testamentario.

3. Lo que tal vez prefirió no decir.

El artículo 1006 guarda silencio y se abstiene de pronunciarse sobre materias básicas para lo que se afirma que es su contenido, en esencia el **concepto y la naturaleza y caracteres del *ius delationis*, el hecho de estar integrado (o no) en la masa hereditaria y su correlativa posibilidad de transmisión.**

Sobre las causas a las que pudo deberse este silencio sólo cabe hacer algunas conjeturas, prácticamente inútiles.

El Código no se pronunció sobre el concepto, naturaleza y caracteres del *ius delationis*, y es natural que no lo hiciera, porque la función de las leyes no es definir ni explicar qué son o cómo son las instituciones, sino darles oportuna regulación con la mira en la Justicia y el bien común.

Tales cuestiones deben ser tratadas y estudiadas por la doctrina, que las infiere partiendo, precisamente, de la relación legal que ha quedado establecida para cada institución o figura jurídica. Es el régimen vigente el que da pie para extraer el concepto, la naturaleza y todos los caracteres que tipifican a una determinada institución.

También se abstuvo el legislador de pronunciarse sobre si aquel derecho forma parte de la herencia o si es transmisible o heredable, ¿por qué?

La pregunta de si el derecho de aceptar o repudiar una herencia forma parte de esa misma herencia, su sólo planteamiento resulta un chirrido para algunos oídos, a los que parece normal que el legislador prefiriera no plantearse si quiera. En todo caso, si no hubiera sido así, el precepto pudo resolver la cuestión de modo más o menos directo y sin gran esfuerzo.

Cabe pensar en que no lo estimara necesario u oportuno; o que no viera clara la cuestión; o que no quisiera tomar partido y pronunciarse en una materia vidriosa. Aunque, en cierto modo, y como ya se dijo, el uso del “pasará” que parece omitir deliberadamente toda referencia a una transmisión, ya es una respuesta.

En cualquier caso, de cuanto se ha visto, o sea, de lo que dice y de lo que no quiso o se negó a decir **el artículo 1006, se puede llegar a la conclusión de que el 1006 no da un mínimo amparo a la teoría del derecho de transmisión.** Hay que plantearse ahora

IV. Lo que artículo 1006 pudo querer decir

Al leer el artículo 1006 cualquier profano libre por ello de prejuicios, advierte que el Código dice que cuando una persona que tiene derecho a elegir entre aceptar o rehusar una herencia, muere sin hacerlo, tal derecho pasa a otros.

Y creará con razón que si esa persona es heredero de otra y el Código dice que ese derecho pasa a “los suyos”, es natural que estos “suyos” sean sus propios herederos, los que le hayan sucedido.

Pero si se le aclara que dicho sujeto no es heredero, sino tan sólo *alguien que podría llegar a ser heredero*, pensará en pura lógica que lo que

la ley querrá en tal caso es *que su derecho pase a quien pueda llegar a ser su heredero*.

Y es absolutamente razonable. La posición jurídica que él tiene ante el causante es la que han de tener respecto de él mismo aquellos a quienes va a pasar su derecho.

Esta sencilla reflexión puede quedar más clara aún con la sola puntualización de que la posición jurídica de que se acaba de hablar es la de quien ha obtenido el nombramiento de eventual sucesor.

Y presentar a doble columna **lo que el precepto dice** y lo que conforme a expresado **pudo querer decir**.

CUANDO DICE

PUDO QUERER DECIR

Por muerte

Por la muerte

del heredero

*del que ha sido nombrado eventual
sucesor de un causante*

sin aceptar ni repudiar...

sin aceptar ni repudiar su herencia

pasará a los suyos

pasará a los nombrados para sucederle

el derecho que él tenía

la misma posición jurídica que él tenía.

Desde este punto de vista, el artículo 1006 pudo haber querido decir:

“Por la muerte del que ha sido nombrado eventual sucesor de un causante sin aceptar ni repudiar su herencia, pasará a los nombrados para sucederle la misma posición jurídica que él tenía.”

Veamos uno por uno los cinco apartados:

1. Por la muerte.

La intercalación del artículo “la” tiene un solo motivo, que es recalcar la calidad de simple hecho jurídico propia del fallecimiento como base que es del supuesto de la norma. Y, subliminalmente, evitar que la consecuencia jurídica que luego se establece, se pueda enlazar indebidamente con la idea de “sucesión por causa de muerte”.

2. Del que ha sido nombrado eventual sucesor de un causante.

Sólo quien ha recibido el nombramiento de eventual sucesor del causante, y no es inidóneo para ello, es quien puede ostentar el derecho que el precepto que estudiamos atribuye al que, con error, llama heredero. Esta es la posición jurídica del sujeto del artículo 1006.

3. Sin aceptar ni repudiar su herencia.

El derecho de opción de que es titular tiene dos posibles actos de ejercicio, la aceptación o la repudiación. Pero la muerte ha llegado al titular sin que haya realizado acto alguno de ejercicio. Y ello completa el supuesto de hecho de la norma.

4. Pasará a los nombrados para sucederle.

Es la consecuencia jurídica: “algo” (que inmediatamente se verá) pasa a ciertas personas que son las que tienen con la persona a que la norma se refiere la misma relación que él tuvo con el primer causante, la de estar nombrado su eventual sucesor.

5. La misma posición jurídica que él tenía.

Lo que “*pasará*” de él a otros es su propia posición jurídica, la que le habilitaba en principio para permitirle ejercer aquel derecho de opción sobre la herencia de su causante.

Esta misma posición jurídica es lo que van a recibir los que estén nombrados como eventuales sucesores de la suya. Y por el solo hecho de este nombramiento. A éste, en su caso, se le podrá incorporar después el derecho de opción, el *ius vocacionis vel delationis*.

Al comenzar este apartado me he permitido destacar en cursiva la palabra **pasará** que ahora refuerzo en negrillas. Con ello quiero significar que su empleo en el precepto por el legislador pudo ser un puro recurso para eludir el término transmisión.

Y que, en realidad, **lo que quiso decir el artículo 1006** es que hay un nombramiento nuevo de eventual sucesor del causante, es decir, un sub-nombramiento para el caso de que fracase el inicial por falta del ejercicio de la opción. Y se pudo querer el reemplazo del nombrado por otra persona que ocupe su lugar.

Ahora que hemos comprobado que el artículo 1006 no ampara al derecho de transmisión porque sus presupuestos son incompatibles, es el mo-

mento para preguntarse: Entonces, ¿qué papel es el que desempeña dentro del Código Civil? ¿Para qué sirve?

La dirección apuntada nos orienta hacia una figura cuya función es análoga a la que desempeña en la sucesión testada la sustitución vulgar.

Antes de entrar de lleno en esta materia, quiero dejar constancia de que muy importantes defensores de la sucesión por derecho de transmisión (o del derecho de transmisión) han tenido la nobleza de admitir o reconocer –aunque, a mi juicio, a costa de caer en una fuerte contradicción– que, contra lo que aseveran, que es la norma en cualquier otro caso, el derecho de transmisión no prevalece sobre la sustitución vulgar cuando ésta ha sido prevista para este particular supuesto de que el llamado fallezca sin aceptar ni repudiar.

Y así, GARCÍA GARCÍA (53), bajo el epígrafe “B. Sustitución vulgar prevista para supuestos especiales”, dice: “La solución anteriormente expuesta es para los casos ordinarios o comunes de sustitución vulgar. Pero si el testador ha previsto que se produzca la sustitución vulgar para el caso de que el llamado fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia, entonces es preferente la sustitución vulgar al Derecho de Transmisión, sencillamente porque la voluntad del testador es la ley de la sucesión...”

Dado que el “supuesto especial” es, curiosamente, el mismo que menciona el artículo 1006, entro con más confianza aún a exponer esta interpretación y a analizar la figura jurídica resultante de ella, una figura similar a la sustitución vulgar para el caso concreto que se citaba, no previsto entre las causas contenidas en el artículo 774 del Código.

Lo que acabamos de ver nos permite pensar en que es posible formular

V. “Otra” interpretación del artículo 1006

Una vez comprobado que el artículo 1006, por lo menos a mi modesto juicio, no ampara al derecho de transmisión porque sus presupuestos son incompatibles, es inevitable una importante pregunta: Pero, entonces, ¿qué papel es el que desempeña dentro del Código Civil? ¿Para qué sirve?

(53) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *loc. cit.*, p. 317. Esta opinión es compartida, según sus propias citas, por ALBALADEJO (*Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, pp. 92 y 93), y JORDANO FRAGA (*La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Madrid, 1990, p. 280, nota 360).

La dirección ya apuntada nos orienta hacia una figura cuya función es análoga a la que desempeña en la sucesión testada: la sustitución vulgar.

Antes de entrar en ella conviene insistir una vez más en una distinción que va a permitir comprender mejor su significado, y que consiste en remarcar algo muy importante que la interpretación al uso no tiene en cuenta y que le sirve de plena justificación, a mi entender.

1. Aclaración previa sobre “posición jurídica” y “derecho de opción”.

En la parte preliminar de este boceto se daba por sobreentendido algo que conviene en este momento explicitar, que es la distinción entre estar o hallarse en una determinada posición jurídica (la de estar nombrado para poder suceder a un determinado causante) y tener un derecho (el derecho a optar entre suceder al causante o rehusar su herencia).

La distinción quedaba destacada por la simple comparación entre el texto vigente del artículo 1006 y el que se daba, imaginativamente, como resultado de lo que tal artículo “pudo querer decir” (véase *ut supra*).

Y es que el derecho a optar entre suceder al causante o rehusar su herencia no existe cuando el testador designa a la persona que quiere que le suceda; pero tampoco existe, aunque la sucesión esté ya abierta, cuando el juez o el notario designan con sus nombres y apellidos a la persona o personas que están llamadas por la ley conforme al orden de preferencias establecido. En un caso u otro, lo único que hay es un “nombramiento”. Y este nombramiento crea en el designado una posición jurídica, la de ser el eventual sucesor del causante.

Posteriormente, si al nombrado no le afecta ninguna de las causas que inhabilitan para suceder a ese causante, es decir, si el nombrado es idóneo cuando esté abierta la sucesión, entonces es el momento en que la ley le inviste del *ius vocationis vel delationis*.

Pues bien, la fundamental diferencia entre la habitual interpretación del artículo 1006 real y esta “otra” que ahora se va a proponer, es que aquélla se refiere al “derecho que él tenía” (y que se supone, con razón, que es el derecho de opción), mientras que la nueva sólo atiende al momento, anterior, de la posición jurídica del nombrado. En el primer caso, lo que “pasa” es un derecho de opción; en el otro, una posición jurídica, estar nombrado eventual sucesor.

Y es que, con base en el nombramiento para poder suceder

2. El artículo 1006 contiene la sustitución legal.

La función del artículo 1006 es prever que el nombramiento que se ha hecho en favor de una persona para que pueda suceder a un determi-

nado causante, llegue a fracasar o a frustrarse y hacer un nombramiento nuevo de carácter subsidiario en favor de otra u otras personas para que consumen aquella sucesión si tal fuere su voluntad.

La misma función que, por su parte, desempeña la sustitución vulgar en la sucesión testada. Esta identidad de función parece propiciar una analogía en el nombre de la figura. No parece impropio llamar a la creada por el artículo 1006, “sustitución legal” (54).

La SUSTITUCIÓN LEGAL es la figura jurídica en cuya virtud la posición jurídica de quien estaba nombrado eventual sucesor de un causante, y fallece sin haber aceptado ni repudiado su herencia, pasa a ser ocupada por las personas a quienes él mismo ha instituido herederos en su testamento o sean nombrados sus eventuales sucesores en el cauce intestado.

Si Secundus está nombrado eventual sucesor de Primus y fallece sin aceptar ni repudiar su herencia, su posición jurídica como titular de esta opción y sin más causa que la de su propio fallecimiento, es ocupada en esta “sustitución legal” por Tertius, la persona o personas a quienes él mismo haya nombrado en su testamento para sucederle o reciban este nombramiento por el cauce intestado.

En el cauce testamentario, si Primus instituye heredero a Secundus y le quiere nombrar un sustituto, Tertius, lo normal es que lo haga directa y nominativamente. Pero no hay inconveniente en que su nombramiento se haga de otro modo, por ejemplo: “El hijo varón y de mayor edad de mi sobrino Antonio”. “Los que mi fallecido sobrino Antonio haya instituido en su último testamento.”

El mecanismo se comprenderá con facilidad por comparación con la sustitución vulgar, teniendo en cuenta que en ésta la designación del sustituto es, por regla general, tan nominativa como la propia institución de heredero, mientras que en la legal al sustituto se le va a nombrar “**per relationem**” (55).

(54) No hay necesidad de mayor especificación, porque en el cauce legal o intestado no cabe ninguna otra sustitución, a diferencia del cauce testamentario, donde son posibles otras, como la pupilar, la ejemplar o la fideicomisaria con la singular variante del fideicomiso de residuo. La sustitución legal es la vulgar porque no cabe otra.

(55) Los negocios jurídicos *per relationem* eran en España un enorme vacío, que hizo desaparecer DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores, al publicar su espléndida obra *El negocio jurídico “per relationem en el Código Civil”*, un riguroso estudio lleno de claridad cuya lectura creo obligada y recomiendo. He usado su 2.^a edición, que editó la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1994, 220 páginas. Lo que sigue en el texto se inspira en lo que la autora contempla en sus pp. 173 y siguiente.

El sustituto viene determinado por lo que haya dicho el testador en la institución, o por lo que, a su vez, digan el juez o el notario si el nombrado heredero fallece intestado. Se crea la *relatio* con el testamento, el auto del juez o el acta notarial de notoriedad, para la determinación del sustituto.

En el momento en que se otorga el testamento le falta a éste un elemento esencial que es la perfecta determinación del heredero, que provoca incertidumbre pero no obsta para que el testamento exista y se haya producido su perfección. El acto testamento, perfecto y existente, pero ineficaz por estar incompleto, se completa por medio de unos elementos que le son extraños o ajenos, hechos naturales con los que se da la *relatio* y que, al producirse, al realizar la determinación, convierten al testamento en eficaz, le dan eficacia plena. No son sino lo que, desde FALZEA, se conoce con el nombre de concausas necesarias de eficacia.

Y así *Tertius*, en virtud del nombramiento para suceder a *Secundus*, adquiere dos derechos de opción distintos: junto al derecho “A”, que le permitirá aceptar o repudiar la herencia de su causante *Secundus*, tiene también el derecho “B”, que le legitima, por obra del artículo 1006, para optar entre aceptar o repudiar la herencia del causante *Primus*.

Por supuesto la posición jurídica de *Tertius* ante las herencias de uno y otro causante es la misma en ambos casos, la de estar nombrado para sucederles. Pero son absolutamente independientes entre sí, y cada una tendrá su propio régimen. *Tertius* podrá aceptar o repudiar una u otra herencia, la de *Primus* y la de *Secundus*, por separado, pero siempre que, respecto de cada una tenga, además del nombramiento, las demás circunstancias requeridas para gozar de la respectiva opción y para poder heredar. Entre éstas, existir y sobrevivir al causante al tiempo del fallecimiento del causante y no estar afectado por ninguna causa de inidoneidad para suceder a uno o a otro.

La calidad de nombrados, con una misma naturaleza jurídica de subnombramiento de eventual sucesor o de nombramiento supletorio, les podrá convertir, en su momento, en titulares del *ius vocationis vel delationis* con la consiguiente posibilidad de ejercer su opción.

Pero la identidad de función y de naturaleza no excluye que entre ambas sustituciones, la legal y la vulgar, haya importantes diferencias.

Una es la imperatividad de aquélla, en contraste con la libertad, prácticamente omnímoda, que tiene el testador en la vulgar. No cabe otro sustituto que el que venga determinado, *per relationem*, en alguno de los do-

cumentos que se indicaron antes, el testamento, el auto judicial o el acta de notoriedad.

La segunda, verdaderamente característica, es el modo de fijación o de determinación de la persona del sustituto. El artículo 1006, como ya ha sido explicado antes, sólo permite un tipo de determinación del sustituto, la determinación *per relationem*. Este tipo de determinación del sustituto cabe también, por supuesto, en la vulgar, pero es de aplicación en contadas ocasiones y lo normal es el nombramiento de sustituto con nombres y apellidos. Algo que la generalidad con que la ley ha de producirse no es posible en la que hemos llamado sustitución legal.

Otra diferencia es que la fórmula empleada por la norma no encaja con la distinción que hace el artículo 774 entre la sustitución simple y sustituciones con expresión de casos. La redacción del 1006 parece que crea el sistema contrario, es decir, que formula una sustitución simple, con la tácita exclusión de un solo caso: no hay sustitución legal si se ha dado la renuncia del instituido. La institución ha decaído, se ha frustrado.

Cuestión de evidente interés es la de la aplicabilidad del artículo 1006, en cuanto creador de la sustitución legal, de la que no se tiene noticia de que existiera en el cauce intestado, que parece ser, por ello, su particular campo de aplicación. Decimos particular y no único, por creer que también puede ser aplicable al cauce testamentario.

Es admisible la duda acerca de la aplicación del 1006 al cauce testamentario.

El asunto es de importancia, porque el sentido de imperatividad que da al precepto el tiempo verbal empleado, el futuro, “pasará”, que es preciso reconocer, choca con la libertad que el propio Código está reconociendo en la materia a la voluntad del testador.

Y no dejaría de ser inconsecuente que se considerase ineficaz la voluntad del testador de establecer una sustitución vulgar para el caso de que se dé la misma circunstancia prevista en el artículo 1006 y en favor, por ejemplo, de los descendientes del instituido.

Por ello hay que estimar la aplicación del 1006 a la sucesión testada siempre y cuando lo sea con carácter supletorio. Como ya se ha dicho más arriba, “salvo voluntad en contrario del testador”.

Cabe en la sucesión testada si es un supuesto que el testador no haya previsto ni excluido. Nunca podrá aplicarse contrariando la voluntad del testador; por ejemplo, cuando el testamento prevea el supuesto y le dé otra solución. Así ocurriría si, completando una sustitución vulgar para caso de premoriencia de descendientes, el testador, añadiera: “A los que me hayan sobrevivido y, carentes de descendencia, fallezcan sin haber aceptado ni repudiado mi herencia, les sustituirá la hija más joven de mi hermano Antonio”.

EPÍLOGO

Cuando ya se ha dicho todo, como a mí me ocurre ahora, siempre cabe, sin embargo, que se pueda añadir algo más: pedir perdón en general y, en particular, por lo que se haya dicho mal. Y así lo hago al paciente lector, con muy buenas razones.

Pero la súplica de perdón tiene en mi caso unos destinatarios especiales, y va precedida de una previa confesión de culpa. Ésta y aquél se dirigen a los defensores del derecho de transmisión. Porque no soy ni un detractor ni un perseguidor de tal derecho. Soy sólo alguien que ha perdido la fe en él.

A lo largo de toda una vida dedicada al ejercicio de la profesión notarial he tenido algunos casos de aplicación del artículo 1006 porque personas que habían sido nombradas para suceder al causante y llegaron a obtener un *ius vocationis vel delationis* habían fallecido sin exteriorizar su decisión acerca de si optaban por aceptar la herencia que se les ofrecía o si preferían rehusarla.

Y con la fe que había hecho nacer en mí las enseñanzas de su obra yo me limitaba a aplicar lo que de don José CASTÁN había aprendido y corroborado después con las aportaciones de otro gran jurista, don Ramón M.^a ROCA SASTRE. La verdad es que lo hacía con algunas reservas, porque habían surgido dudas, pero aquella fe se impuso y el “éxito” de que las particiones se inscribieran en el Registro colaboró para que mis dudas fueran postergadas.

Años más tarde, ya sin ejercicio profesional ni particiones, hubo una maravillosa compensación, gozar de tiempo disponible para pensar y, venturosamente, una feliz ausencia de esa “prisa” que todo el mundo acata sin protesta y es una de las mayores desgracias de nuestra época.

Y, en una pequeña parte, utilicé una pequeña parte de ese tiempo para pensar en el tránsito sucesorio y buscar una depuración de lo que, a mi entender, eran las ideas clave que lo explicaban. Y cuando pensé haberlo logrado, la latente crisis de fe sobre el derecho de transmisión desembocó en su pérdida total. Dejé de creer que el artículo 1006 pudiera considerarse como instrumento para su explicación o justificación.

Conservo sin merma alguna el respeto que merece el esfuerzo desplegado por los autores que lo propician, y la admiración que suscitan en mí sus investigaciones y todos los conocimientos que han logrado y puesto generosamente a disposición de los estudiosos. Pero he de confesar y reconocer que no acabo de seguirles en todos sus razonamientos, aunque muy bien puede ser que todo se deba a mis propias limitaciones y deficiencias. Pero no han conseguido convencerme.

No excluyo la influencia que pudo tener el recuerdo (tal vez un tanto irreverente) del consejo que da San Pablo en su Epístola a los Hebreos (13, 7-9 a): “No os dejéis arrastrar por doctrinas complicadas y extrañas”.

Y traté de hallar “otra” explicación para el artículo 1006.

Y eso es todo.

LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS BIENES DE INTERÉS CULTURAL

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA
*Profesora titular de Derecho Civil.
Universidad de Valencia*

SUMARIO: **1.** NORMATIVA APLICABLE AL PATRIMONIO CULTURAL. **2.** LA TITULARIDAD DE LOS BIENES CULTURALES. **3.** LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS BIENES CULTURALES. **4.** LOS BIENES CULTURALES EN PODER DE LA IGLESIA CATÓLICA. **5.** LOS BIENES OBJETO DE PROTECCIÓN. **6.** LA IDENTIFICACIÓN COMO MEDIO FUNDAMENTAL PARA ASEGURAR LA EFICACIA EN LA PROTECCIÓN Y COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO. **7.** CATEGORÍAS DE BIENES CULTURALES. **8.** BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INMUEBLES Y MUEBLES. **9.** LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. **10.** EL TESORO OCULTO. **11.** LA EXPORTACIÓN.

1. Normativa aplicable al patrimonio cultural

La situación en la que se encontraba la protección jurídica del llamado Patrimonio Histórico-Artístico antes de la entrada en vigor de la Constitución era muy insuficiente, desordenada y confusa, lo que propició el expolio de buena parte de las obras representativas de nuestra cultura.

El artículo 46 de la Constitución Española, de 1978, obliga a los poderes públicos a garantizar la protección y crecimiento del Patrimonio Histórico-Artístico. Es evidente que esa exigencia se ha de traducir, entre otras medidas, en el establecimiento de un marco jurídico adecuado.

No obstante, hasta 1985 no se promulgó la Ley Estatal sobre el denominado Patrimonio Histórico Español, en cumplimiento del dictado constitucional.

La citada Ley estatal fue seguida por las Leyes de varias Comunidades Autónomas, que adoptaron diversas denominaciones.

En todo caso, el Estado se reserva competencia exclusiva en materia de exportación y expoliación del patrimonio cultural.

En realidad el término expoliación comprende cualquier ataque al patrimonio cultural, por tanto, las Comunidades Autónomas no hubieran podido dictar ninguna norma protectora de su patrimonio porque todas ellas conducen a evitar el expolio.

Por lo tanto, cabe concluir que en esta materia las competencias del Estado y Comunidades Autónomas son compartidas.

Como dice la STC 17/1991, de 31 de enero, BJC 118 (1991), “Debe afirmarse la existencia de una competencia concurrente del estado y Comunidades Autónomas en materia cultural con una acción autonómica específica. La integración de la materia relativa al patrimonio histórico-artístico en la más amplia que se refiere a la cultura permite hallar fundamento a la potestad del Estado para legislar aquélla. Hay que agregar que la delimitación de competencias exclusivas autonómicas permite al Estado regular aquellas materias que no han sido estatutariamente asumidas por cada una de ellas. No cabe sin embargo, extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico artístico en el término cultura”.

Por otra parte, la Unión Europea también puede legislar en materia de patrimonio cultural, aunque por lo general se confía a cada pueblo la protección de ese patrimonio, que es reflejo de su identidad. Así, existe una sola Directiva destinada a la protección de los bienes culturales, relativa a la exportación ilícita dentro de la Unión, Directiva que ya ha sido traspuesta al ordenamiento interno.

En el ámbito internacional, la UNESCO es el organismo encargado de

la protección del patrimonio cultural, propiciando varios Convenios al respecto, todos ratificados por España. No obstante, tales Convenios no contienen realmente normas de obligado cumplimiento, se trata, por lo general, de recomendaciones a los Estados y solamente concretan algo más cuando tratan de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

2. La titularidad de los bienes culturales

Los bienes de interés cultural pueden ser de titularidad pública o privada. La función social de la propiedad conlleva la conservación de los valores inherentes a determinados bienes, con independencia de su clasificación entre los bienes muebles o inmuebles y con independencia de quien sea su titular.

Nos encontramos ante un régimen jurídico singular, que pretende garantizar la conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural, cuyo centro de gravedad no se coloca en el régimen pertenencial, ni en su calificación como bienes demaniales o no demaniales, sino en su condición de bienes que incorporan “valores espirituales” de interés para la colectividad, que sus detentadores deben posibilitar, sin perjuicio de los demás usos y utilidades que la cosa pueda reportar (1).

El contenido de la normativa protectora del patrimonio cultural interfiere necesariamente en la disciplina de la propiedad, produciendo, de alguna manera, la superación de la vieja dicotomía entre titularidad pública y privada, pues nos encontramos ante una categoría especial de bienes que comportan unos valores que los vinculan a la comunidad, pertenecen al “patrimonio social”, con independencia de su titularidad (2) son bienes cuyo disfrute ha de ser compartido y cuya conservación debe garantizarse en interés de todos.

Tanto la Ley estatal del Patrimonio Histórico como las Leyes Autonómicas que han regulado la materia, parten del principio de la indiferencia de la titularidad sobre los bienes culturales a los fines de tutela, con la excepción de los bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico, que son declarados bienes del dominio público, según lo establecido en el artículo 44 LPHE, siempre y cuando sean descubiertos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.

(1) PARADA, R.: “El patrimonio cultural”, en *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos. Derecho urbanístico*, 3.^a edición, Madrid, 1990, p. 286.

(2) En este sentido, OROZCO PARDO, G.: *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultura*, Madrid, 1996, p. 5.

En definitiva: la mayoría de las reglas de protección del patrimonio histórico están configuradas teniendo presente al objeto, imponiendo por tanto obligaciones *propter rem*, sin consideración singular al titular del dominio o derecho real sobre tales objetos (GARCÍA-ESCUDERO y PENDAS) (3).

No obstante, es evidente que los mecanismos concretos de protección han de ser diferentes en atención a la naturaleza del bien, a su mayor o menor relevancia cultural y a la persona (pública o privada) que sea titular de los mismos. Los bienes de titularidad pública y privada, unos y otros plantean diferentes cuestiones jurídicas.

Respecto a la naturaleza jurídica de los bienes culturales de titularidad pública no existe una doctrina unánime: algunos autores entienden que se trata de bienes del dominio público y otros consideran que tales bienes raramente serán demaniales. A tal respecto, debe destacarse que la Ley del Patrimonio Histórico Español, a diferencia de lo que sucede con las aguas o las minas, no declara la inclusión de esa categoría completa de bienes en el dominio público, sino que los vincula con independencia de su titularidad pública o privada a un régimen especial para salvaguardar el interés público que todos esos bienes encierran (4). Lo mismo sucede en las Leyes Autonómicas.

Como afirma ALEGRE, la doctrina española ha abordado la consideración de los bienes de interés cultural de titularidad pública como bienes del dominio público, a partir de las notas que tradicionalmente han integrado el régimen jurídico de los mismos. Un sector de la doctrina estima que tales bienes son del dominio público. En cambio, otros autores han entendido que la calificación procedente es, en principio, la de bienes patrimoniales de la Administración, resultando posible su ingreso en la categoría demanial de acaecer una ulterior afectación o destinación a una función pública (a un uso o servicio público) (5). Me inclino, decididamente, por esta segunda teoría, pues no es exactamente lo mismo la afección a un servicio público que el destino colectivo que se predica de todos los bienes de interés de cultural, sin perjuicio de que algunos bienes de interés cultural queden estrictamente afectos a un servicio público. En todo caso, y de nuevo con ALEGRE, la discusión puede resultar en ocasiones puramente académica y nominalista. “El régimen jurídico de los bienes de interés cultural se caracteriza, esencialmente, con independen-

(3) GARCÍA-ESCUDERO, P., y PENDAS GARCÍA, E.: *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1986, p. 131.

(4) PARADA, R.: “El patrimonio cultural”, ob. cit., pp. 284-285.

(5) ALEGRE ÁVILA, J. M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, tomo I, Madrid, 1994, p. 601.

cia de la concreta titularidad de los mismos, por integrar un conjunto riguroso de determinaciones tendentes a salvaguardar la integridad de los valores que aseguran su protección” (6). Seguramente, la cuestión no puede resolverse desde el punto de vista teórico y debe acudir al Derecho positivo, tanto estatal cuanto autonómico. Así, por ejemplo, la Ley del Patrimonio Histórico Español, al regular el patrimonio arqueológico, considera del dominio público todos los objetos y restos materiales que incorporen los valores que son propios del Patrimonio Histórico y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar; sin embargo, no hay razón para considerar del dominio público a todos los bienes integrantes del patrimonio cultural, ni siquiera a los integrantes arqueológicos descubiertos con anterioridad a la Ley, que puedan pertenecer a los particulares, en virtud de títulos legítimos, luego el carácter demanial de un bien puede depender de una circunstancia tan aleatoria como es el momento de su descubrimiento.

En todo caso, debe insistirse en un aspecto fundamental: en principio, tanto la Ley Estatal como las Leyes Autonómicas imponen a la Administración los mismos deberes que a los particulares, respecto de los bienes de interés cultural, cuya titularidad ostente, con alguna especialidad, a la que nos referiremos luego.

Ahora bien, existen diferencias destacables entre la situación de la Administración y la de los particulares. La Administración se coloca en una posición diferente a la de los particulares, pues tiene el deber de fiscalizar y controlar el cumplimiento de los deberes impuestos por las Leyes del patrimonio cultural. Así, el artículo 8.º, 2 LPHE afirma: “Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico-Español”. Tal afirmación se reitera, de una forma u otra, en las Leyes Autonómicas, luego los particulares pueden participar directamente en el control del patrimonio cultural.

Por otra parte, aunque es cierto que en las Leyes sobre el patrimonio cultural se coloca el acento en los bienes objeto de protección, sin especial consideración al carácter público o privado de su titular, también es cierto que existen especialidades en la regulación que toman en consideración al titular. La más significativa se refiere al tráfico jurídico de los bienes de interés cultural. Según el artículo 28 LPHE los bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español en poder de las Administraciones Públicas son intransmisibles e imprescriptibles, salvo las

(6) Ídem.

transmisiones que efectúen entre sí los entes públicos, con algunas excepciones previstas en las normas autonómicas.

La enajenación de bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español contraviniendo lo dispuesto en el artículo 28 LPHE, serán nulas, según dispone el artículo 44 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (mod. parcialmente por Real Decreto 64/1994, aunque en este art. 44 no se introdujo modificación alguna). Corresponde al Ministerio Fiscal ejercitar las acciones de nulidad en los procesos civiles en defensa de la legalidad y orden público. Lo que demuestra que estamos tratando una cuestión civil, propiedad privada.

Por otra parte, la notas de intransmisibilidad e imprescriptibilidad significan que no caben adquisiciones *a non domino*, ni cabe la adquisición por usucapión ni ordinaria ni extraordinaria, respecto de los bienes del patrimonio cultural de titularidad pública, lo que no sucede respecto de los bienes de interés cultural de titularidad privada, sobre los que pesa un derecho de tanteo y retracto, como veremos luego.

3. La propiedad privada de los bienes culturales

Los bienes de interés cultural de titularidad privada son objeto de una forma especial de propiedad, también privada. Pese a la intervención de los poderes públicos para garantizar la conservación de estos bienes, su régimen jurídico no pertenece propiamente al Derecho Administrativo, sino al Derecho Civil: es una forma, una de tantas, de ostentar el derecho de propiedad.

La doctrina sobre el régimen jurídico de los bienes integrantes del patrimonio cultural de titularidad privada se ha explicado tradicionalmente con la técnica de las limitaciones administrativas de la propiedad privada. Sin embargo, esta técnica resulta insuficiente para explicar el régimen y, sobre todo, para justificar la inmisión pública positiva (y no meramente negativa) en el disfrute privado de estos bienes (7) (GARCÍA DE ENTERRÍA). Actualmente se entiende que la determinación del contenido del derecho de propiedad sobre los bienes culturales pasa por la fijación de sus límites, límites internos que configuran el derecho mismo.

La Constitución Española reconoce en su artículo 33,1 el derecho a la propiedad privada y a la herencia, afirmando en el propio artículo 33,2 que la “función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. La función social configura el derecho de propiedad im-

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, REDA, p. 582.

poniéndole unos límites que lo conforman. La configuración del derecho de propiedad está, pues, íntimamente relacionada con la función social del objeto sobre el que recae. Como afirmó MONTÉS, la norma constitucional ha roto la univocidad del concepto del dominio en diversas categorías o estatutos de la propiedad. Es la función social la que impone (a través de las Leyes) la definición de cada tipo. No hay un contenido *a priori*, un modelo de propiedad, hay propiedades (8). La Constitución asigna a la función social el papel de definir el contenido del derecho de propiedad, poniendo de relieve la fragmentación de esta institución, como han dicho las STC 117/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; 37/1987, de 26 de marzo; 67/1988, de 18 de abril; 170/1989, de 19 de octubre; 67/1990, de 5 de abril; y 6/1991, de 15 de enero, no existe derecho de propiedad, sino derechos de propiedad (9).

Pero nada de esto significa que el derecho de propiedad haya dejado de existir o que se haya convertido en una institución de derecho público. Según GARCÍA DE ENTERRÍA: “Creo que aquí hay que ver las cosas con absoluto realismo. La propiedad privada no es para los hombres de hoy un derecho absoluto y sagrado en sí mismo, no es la base inmovible de la sociedad como creyeron en el siglo XIX, de modo que resulte intangible e indisponible por los poderes públicos. Hoy la propiedad se justifica, se legitima, en tanto en cuanto ella es capaz de obtener como institución rendimientos sociales superiores respecto de la gestión meramente burocrática. En este sentido, la propiedad no está, ni mucho menos vencida; está vencida en su construcción absoluta, dista de serlo en cuanto ella sigue siendo, evidentemente, uno de los instrumentos más eficaces para obtener rendimientos económicos y sociales superiores” (10).

El derecho de propiedad sobre los bienes de interés cultural es como lo han conformado normas y principios no contenidos en el Código Civil, tiene un estatuto jurídico propio en atención a su específica e indudable “función social”.

Las “formas de ser propietario” son hoy diversas. Nos encontramos aquí ante una evidente manifestación de esa diversidad, en atención a la singular naturaleza de los bienes sobre los que recaen los derechos del propietario, que, no olvidemos, lo sigue siendo. No obstante, la “función social” de los bienes culturales impone importantes límites a las facultades del propietario, para garantizar, fundamentalmente, su conservación y

(8) MONTÉS PENADÉS, V. L.: *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

(9) PAREJO ALFONSO, L., y BLANC CLAVERO, F.: *Derecho urbanístico valenciano*, Valencia, 1977, p. 21.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, ob. cit., pp. 584-585.

el disfrute por la comunidad de estos bienes que, de alguna manera, son patrimonio de todos.

La utilización de los bienes queda subordinada a que no pongan en peligro los valores que deben conservarse, además debe permitirse, de alguna manera, el disfrute de estos bienes por la colectividad, y las transmisiones de bienes de interés cultural (cuando se permiten) están sometidas a control.

4. Los bienes culturales en poder de la Iglesia Católica

Buena parte del patrimonio cultural español pertenece a la Iglesia Católica. La riqueza del Patrimonio Artístico de la Iglesia tiene una explicación histórica, y en este momento, la Iglesia es titular, depositaria y usuaria de una buena parte de los edificios, esculturas, pinturas, libros..., etc., de interés cultural.

Desde el punto de vista religioso, la función principal de ese patrimonio, aún en nuestros días, es su destino al culto. Lo que ha producido dos efectos: uno positivo y uno negativo. El positivo es que al haber sido utilizados sin interrupción han sido cuidados y conservados. El negativo que, al haber sido utilizados, han sido adaptados a las necesidades del momento, sin criterios artísticos, ni históricos, precisos para la conservación de los valores inherentes a tales bienes (11).

En todo caso, a los efectos que aquí interesan, la Constitución establece el carácter aconfesional del Estado Español, garantizando la libertad religiosa y de culto en su artículo 16,3, donde menciona a la Iglesia Católica con quien se afirma mantendrá relaciones de cooperación. Fruto de esta cooperación son los Acuerdos de 3 de enero de 1979, que establecen el régimen jurídico de la Iglesia de España, que sólo puede significar, como afirma ÁLVAREZ, que el Estado reconoce implícitamente a la Iglesia Católica, con la Santa Sede a su cabeza, como sujeto de derecho internacional. Los citados Acuerdos están concluidos por sujetos dotados de personalidad internacional y con naturaleza de Tratados Internacionales.

A partir del marco constitucional y del reconocimiento de la personalidad de la Iglesia es como hay que interpretar los Acuerdos entre el Estado y la Iglesia, como poseedora de una parte importante de los bienes artísticos (12). A tal aspecto se refiere el Acuerdo entre el Estado Espa-

(11) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, Madrid, 1989, p. 672.

(12) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: *Estudios...*, cit., pp. 674-675.

ñol y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1978, que en su artículo XV establece que creará una Comisión Mixta para concretar la colaboración Iglesia-Estado respecto del Patrimonio Histórico Artístico. El trabajo de la Comisión quedó reflejado en el “Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico-Artístico”, suscrito el 30 de octubre de 1980. En dicho acuerdo la Iglesia y el Estado reiteran su interés coincidente en la defensa y protección de los bienes que integran el Patrimonio Histórico-Artístico y Documental de España de los que son titulares, por cualquier derecho o relación jurídica, personas jurídicas eclesiásticas. Se reconoce por el Estado la función primordial de culto y la utilización para finalidades religiosas de muchos de estos bienes. En tal acuerdo se reconoce también que las normas de la legislación civil de protección del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental son de aplicación a todos los bienes que merezcan esa calificación, cualquiera que sea su titular (13).

La Ley del Patrimonio Histórico Español no ha previsto una regulación especial, con carácter general, para el patrimonio de la Iglesia Católica. No obstante, existe una singularidad respecto de la transmisión de bienes muebles: el artículo 28,1 dice: “Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de las Instituciones Eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho público o a otras instituciones eclesiásticas”.

La norma se refiere solamente a los bienes muebles declarados de Interés Cultural o Inventariados, por lo tanto no afecta a los inmuebles, ni a los muebles no inventariados. Dada la dificultad para realizar un inventario fiel y exacto de la ingente riqueza cultural en poder de la Iglesia Católica, la disposición transitoria quinta de la LPHE afirma que en los diez años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, lo dispuesto en el artículo 28,1 de la misma se entenderá referido a todos los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en posesión de las instituciones eclesiásticas.

Dado el ingente patrimonio cultural de la Iglesia Católica, el inventario no pudo concluirse en diez años, por lo que se amplió el plazo diez años más. Este plazo tampoco fue suficiente y ha sido ampliado hasta el año 2013.

(13) Puede verse el texto del documento en BENÍTEZ DE LUGO, F.: *El patrimonio cultural español*, pp. 134-135.

Los bienes muebles de interés cultural en poder de las instituciones eclesiásticas se convierten así en bienes fuera del tráfico mercantil, son prácticamente inalienables, pues sólo pueden pertenecer a la Iglesia, al Estado o a otras entidades de Derecho Público. Ello significa que no les son aplicables las normas que protegen a los adquirentes de buena fe, por lo que no puede darse respecto de ellos una adquisición *a non domino* al amparo del artículo 464 o del artículo 85 del Código de Comercio.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse ya sobre esta cuestión, en sentencia de la Sala Segunda, de 20 de diciembre de 1991 (RA 1991/9575): D. Lorenzo M. C. hurtó determinadas obras de arte del Museo Diocesano de Solsona. Algunas de tales obras fueron compradas por el recurrente en subasta pública, a través de una galería de arte legalmente autorizada. La sentencia de instancia ordenó la entrega definitiva al Museo Diocesano de todos los objetos recuperados, entre ellos los comprados en la galería de arte. El comprador, que era parte en el proceso en calidad de acusador particular, era un tercer adquirente de buena fe, que había adquirido a título oneroso por un medio legal, y recurre en casación por entender que, en aplicación de los artículos 464 CC y 85 CCom, había adquirido “en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable”. Tesis que no prosperó, pues los bienes comprados no podían ser transmitidos ni a entidades mercantiles ni a particulares, según lo establecido en el artículo 28 de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

No cabe, pues, adquisición irreivindicable respecto de los bienes muebles de interés cultural cuyo titular sea el Estado, una Comunidad Autónoma u otro ente de Derecho Público. Tampoco cabe adquisición irreivindicable cuando el titular sea la Iglesia Católica.

Como afirma la citada sentencia, en definitiva, los bienes de interés histórico o artístico que integran el Patrimonio Histórico pertenecen al acervo cultural de todos los españoles, con independencia o al margen de su titularidad dominical, por tanto, resulta lógica su irreivindicabilidad.

Tampoco cabe adquirir estos bienes por usucapión ordinaria o extraordinaria, pues son imprescriptibles, según lo establecido en el número 3 del propio artículo 28 LPHE.

Por otra parte, la Ley del Patrimonio Histórico habla de “posesión” y no de propiedad. Cabe pensar que los bienes de la Iglesia pertenecen a toda la colectividad, por formar parte del pasado cultural común, y eso justificaría un régimen jurídico similar, en algunos aspectos, al de los bienes del dominio público. La utilización del término “posesión” en referencia a las instituciones eclesiásticas, parece que fue un rodeo para evitar un claro pronunciamiento sobre la titularidad de tales bienes, pues la tesis

según la cual los bienes de la Iglesia no le pertenecen en propiedad resultó difícil de sostener (ÁLVAREZ) (14).

Ahora bien, el término “posesión” que utiliza el artículo 28 LPHE no significa que las limitaciones a la transmisión afecten a bienes de particulares que circunstancialmente estén en posesión de la Iglesia Católica (simple tenencia ocasional, por ejemplo) o que estén en posesión de la Iglesia en virtud de un título jurídico que confiera el derecho a poseer (depósito, comodato, arrendamiento, por ejemplo). Es decir, los bienes de los particulares no pierden su condición por el hecho de estar transitoriamente en poder de alguna institución eclesiástica.

Un tema no aclarado es si el artículo 28 LPHE se refiere sólo a la Iglesia Católica o afecta también a otras religiones. Se dice que si el precepto fuera discriminatorio para la Iglesia mucho más lo sería si sólo fuera de aplicación a la Iglesia Católica, por lo que cabe pensar que es de general aplicación a los bienes muebles de cualquier confesión religiosa (15). No obstante, cabe dudar de tal solución. Por razones históricas la Iglesia Católica es titular de buena parte del patrimonio cultural español, lo que no sucede respecto de otras confesiones religiosas, por lo tanto imponer a otras confesiones religiosas limitaciones extraordinarias a las facultades dispositivas parece exagerado y carente, en buena medida, de razón convincente. A mi criterio, no se trata de una “discriminación negativa” para la Iglesia Católica, por el contrario, se reconoce su importancia, trascendental, en la historia de la cultura del pueblo español y la contribución de todos los cristianos a la creación del patrimonio cultural de la Iglesia, por lo tanto, carece de buen sentido que los particulares puedan apropiarse de bienes que pertenecen al acervo cultural de todos.

5. Los bienes objeto de protección

Las normas que regulan el llamado patrimonio cultural protegen bienes materiales e inmateriales que posean valores culturales en grado suficiente que justifique tal protección.

La indeterminación del concepto de “bien cultural”, problema común a cualquier norma sobre la materia, dificulta establecer con precisión cuáles son los bienes integrados en el patrimonio protegido.

Con términos “patrimonio histórico”, “patrimonio cultural” e incluso “patrimonio artístico”, se trata de expresar, generalmente, el mismo concepto. Se trata de aquellos bienes que son testigo de la contribución de

(14) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: ob. cit., p. 703.

(15) BENÍTEZ DE LUGO, F.: ob. cit., p. 142.

un pueblo a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea.

El término “patrimonio histórico” puede ser equívoco, pues induce a pensar que estamos tratando solamente de bienes pertenecientes al pasado, que han llegado a nuestros días como legado de otras épocas. Y aunque es cierto que la mayoría de los bienes que merecen la protección jurídica de que goza el especial patrimonio de que tratamos son exponentes del tiempo pasado, no hay que olvidar que algunos son objetos “nuevos”, creaciones del presente, manifestaciones culturales de nuestra época, prueba de ello es que puede declararse de interés cultural la obra de un autor vivo, aunque tal declaración sea excepcional.

Por otra parte, aunque los bienes con valor artístico forman parte del patrimonio cultural, no todos los bienes componentes del patrimonio cultural o histórico tienen este valor (por ejemplo, una buena parte del patrimonio documental), salvo que entendamos que, en términos muy amplios, toda aportación a la cultura, del tipo que sea, constituye una “obra de arte”.

El término patrimonio cultural refleja mejor que cualquier otro el conjunto de valores que las Leyes pretenden proteger. Pero ni las propias Leyes se ponen de acuerdo respecto de la denominación del patrimonio que regulan, dada la imprecisión conceptual del objeto protegible.

De las Leyes vigentes sobre la materia, la primera (en el tiempo), que es la Ley Estatal 16/1985, de 25 de junio, se denomina del Patrimonio Histórico Español. De las Leyes Autonómicas, la de Castilla-La Mancha, Ley 4/1990, de 30 de mayo, se denomina de Patrimonio Histórico. La Ley 7/1990, de 3 de julio, del País Vasco, se denomina ya del Patrimonio Cultural Vasco, en este acierto terminológico fue la primera. La Ley 1/1991, de 13 de julio, de Andalucía, se llama del Patrimonio Histórico de Andalucía. La Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Cataluña, se denomina, ya decididamente, del Patrimonio Cultural Catalán. La Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Galicia, se denomina, de nuevo, del Patrimonio Histórico-Artístico, pero lleva un subtítulo: Regulación del patrimonio cultural de Galicia. La Ley Valenciana 4/1998, de 11 de junio, se denomina del Patrimonio Histórico-Artístico. Normas reguladoras del Patrimonio Cultural Valenciano.

Como acabo de afirmar, el amplio término patrimonio cultural expresa sin duda mejor que patrimonio histórico o histórico-artístico el conjunto de valores que la Ley pretende proteger. Ahora bien, si se utiliza el término patrimonio cultural, es preciso efectuar dos precisiones más:

a) Por una parte, el término patrimonio cultural también puede inducir a confusión, ya que entre los bienes integrantes de ese patrimonio, los especialmente relevantes serán declarados de Interés Cultural (BIC,

en la abreviatura común). Eso no significa que los restantes bienes que integran el patrimonio cultural carezcan de interés cultural.

b) Por otra parte, las normas que regulan el llamado “patrimonio cultural” no agotan la regulación de todos los “bienes culturales”.

Entre otras normas que regulan aspectos relativos a las manifestaciones de la cultura, cabe destacar el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (y las normas complementarias), indispensable para la protección de la cultura, aunque lo haga desde la perspectiva de la protección al autor: se protege al autor, pero se le protege como creador de una obra de interés cultural y para estimular las aportaciones a la cultura. Las normas sobre propiedad intelectual tratan de fomentar la creatividad, mientras que ese objetivo es ajeno a las normas de “patrimonio cultural”.

En definitiva, son dos formas o dos medios de proteger las obras culturales, en alguna medida complementarias.

Las normas llamadas del “patrimonio cultural” vienen a proteger el aspecto estático, la obra ya creada, desprendida casi por completo de su autor que, de alguna manera, forma ya parte del patrimonio colectivo. Por tanto, la mayor parte de las obras protegidas son obras que han pasado “al dominio público”, en la terminología del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 41), es decir, obras sobre las que ya se han extinguido los derechos de explotación económica del autor o cesionarios de sus derechos, y pueden ser utilizadas por cualquiera.

No obstante, las obras de un autor vivo pueden ser declaradas de interés cultural. Entonces estarán sometidas tanto a la protección que les brindan las normas que se denominan de “patrimonio cultural” cuanto a las normas que regulan la “propiedad intelectual”, por estar vigentes, todavía, las facultades de explotación económica inherentes a la propiedad intelectual y las facultades del orden moral que acompañan al autor durante su vida, aunque algunas de estas facultades queden restringidas.

Una vez fallecido el autor, y aunque se hayan extinguido los derechos de explotación económica (todos de duración temporalmente limitada), y los derechos de orden moral que se extinguen con la vida del autor, subsistirán siempre los derechos de orden moral, que son perpetuos, como el derecho al respeto de la paternidad de la obra, lo que también debe ser tenido en cuenta a la hora de estudiar el patrimonio cultural.

En suma: ni sólo los bienes expresamente declarados de interés cultural forman parte del patrimonio cultural, ni la normativa sobre el llamado “patrimonio cultural” agota la protección de las obras en las que se manifiesta la cultura.

“Valor cultural” es un concepto indeterminado e impreciso. Las Leyes suelen utilizar definiciones descriptivas de los valores que tales bienes incorporan (valor histórico, artístico, técnico, etnológico...). Todas las normas, tanto la estatal como las autonómicas, incurren en exceso al referirse tales valores. Tal vez, ese afán de abarcar demasiado se traduzca en la ineficacia de las medidas protectoras o en tratamiento desigual a la hora de aplicarlas respecto de los particulares titulares de bienes de interés cultural, lo que puede provocar una cierta “discriminación” o, al menos, un cierto “tambaleo” de la seguridad jurídica.

La indeterminación del concepto de “bien cultural” es cuestión trascendente por cuanto afecta al derecho de propiedad sobre bienes que poseen unos valores difíciles de establecer *a priori* de manera exacta e inmutable.

Con los términos “patrimonio histórico”, “patrimonio cultural” e incluso “patrimonio artístico” se expresa, generalmente, el mismo concepto. Se trata de aquellos bienes que son testigo de la contribución de un pueblo a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. La función social de tales bienes justifica que gocen de estatuto jurídico propio. Como vimos, ni las propias Leyes se ponen de acuerdo respecto de la denominación del patrimonio que regulan. Los varios términos que utilizan las normas y la doctrina: patrimonio histórico, artístico, cultural..., para referirse a un mismo fenómeno deriva de la imprecisión conceptual del objeto que se pretende denominar. Realmente, todos sabemos de qué estamos hablando cuando nos referimos a los “bienes culturales”, y reclamamos su protección jurídica, pero es prácticamente imposible encontrar una definición unitaria que con pocas palabras sirva para incluirlos a todos.

Como he adelantado, el concepto de “bien cultural” es impreciso y en él se pueden comprender objetos muy diversos, conformando una noción “abierta”, cuyo ámbito y contenido evoluciona, adaptándose a los cambiantes criterios y valoraciones sociales. La calificación de un bien como relevante desde el punto de vista cultural responde a criterios extrajurídicos, el Derecho reconoce esa categoría especial de bienes, unos de titularidad pública y otros de titularidad privada, enfrentándose con el problema de construir un concepto unitario, para determinar qué bienes son merecedores de especial protección, y someterlos a un régimen jurídico igual en lo esencial, aunque puedan variar las técnicas de protección, en atención a la mayor o menor relevancia del bien, lo que condiciona su función social (y a su propia naturaleza: muebles, inmuebles, materiales, inmateriales..., pues es evidente que distintas clases de bienes no pueden ser protegidos con idénticas técnicas).

Las Leyes suelen utilizar definiciones descriptivas de los valores que tales bienes incorporan (valor artístico, histórico, arqueológico, etnológico,

arquitectónico, paleontológico, documental, bibliográfico, científico, técnico...), lo que tampoco logra la necesaria precisión por la indeterminación de tales valores. Evidentemente, todo lo que exige valoración depende del criterio de quien emite el juicio, aunque existan datos objetivos que ayuden a emitirlo.

Por esta razón, los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico deberán ser inventariados o declarados de interés cultural. Los bienes de mayor interés quedan así identificados individualmente y sometidos a un régimen jurídico especial donde se acentúa la protección (de lo que nos ocuparemos luego), pues realmente en un país donde existe tal cantidad y variedad de bienes pertenecientes al patrimonio cultural solamente aquellos que sean identificados individualmente pueden ser objeto de tutela eficaz.

6. La identificación como medio fundamental para asegurar la eficacia en la protección y como garantía de los derechos del propietario

La protección de los bienes culturales tiene diferentes grados atendiendo a su mayor o menor relevancia cultural.

Como vengo insistiendo, la tutela eficaz de los bienes que incorporan valores de diversa índole y de imprecisa determinación necesita la identificación individual. Los bienes de mayor interés deben ser reconocidos individualmente, pues no nos engañemos, la pretendida protección de bienes que pueden ser incluidos o excluidos de listas generales y abiertas tiene en el riesgo de convertirse en una mera declaración de “buenas intenciones”.

Por otra parte, tampoco cabe olvidar que en los bienes culturales de titularidad privada coexisten dos tipos de intereses, a veces contrapuestos: el interés del propietario y el de la sociedad. La protección de tales bienes impone límites al derecho de propiedad, debido a la función social del objeto sobre el que recae el derecho. La calificación de un bien como cultural implica un juicio de valor sobre los elementos espirituales que comporta. Este juicio no puede hacerse sin garantías para el ciudadano, pues lo contrario puede provocar un tratamiento jurídico desigual a los propietarios de determinados bienes, según se utilicen unos u otros criterios valorativos.

La identificación individualizada de los bienes protegibles se logra mediante su inclusión en un inventario o catálogo.

La garantía de trato igual a los propietarios se logra, en alguna medida, mediante los expedientes administrativos de individualización de los bienes culturales, para su inclusión en los inventarios o catálogos, proce-

dimientos que deben ser notificados a los propietarios y titulares de derechos que se vean afectados, a fin de que presenten las alegaciones y reclamaciones que estimen convenientes.

7. Categorías de bienes culturales

Los bienes de interés cultural se clasifican en tres categorías:

a) Bienes declarados de interés cultural (BIC, en la abreviatura común): son aquellos de singular relevancia cultural, que exigen una declaración especial y cuyo nivel de protección se coloca en el más alto nivel.

b) Bienes inventariados (no declarados de interés cultural): son bienes de interés particularmente significativo, que gozan de un nivel de protección medio.

c) Bienes no inventariados del patrimonio cultural, cuya protección se logra mediante normas de carácter general, así como cuantas otras puedan establecer las normas de carácter sectorial en razón de sus valores culturales.

En las tres categorías se pueden incluir bienes inmuebles, muebles e inmateriales. La titularidad es intrascendente a efectos de la clasificación, pues los bienes de cualquiera de las categorías pueden ser de titularidad pública o privada.

8. Breve referencia al régimen jurídico de los bienes inmuebles y muebles

Los bienes de interés cultural pueden ser muebles, inmuebles e inmateriales.

No vamos a ocuparnos aquí de los inmateriales, puesto que no son propiedad de nadie en concreto.

Respecto de los bienes muebles e inmuebles, tanto la Ley estatal como las normas de las Comunidades Autónomas establecen numerosas reglas relativas a su conservación, restauración y mejora, que no analizaremos aquí con detalle por ser normas que revisten carácter administrativo. Ahora bien, tales normas configuran el derecho de propiedad sobre este tipo de bienes.

Las medidas se incrementan si se trata de bienes declarados de interés cultural (BICs) y van disminuyendo en intensidad hasta llegar a los no inventariados.

Cabe destacar que tanto los propietarios de inmuebles cuanto los de muebles declarados BIC deben soportar el derecho de visita.

La calificación de un bien inmueble como BIC influye en la concesión de licencias municipales de obras, en el planeamiento urbanístico, la necesaria inclusión por los Ayuntamientos en el catálogo de bienes y espacios protegidos y diversas medidas para el caso de ruina.

Respecto de los muebles declarados BIC, las normas exigen una serie de medidas relativas al uso y conservación, depósito, exposición y traslados.

Por otra parte, cabe destacar que la Ley estatal no previno una categoría intermedia en relación a los inmuebles: para la Ley estatal todos los inmuebles inventariados debían ser BICs. Las normas de las Comunidades Autónomas han superado este defecto de la Ley estatal reconociendo bienes inmuebles inventariados no declarados de interés cultural (aunque tengan, claro está, interés cultural en menor medida que los BICs), su régimen jurídico es muy parecido al de los inmuebles calificados de BICs.

9. Los derechos de tanteo y retracto

Tanto la Ley del Patrimonio Histórico Español cuanto las Leyes Autonómicas sobre la materia, establecen el derecho de tanteo y retracto en favor del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma.

a) Derecho de tanteo: Quien se proponga la transmisión a título oneroso del dominio o de los derechos reales de uso y disfrute sobre un bien incluido en el Inventario General de una Comunidad Autónoma (o que tuviera iniciado expediente de inclusión), deberá notificarlo al organismo público correspondiente (el señalado por la norma autonómica), indicando la identidad del adquirente, precio y condiciones de la transmisión, para que el órgano representativo de la Comunidad Autónoma pueda ejercitar, si le interesa, el derecho de tanteo para sí, para otras entidades de derecho público o de carácter cultural o benéfico declaradas de utilidad pública, obligándose al pago del precio en el término señalado por la correspondiente Ley.

b) Derecho de retracto: Si el propósito de enajenación no se hubiera notificado adecuadamente o la transmisión se hubiere realizado en condiciones distintas a las notificadas, el órgano administrativo correspondiente podrá, en los mismos términos establecidos para el tanteo, ejercitar el derecho de retracto en el plazo señalado desde que tuvo conocimiento fehaciente de la transmisión.

c) Subastas públicas: La obligación de notificación incumbe también a los subastadores de bienes incluidos en el Inventario General o que tengan incoado expediente de inclusión, así como a los subastadores de bienes muebles no inventariados que posean el valor y características señaladas reglamentariamente.

Los subastadores deberán indicar en la notificación el precio de salida, pues el derecho de tanteo se ejercerá por ese precio. El derecho de retracto se ejercerá por el precio de remate.

Como acabamos de ver, el derecho de tanteo se puede ejercitar en las subastas de bienes muebles no inventariados, lo que parece lógico, pues tardará mucho tiempo (tal vez no se consiga nunca) elaborar un inventario completo de los bienes de interés cultural y la subastas públicas de obras de arte y de antigüedades “sacarán a la luz” muchos bienes de interés cultural.

Cabe pensar que la Comunidad Autónoma con derecho de tanteo y retracto es aquella en la cual el bien esté inventariado.

Plantean mayor problema los bienes muebles no inventariados, pues al no estar especificados individualmente, sino por las características que se señalarán reglamentariamente, no será fácil establecer su pertenencia al patrimonio cultural de un determinada Comunidad Autónoma, salvo que se entienda que todos los bienes muebles de interés cultural cuyo titular tenga la vecindad administrativa en una determinada Comunidad Autónoma forman parte del patrimonio cultural de la misma, pues no parece lógico considerar que un bien mueble pertenece al patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma donde se encuentre en el momento de la subasta.

El artículo 40, c) del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (no modificado en este punto por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero), pretende resolver esta cuestión cuando determina la Comunidad Autónoma que debe ser notificada por el subastador, que en el caso de bienes no inventariados será la Comunidad Autónoma donde esté ubicado el bien en el momento en que se efectúe la subasta.

A mi juicio, el criterio de la ubicación no resuelve el problema de los bienes muebles no inventariados, fáciles de transportar, sin ninguna traba legal, mientras no sean exportados. No tiene buen sentido que sea notificada la Comunidad Autónoma donde se encuentre ubicado el bien en el momento en que se efectúe la subasta, pues en ese momento se encontrará ubicado precisamente en el lugar donde se celebra la subasta, con ello las Comunidades Autónomas donde se celebren importantes subastas de arte y antigüedades tienen la oportunidad de adquirir bienes procedentes de otras Comunidades Autónomas y en perjuicio de éstas.

Las subastas más importantes de arte y antigüedades se celebran en Madrid y Barcelona, no es lógico que una Comunidad Autónoma pue-

da perder el derecho de tanteo por traslado del bien a otra Comunidad Autónoma.

d) No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad o Mercantil escrituras públicas de transmisión del dominio y de constitución de derechos reales de uso y disfrute relativas a bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto sin la previa acreditación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

El cumplimiento de esta medida dependerá del conocimiento por notarios y registradores del valor cultural del bien. Ese conocimiento no presenta dificultad cuando se trate de inmuebles, pues los derechos de tanteo y retracto solamente afectan a las transmisiones de bienes inventariados, y en el Registro de la Propiedad deberá constar, y seguramente constará, el carácter cultural del bien. En cambio, cuando se trate de bienes muebles, es fácil que los notarios desconozcan que el bien transmitido está inventariado o que posee las características y valor que los hacen sujetos a los derechos de tanteo y retracto.

10. El tesoro oculto

La adquisición del “tesoro oculto” ha tenido siempre un régimen jurídico autónomo respecto de las demás cosas carentes de dueño, de dueño inhallable y, por supuesto, respecto de los objetos simplemente perdidos por su dueño.

La normativa especial estaba constituida principalmente por lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil y concordantes. Sin embargo, en la actualidad el artículo ha perdido gran parte de su interés por dos razones, la segunda de ellas fundamental:

1.º El Código Civil regula la adquisición de tesoros ocultos en el suelo o el subsuelo terrestre o sitios en tierra firme, pero no está previsto para los objetos valiosos ocultos en las profundidades submarinas.

El artículo 351 CC se refiere al “tesoro” encontrado en un “terreno”, siguiendo a su antecedente próximo, el artículo 716 del Código Civil francés, que trata de adquisiciones descubiertas en un “fundo” (16).

El perfeccionamiento de las técnicas de buceo ha hecho posible la investigación submarina y el hallazgo de importantes objetos precio-

(16) Véase GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1982, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 225.

sos en el mar. Tales hallazgos son frecuentemente fruto de una actividad programada, surgiendo así los llamados “cazatesoros” subacuáticos, que están originando graves problemas jurídicos.

No obstante, los descubrimientos pueden ser también casuales, pues los avances científicos que los redactores del Código no podían ni imaginar han llegado incluso a la práctica deportiva del submarinismo.

Actualmente, buena parte de los “tesoros ocultos” se descubren en el mar.

2.º Todo estudio sobre el tesoro debe tener presente un dato fundamental: la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que en su artículo 44 atribuye la condición de bienes del dominio público a todos los objetos y restos materiales que posean los valores propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar.

Se ha dicho que en virtud del artículo 44 LPHE el último párrafo del artículo 351 CC ha quedado implícitamente derogado (17). Pero cabe pensar que el artículo 351 CC ha quedado derogado en todos y cada uno de sus párrafos, pues prácticamente todos los tesoros, objetos valiosos, cuya legítima pertenencia no conste, y han permanecido ocultos durante largo tiempo, serán portadores de valores culturales, valores considerados dignos de protección y, por tanto, del dominio público.

Además las Comunidades Autónomas también se refieren en sus normas sobre Patrimonio Cultural a los hallazgos de interés cultural encontrados en su territorio. Tales normas serán aplicables a los objetos encontrados dentro de su ámbito territorial, con independencia de la nacionalidad o vecindad civil del descubridor.

En definitiva: cada vez que aparezca un “tesoro oculto” habremos de preguntarnos si posee los valores que son propios del patrimonio cultural para decidir si es o no del “dominio público” y si se le aplica el Código Civil, la Ley del Patrimonio Histórico Español o la normativa de la Comunidad Autónoma donde fue descubierto el objeto “precioso”.

Según la Ley del Patrimonio Histórico Español (art. 44,3), si el descubrimiento es casual, el descubridor de un tesoro que posea valores culturales y el propietario del terreno tienen derecho a un premio en metá-

(17) PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al artículo 351 del Código Civil”, en *Comentario al Código Civil* (Ministerio de Justicia), dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; Díez-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R., y CODERCH, S., tomo I, Madrid, 1991, p. 985.

lico, equivalente a la mitad del valor de tasación del objeto, es decir, un cuarto para cada uno, si el descubridor no es el propietario del terreno; si el descubridor coincide con el propietario del terreno donde se ha encontrado el objeto valioso le corresponderá íntegramente la mitad del valor de tasación del bien.

No se trata, por tanto, de adquirir la propiedad del “tesoro oculto”, como sucede conforme al Código Civil, se trata simplemente de un derecho de crédito a ser indemnizado.

El premio concedido al descubridor se explica para evitar la ocultación de los hallazgos de objetos valiosos. Sin embargo, no parece tan clara la justificación del premio otorgado al propietario del terreno, bien puede ser, como afirma PANTALEÓN, que el autor o autores de la Ley se dejaron llevar miméticamente por la regulación del tesoro en el Código Civil, sin darse cuenta de que ésta responde a una lógica de conflicto de intereses esencialmente privados (18).

11. La exportación

a) La exportación como límite a los derechos del propietario.

La regulación de la exportación de bienes culturales supone un importante límite a los derechos del propietario pues, como veremos a continuación, se entiende por exportación cualquier salida de un bien cultural del territorio español, aunque se trate de un propietario que desea trasladarse al extranjero por unas horas con alguno de sus bienes culturales o trasladar su residencia temporalmente y pretende hacerlo, como es lógico, con los objetos de su propiedad que son de su interés.

Todo ello con el agravante que supone la inexportabilidad de los bienes declarados BIC.

b) La competencia exclusiva del Estado.

La exportación es competencia exclusiva del Estado.

Además deben tenerse en cuenta las normas internacionales sobre la materia.

Pero, como veremos a continuación, eso no significa que las Comunidades Autónomas no puedan intervenir en esta cuestión.

(18) PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al artículo 614 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO (EDERSA), tomo VIII, volumen I, Madrid, 1987, p. 452.

Lo que está perfectamente claro, como iremos viendo, es que la normativa vigente sobre exportación supone otro límite trascendente para los propietarios de bienes culturales.

c) Concepto de exportación.

A efectos de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, incluidas aquellas que tengan por destino los países de la Unión Europea.

La exportación puede ser definitiva o temporal.

El traslado de los bienes fuera del territorio español puede obedecer a diversas razones: su venta en un país extranjero; el traslado del titular, que decide instalar su domicilio en el extranjero, bien sea de forma permanente o transitoria, y, como es lógico, desea llevar consigo sus pertenencias; la sucesión por causa de muerte, que convierte en heredero o legatario de bienes de interés cultural a una persona física o jurídica con domicilio en el extranjero; la donación; la exposición..., etc.

Es decir, no se podrán trasladar lícitamente bienes culturales del territorio español sin cumplir las normas sobre exportación, aunque el propietario lo único que haga es trasladar su residencia (con sus bienes) o donarlo a un hijo que viva fuera de España, por ejemplo, incluso viajar menos de veinticuatro horas con un objeto de interés cultural.

En cualquier caso, la salida de bienes de interés cultural del territorio español se considera exportación, y será lícita o ilícita según las normas que a continuación veremos.

También es indiferente la condición de la persona que decide exportar sus bienes.

Es intrascendente que se trate de un nacional o extranjero, que tenga vecindad civil común o foral o especial, que sea persona física o jurídica. Incluso es indiferente, en principio, que los bienes que se pretenden exportar sean de titularidad pública o privada.

d) Bienes inexportables.

— Según dispone el artículo 5 LPHE, son inexportables los bienes declarados de interés cultural, tanto si son muebles como si son inmuebles, sin excepción alguna.

También son inexportables aquellos que la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar, hasta la incoación de expediente de inclusión en alguna de las categorías de protección especial.

— Se puede autorizar la salida temporal y la permuta internacional de bienes muebles declarados de interés cultural, en los términos previstos en los artículos 31 y 34 LPHE.

e) Bienes exportables con licencia.

Se pueden exportar con licencia, que se concederá o no, los bienes muebles incluidos en el inventario general y los que tengan más de cien años de antigüedad.

Se plantea el problema de qué sucederá con los inmuebles inventariados o que tengan más de cien años de antigüedad.

Y puede pensarse que los inmuebles no se pueden trasladar, porque son bienes que están fijos en un terreno, pero eso es una verdad a medias. Las Leyes sobre Patrimonio Cultural (con desacierto, a mi criterio) clasifican jurídicamente de inmuebles a bienes que son físicamente muebles (transportables), además los inmuebles se pueden trasladar piedra a piedra.

Lo que ha sucedido es que para la Ley estatal todos los bienes inmuebles inventariados son BIC y los BIC son inexportables.

Pero las Comunidades Autónomas han previsto la posibilidad de inventariar bienes inmuebles no declarados BIC.

Creo que los inmuebles inventariados por alguna Comunidad Autónoma, pero no declarados BICs, podrán ser exportados con licencia, aunque la Ley estatal no se refiera a ellos.

f) La solicitud de exportación.

Ahora bien, siempre que tratamos de patrimonio cultural, la “exclusividad” no impide la “conurrencia” de medidas protectoras, pues las Comunidades Autónomas podrán evitar la exportación de los bienes ubicados en su ámbito territorial.

Así, en las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias para la tramitación de las solicitudes de exportación de los bienes ubicados en su ámbito territorial, la citada solicitud deberá presentarse ante los órganos competentes de la misma.

La denegación de la solicitud pondrá fin al expediente administrativo.

Tal denegación deberá comunicarse al Ministerio de Cultura, a los solos efectos de que el Estado pueda ejercitar el derecho de adquisición, del que hablaremos luego.

Luego las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de tramitación de solicitudes, que no son todas las que han asumido competencias en materia de patrimonio cultural, pueden decidir qué bienes no han de ser exportados.

En el caso de que se admita la solicitud de exportación, se dará traslado del expediente al Ministerio de Cultura para su resolución definitiva.

El Ministerio de Cultura puede conceder o denegar el permiso de exportación. Si deniega el permiso de exportación de un bien no incluido en el inventario, requerirá a la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito esté ubicado el bien para que incoe expediente a efectos de su inclusión en alguna de las categorías de protección.

g) La solicitud de exportación como oferta irrevocable de venta.

En todo caso, para solicitar el permiso de exportación, el interesado deberá declarar el valor del bien.

La declaración del valor del bien la hace el que desea exportar y puede que no tenga mucho que ver con el valor real, pues la valoración objetiva de este tipo de bienes es casi imposible.

La declaración del valor del bien se considerará oferta irrevocable de venta en favor de la Administración del Estado.

La oferta irrevocable no depende de la finalidad de la exportación, el derecho de preferente adquisición en favor del Estado juega tanto si se pretende exportar el bien para su venta, cuanto si la exportación tiene otra finalidad.

Evidentemente, si se concede la licencia de exportación, el Estado renuncia a ejercitar su derecho de adquisición. Cuando no se conceda el permiso de exportación, la Administración del Estado dispondrá de seis meses para aceptar la oferta de venta, y de un año para pagar, desde la aceptación.

En teoría, se puede denegar la licencia de exportación sin que el Estado tenga ninguna obligación de aceptar la “oferta irrevocable de venta”. No obstante, parece que el Estado no puede negar el permiso de exportación sin adquirir el bien, pues no puede frustrarse el interés de los particulares.

Debe conciliarse el interés particular con el interés público, por tanto, la negativa para la exportación ha de deberse al relevante interés cultural del bien, que justifique su adquisición por el Estado, evitándose así la exportación.

En la práctica, los exportadores suelen declarar un valor elevadísimo, así el Estado no podrá adquirir el bien cultural y lo podrán exportar.

Podemos aludir a un caso real: un extranjero millonario, por ejemplo, un alemán, decide fijar su residencia en Canarias o en la Costa del Sol durante un tiempo de su vida. Durante ese tiempo se dedica a coleccionar obras de arte. Posteriormente, cuando ya se siente anciano, decide re-

gresar a su país para pasar con los suyos sus últimos años (19). Para trasladar sus bienes muebles de interés cultural a Alemania, aunque sea un país de la Unión Europea, necesita licencia de exportación (siempre que el bien esté inventariado o tenga más de cien años de antigüedad). En teoría el Estado puede negar la licencia de exportación sin adquirir el bien, pero no parece que los límites al derecho de propiedad puedan llegar a tanto. El Estado habrá de conceder la licencia de exportación, o adquirir el bien por el valor declarado, pues carece de buen sentido que el ciudadano alemán tenga que dejar en España sus bienes de interés cultural, guardados y conservados convenientemente, por tratarse precisamente de bienes de interés cultural, lo que supone, cuando menos, mantener un local y contratar una persona para atender debidamente a los bienes (con los consiguientes gastos, preocupaciones y molestias), y todo ello a cambio de nada, pues el propietario no podrá, siquiera, disfrutar con la contemplación de unos objetos que le pertenecen, salvo que regrese a España. La función social de la propiedad sobre los bienes de interés cultural no puede obligar a tanto.

Fue muy notorio el caso del cuadro “Los girasoles” de Van Gogh, comprado en la Sala de Subastas Christie,s de Londres en 1987 por el magnate japonés Yasuo Goto, en 39,9 millones de dólares, una cantidad escandalosa para la época, que fue retenido en el Reino Unido durante seis meses con el fin de posibilitar que se quedase definitivamente en dicho país, aplazando la concesión de la licencia de exportación, pero el Gobierno Británico no pudo o no quiso pagar una suma tan elevada por el famoso cuadro y no tuvo más remedio que permitir la salida de tan valioso objeto hacia Japón.

Existen otros precedentes en Europa, no tan conocidos, en los cuales el Estado que decidió no adquirir el bien exportable no tuvo más remedio que permitir la exportación.

Con estos antecedentes no parece posible que el Estado Español se niegue a conceder licencia de exportación sin adquirir el bien por su precio de mercado.

El derecho de adquisición preferente no tiene lugar respecto de los bienes muebles importados legalmente, que pretendan ser exportados después de su entrada en España y durante el plazo de diez años desde su importación. En estos casos, el permiso de exportación deberá concederse en todo caso, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la legislación en vigor (art. 32 LPHE).

(19) El ejemplo responde a un hecho real, aunque he modificado alguno de los datos de esta historia verídica.

Es dudoso si las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de patrimonio cultural tienen o no derecho de adquisición preferente con carácter subsidiario.

h) La exportación ilegal: consecuencias.

La exportación ilegal acarrea sanciones administrativas y, en su caso, penales.

Además, pertenecen al Estado los bienes muebles que sean exportados ilegalmente, es decir, la exportación ilícita produce *ex lege* un efecto confiscatorio. También de forma automática dichos bienes se convierten en imprescriptibles e inalienables.

Corresponde a la Administración del Estado realizar todos los actos conducentes a la recuperación de los bienes muebles exportados ilegalmente.

i) La exportación ilegal dentro de la Unión Europea.

La Ley 36/1994, de 23 de diciembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva Comunitaria 93/7/CEE, establece la obligación de restitución respecto de las obras que hayan salido ilegalmente de un Estado miembro.

La salida ilegal se produce con la exportación que no cumpla los requisitos establecidos por la legislación interna del Estado reclamante.

La obligación de restitución recae sobre el tenedor o poseedor del bien.

La legitimación activa corresponde exclusivamente al Estado de cuyo territorio haya salido el bien cultural exportado ilegalmente.

La legitimación pasiva corresponde únicamente a quien tuviera la posesión o simple tenencia del bien reclamado.

En caso de prosperar la acción de restitución, el juez ordenará la devolución material del bien cultural al territorio del Estado reclamante.

Los adquirentes de buena fe serán indemnizados por el Estado reclamante.

Estos bienes recuperados pertenecen, en principio, al Estado.

Sin embargo, cuando el anterior titular acreditase pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado podrá pedir al Estado su cesión, comprometiéndose a abonar los gastos derivados de la recuperación y, en su caso, el precio reembolsado si tal precio hubiera sido satisfecho por el Estado al adquirente de buena fe.

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ

*Profesora contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. **II.** LOS SUCESORES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. **III.** LA INDIVISIÓN DE LA HERENCIA IMPUESTA POR EL TESTADOR. **IV.** EL FUNDAMENTO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE LOS LEGATARIOS EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861. **V.** LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN 1947. **VI.** A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. Planteamiento de la cuestión

Mi intención al hacer este trabajo consiste en tratar de averiguar las razones que llevaron a nuestros primeros hipotecaristas a abrir las puertas del Registro de la Propiedad, permitiendo la anotación preventiva de sus derechos sólo y exclusivamente a aquellos legatarios que **NO** pudie-

ran promover el entonces llamado juicio universal de testamentaria y en la actualidad de división judicial de la herencia.

Para la mejor exposición de la cuestión, trataré los siguientes puntos y por este orden:

Primero. Una breve exposición de quiénes son los sucesores en el Código Civil español e igualmente una referencia a la indivisión de la herencia impuesta unilateralmente por el testador.

Segundo. El fundamento de la anotación preventiva como garantía del derecho de los legatarios en la primera Ley Hipotecaria de 1861.

Tercero. Las razones por las cuales se ha negado al legatario de parte alícuota el derecho de anotar preventivamente sus derechos. Y

Cuarto. La reforma del artículo 152 del Reglamento Hipotecario llevada a cabo en el año 1947.

II. Los sucesores en el Código Civil español

El sucesor de una herencia, tanto si lo nombró el causante difunto, como si a falta de testamento lo llama la Ley, cabe que se encuentre en una de estas dos situaciones: o que se le llame de tal forma que venga a asumir la totalidad de los derechos y obligaciones del causante o aquella otra en la que se le llama para que reciba exclusivamente un bien o un derecho concretos, que, segregados por el testador del caudal relicto, se le atribuyen al así llamado.

En el primer caso, cuando se le llama a la totalidad y asume todos los derechos y obligaciones del difunto testador, se sucede en bloque, en la totalidad y en tal caso los derechos y obligaciones del causante siguen igual que antes. Solamente ha cambiado el titular, que antes era el testador y ahora es su heredero. El sucesor heredero ocupa el lugar del difunto, que le sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del *de cuius*. Esto ocurre y es así cuando en el testamento leemos: “Dejo mi herencia a mi hijo Juan”. Este sucesor es el heredero.

En el segundo caso, como he indicado, el sucesor lo hace exclusivamente en una cosa o un bien o varias cosas y derechos, pero segregados de la masa hereditaria, como ocurre cuando en el testamento se dice: “Dejo a mi sobrino mi biblioteca”. Este sucesor es el legatario.

El que sucede a título de heredero hace las veces del causante. Se puede decir que es su *alter ego*. El que sucede como legatario solamente recibe el derecho o la cosa concreta que el testador ha dispuesto que se le entregue. El heredero o, mejor, la cualidad de heredero tanto la atribuye la voluntad última del testador como la Ley. La figura del legatario, en

cambio, es siempre fruto de la voluntad testada y, por tanto, no cabe hablar de legatarios legales, si hacemos una excepción en el CC español, y es el caso del cónyuge sobreviviente al que se concede su parte de legítima como si se tratara de un legatario legal, cuando en verdad no es así, entre otras razones porque lo que recibe es en usufructo. El cónyuge viudo en cuanto legitimario no es heredero. Y herencia y usufructo son conceptos incompatibles (1).

Heredero y legatario son dos figuras jurídicas diferentes. Totalmente distintas y con un estatuto igualmente diferente para uno y otro. Y ello porque en tanto que el heredero, sucesor a título universal, es el continuador de la personalidad del difunto, en una expresión que ni mucho menos es exacta, ya que nadie puede continuar una personalidad extinguida por la muerte (vgr., art. 32 CC), pero que ocupa el puesto del testador y es, para todos los efectos, su continuador; en cambio, el que sucede como legatario no es continuador del muerto en nada; es sencillamente el perceptor de una cosa o de varias, de un derecho o de varios, que el causante le ha dejado *uti singuli*, tal y como se lee en las fuentes romanas (2).

Todo lo que acabo de recordar lo dice, aunque no con mucha claridad, el Código Civil español en sus artículos 660 y 668. Heredero es el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular. Por descontado que la sucesión como heredero o como legatario puede ser a favor de una persona o de varias. Por eso hay coherederos y colegatarios.

Hasta ahora todo parece claro y sin que nada pueda cuestionarse. Pero sabemos que las cosas se complican y se complican porque, junto a las figuras de heredero y legatario, nos encontramos con las del heredero instituido en una cosa cierta y determinada o con la del legatario de parte alícuota y, claro está, que estas dos figuras rompen, en cierto modo, lo

(1) Basta con leer el artículo 510 CC: “*Si el usufructo fuere de la totalidad o de parte alícuota de una herencia, el usufructuario podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan a los bienes usufructuados, y tendrá derecho a exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo.*”

Negándose el usufructuario a hacer esta anticipación, podrá el propietario pedir que se venda la parte de los bienes usufructuados que sea necesaria para pagar dichas sumas, o satisfacerlas de su dinero, con derecho, en este último caso, a exigir del usufructuario los intereses correspondientes”.

(2) Aunque no es necesario, me permito recordar que los mismos bienes que se reciben como heredero se pueden recibir como legatario, lo que ocurre es que la diferencia es en el cómo se reciben. Diferencia pues cualitativa y no cuantitativa, matices que con tanta sabiduría ya vieron los romanos y que leemos en FLORENTINO: “*Legado es segregación de algo de la herencia por la cual el testador quiere que se atribuya a alguien algo de lo que en su conjunto va a ser para el heredero*”.

dicho anteriormente. ¿Puede el testador querer que le suceda como heredero una persona a la que le deja solamente una cosa concreta y determinada? Heredero instituido en cosa cierta. ¿Cabe que el testador llame como legatario a una persona a la que instituye no en una cosa concreta, sino en un tercio de su herencia? Legatario de parte alícuota.

Al ser posible, como efectivamente ocurre, pero con matices, nos encontramos con que al lado del heredero y del legatario aparecen las figuras del heredero instituido en cosa concreta y determinada o con la del legatario de parte alícuota o legatario parciario. No voy a entrar a fondo en esta cuestión, que debo dar, como es lógico, por sabida, para centrarme en las garantías registrales de los derechos del legatario de parte alícuota. Pero sí debo recordar que, cuando hablamos del legatario de parte alícuota, lo que ocurre es que el testador, aunque se exprese de esa manera, en verdad lo que hace es instituir a esa persona no en parte alguna de su herencia –que eso sería ser heredero–, sino en parte alícuota de sus bienes, de una parte del activo neto, y ese legatario, aunque sea de parte de su herencia (un tercio, un quinto o la mitad), jamás es heredero y por tanto no quedará obligado al pago de las deudas hereditarias; otra cosa es que en el momento de la adjudicación de bienes reciba menos de aquello en lo que fue favorecido si hay más deudas de las que el testador pensaba, lo que igualmente le puede ocurrir al heredero (3).

(3) En el caso de legatario de parte alícuota resulta clara cuál es la voluntad del testador, que no es otra que la de dejar a una determinada persona un porcentaje de sus bienes, pero sin que éste adquiera la condición de heredero.

Si bien, como legatarios que son tienen supeditado su derecho al resultado de la liquidación de la herencia, ya que las cargas y deudas hereditarias afectan a la totalidad del caudal relicto y, por tanto, a su legado, pero sin que se conviertan en deudores personales; lo que sí ocurre en este supuesto es que su cuota hereditaria está directamente relacionada con estas deudas, ya que no ha sido determinada sobre unos bienes concretos, sino que consiste en un porcentaje del montante de la herencia, y éste se determina restando al conjunto de bienes y derechos legados por el testador la totalidad de sus deudas. Y en el caso de que alguna deuda apareciera con posterioridad y los herederos pagaran ésta, podrían exigir al legatario de parte alícuota la parte que le corresponda, ya que en el caso de que se hubiera conocido la existencia de esta deuda se habría incluido en el pasivo de la liquidación y la parte alícuota del legatario hubiera sido menor. Para el resto de los supuestos, entendemos que se trata de un legatario más y, por tanto, no responde de las deudas del causante más allá de lo que hubiera recibido como legado. Véase, en este sentido, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2003.

Así lo establece el artículo 427-36 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Legado de parte alícuota:

“1. El legado de parte alícuota tiene el carácter de legado de eficacia obligacional y atribuye al legatario el derecho que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido por el

III. La indivisión de la herencia impuesta por el testador

Por ser conveniente para mejor entender la norma registral, debo dedicar un epígrafe de este trabajo al discutible punto de la indivisión de la herencia impuesta unilateralmente por el testador.

En el caso de comunidad hereditaria, ya desde el Derecho de Roma al tratar de la *actio familiae erciscundae* (4) y luego en el Derecho de Las Partidas hasta llegar al Código Civil, se ha planteado la cuestión de la división de la herencia. Y por descontado que en la legislación anterior al Código Civil era posible la indivisión impuesta unilateralmente por el testador (5).

En nuestra primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 –anterior incluso a nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861–, desde el punto de vista exclusivamente procesal, estaban legitimados para pedir la división de la herencia determinadas personas, entre los que se encontraban los legatarios de parte alícuota “del caudal o cualquiera de ellos” (6). Por cierto que esta expresión me resulta equívoca y no sé con exactitud a qué legatarios se refiere en el inciso final, “cualquiera de ellos”, ¿quiénes son ellos?, ¿los legatarios parciarios o todos los legatarios?

La Ley Procesal de 1855 concedía legitimación al legatario de parte alícuota para pedir la división del caudal por estimar que estos legatarios tienen el mismo interés que un heredero en que no haya ocultaciones ni fraudes en cuanto a los derechos que les corresponden, lo que no ocurre, pensaba el legislador, si el legado era de cosa inmueble específica o de cantidad determinada y es por esto que procesalmente se daba legitima-

valor correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante, salvo que el heredero opte por pagarlo en dinero, aunque no haya en la herencia.

2. El legatario de parte alícuota no responde como deudor de las obligaciones y las cargas hereditarias.

3. No obstante lo establecido por el apartado 2, si después de percibir el legado aparecen deudas ignoradas, el legatario debe reintegrar al heredero la diferencia entre el valor fijado originariamente en la parte alícuota y su valor real, dado el importe del activo hereditario. En cambio, si se descubren bienes o derechos nuevos o se llegan a cobrar créditos hereditarios considerados dudosos o eventuales, el heredero debe abonar al legatario la parte correspondiente al valor de estos bienes, derechos o créditos.”

(4) Gayo, 10, 2, 1. Paulo, 1, 18, 1.

(5) Para no desviarnos del tema no entro en profundidad en los problemas de la indivisión impuesta por el testador, que es muy discutible y que en todo caso cabe dividir por las causas que dan fin a la sociedad; indivisión que jamás puede afectar a la legítima, pues entonces el artículo 1051 chocaría con el artículo 813 del CC, de modo que la indivisión, en el peor de los casos, afectará a los herederos voluntarios y a los legitimarios en la parte que no sea legítima.

(6) El artículo 406 LEC de 1855 señala: “Son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria: 1.º Los herederos o cualquiera de ellos. 2.º El cónyuge que sobreviva. 3.º Los legatarios de parte alícuota del caudal o cualquiera de ellos”.

ción para acudir al juicio de testamentaría a los de parte alícuota y no a los demás.

El legatario, a diferencia del heredero, es dueño de la cosa legada desde el momento mismo de la muerte del causante y sin necesidad de que acepte si bien puede renunciar (7). Pero sabemos que no puede entrar en la posesión real de la cosa legada hasta que el heredero o el albacea, si está autorizado, se la entregue (8). Esto quiere decir que hay un tiempo en que, aunque es dueño, no dispone de la cosa y cabe que el heredero burle sus derechos. Por esta razón, ya en Roma el legatario, cualquier legatario, disponía de una cautela o garantía, la *cautio legatorum servandorum causa*, que se le daba en el caso de un legado condicional o a término o en aquellos otros supuestos en los que se discutía sobre la validez del legado, garantizándolo frente a conductas ilícitas del heredero o frente a otros acreedores. Y por eso, posteriormente, el CODEX de Justiniano concedió en estos casos la *actio Serviana*, que sustituía la cautela de los primeros momentos, de naturaleza hipotecaria sobre los bienes del difunto y que en el fondo no era otra cosa que una hipoteca tácita (9). Esa hipoteca tácita justinianeana pasó a nuestra legislación de Las Partidas (10), que con acierto nuestra Ley Hipotecaria de 1861 suprimió radicalmente (11).

IV. El fundamento de la anotación preventiva como garantía del derecho de los legatarios en la Ley Hipotecaria de 1861

En el año 1861 se publica nuestra primera Ley Hipotecaria, que, como acabo de decir, suprime las hipotecas tácitas y ocultas y creyó mejor y más oportuno garantizar el derecho de los legatarios mediante la anota-

(7) El artículo 882.1.º del CC comienza diciendo: “Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...”.

(8) El artículo 885 del CC dice: “El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla”.

(9) Codex VI – 43, frag. 1.º

(10) Partida V, título 13, Ley 26.

(11) Recuerda GETE-ALONSO que otra de las garantías que protegían al legatario, junto a los acreedores de la herencia, frente a los acreedores del heredero, era el beneficio de la separación de patrimonios (D. 42, 6, pr.), que no recogido expresamente por nuestro Derecho histórico ni por nuestro Código Civil, se va a refundir con la antigua hipoteca legal tácita en las anotaciones preventivas de legados que instituye nuestra Ley Hipotecaria de 1861. GETE-ALONSO CALERA, M. C.: “Las garantías hipotecarias del legado”, RJC, 1981, pp. 55 y ss. Véase igualmente DE LOS MOZOS Y TOUYA, J. I. y A. M.: “Comentario al artículo 42 de la Ley Hipotecaria”, *Comentarios al Código Civil y derechos forales*, Edersa, Madrid, pp. 198 y ss.

ción preventiva que garantizaba al legatario y evitaba los peligros de las hipotecas tácitas en la contratación.

En este sentido, el apartado 6.º del artículo 42 de la primera Ley Hipotecaria de 1861 estableció que podrá pedir anotación preventiva, en el Registro público correspondiente, el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria. Y para fundamentar el texto legal la Exposición de Motivos de la Ley dijo:

“... que estaba justificado en la necesidad de asegurar ciertos derechos reales ya existentes, pero que no se hallaban en el caso de ser inscritos, porque no eran definitivos o porque su verdadera importancia no estaba aún determinada... Cuando la cosa legada –sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Ley– es determinada e inmueble, con arreglo a los principios de derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la partición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación...”

Lo que se dice del legatario de bienes inmuebles es aplicable, por identidad de razón, al legatario de créditos o pensiones consignados sobre bienes raíces, porque igualmente sobre ellos hay un verdadero derecho real. El legatario de género tiene solamente acción personal. Hasta aquí parece que todo es acertado y lo es que se conceda la anotación preventiva para que el legatario ponga a salvo su derecho de posibles fraudes del heredero.

Este y no otro es el fundamento que nuestros ilustres hipotecaristas del siglo XIX vieron para establecer la anotación preventiva a favor del legatario. Pero no todos los comentaristas han estado de acuerdo y algunos han estimado innecesaria la anotación preventiva cuando se trata de legado de cosa inmueble determinada o incluso de créditos o pensiones constituidos sobre concretos bienes inmuebles, por ser imposible el supuesto del que partieron los redactores de la Ley de 1861, de que el heredero transmitiese a un tercero la cosa legada, pues para que eso fuera posible necesitaría tenerla previamente inscrita a su nombre y esto no puede hacerse porque lo impide el título mismo que es el testamento, en cuya virtud pretende la previa inscripción el heredero enajenante, pues en el testamento consta el derecho del legatario.

Sin embargo, no faltaron regístralistas del siglo pasado, siglo XX y aun de los últimos años del siglo XIX, que pensaban de manera diferente y sin

negar la mayor afirmaban que la anotación preventiva SÍ era necesaria, porque aun cuando el dominio del legado llega directamente al legatario, eso ocurre cuando el legado es válido y eficaz y como en la vida pueden darse casos de legados anulables o reducibles por deudas legítimas o por otros legados preferentes, conviene conceder la anotación preventiva que acredite la existencia del legado, en tanto que su eficacia no resulte plenamente comprobada.

Yo me inclino, con matices, por esta segunda posición, entre otras razones porque la abundancia no daña. El Registro de la Propiedad es, entre otras cosas, “una fábrica de certezas y seguridades“. A mi juicio, la seguridad del tráfico inmobiliario está en el Registro.

Y porque lo estimo más razonable, pues actuar así supone dar publicidad de una titularidad dominical o real aunque todavía no sea perfecta, pues falta la entrega de la cosa al legatario; pero nada se pierde; ahí está la razón de la garantía y una vez que se entrega la anotación se convierte en inscripción.

Esto significa que la anotación preventiva perjudica al tercero o que, a la inversa, parafraseando el artículo 32 de la LH, los derechos no anotados no perjudican al tercero. Una vez anotado el derecho del legatario el Registro sigue funcionando y su juego perjudica a todos menos al anotante. Este es el fundamento de la anotación preventiva, en general, y en el caso de los legatarios.

Pero la Ley Hipotecaria de 1861 añadía algo más, tomándolo de la Ley Procesal vigente, al afirmar que podía pedir la anotación: *el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria* (12). A mi juicio, recoge indebidamente criterios procesales que, como he dicho, ya venían de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Siguiendo criterios procesales y por la posible prohibición testamentaria de dividir la herencia, entendieron los legisladores de 1861 que no se encuentran en el mismo caso los legatarios de cosa concreta y los de parte alícuota. De modo que la Ley Hipotecaria diferencia, a efectos de poder anotar, entre dos clases de legatarios: los de parte alícuota y los demás. A los que no son de parte alícuota les abre el Registro público con la garantía de la anotación preventiva y a los legatarios de parte alí-

(12) Artículo 1038 LEC, Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881: “Serán parte legítima para promoverlo:

1. Cualquiera de los herederos testamentarios.
2. El cónyuge que sobreviva.
3. Cualquiera de los legatarios de parte alícuota del caudal.
4. Cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito”.

cuota se lo cierra porque ya tienen bastante, piensan, con la garantía de acudir al juez y solicitar la división del caudal.

Unos años después, en 1881, la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo los criterios de la primera Ley Procesal, sigue afirmando que los herederos y los legatarios de parte alícuota no podrán promover el juicio de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente (13) y entonces ocurre lo siguiente: Que el legatario de parte alícuota con derecho a promover la división del caudal si el testador le prohíbe expresamente tal cosa, se queda sin poder anotar preventivamente porque así lo establece el artículo 42,7.º de la Ley Hipotecaria y sin poder acudir a las garantías procesales que le concede el juicio de testamentaría –hoy simplemente de división del patrimonio– porque lo dice la LEC.

La Ley Hipotecaria de 1861 parte de la idea, a mi modesto juicio, discutible de que la protección del Registro solamente debía venir en auxilio de los legatarios que carecían de la posibilidad judicial. Posiblemente entendían nuestros legisladores que heredero y legatario de parte alícuota son situaciones sucesorias muy parecidas y por ello a los dos sucesores les bastaba y sobraba con acudir al juez, sin que fuera necesario darles la doble garantía, la judicial y la registral.

La situación era así hasta la reforma del Reglamento Hipotecario en 1947. Pero se puede pensar que el legatario de parte alícuota, cuando el testador le prohíbe acudir al juicio de división, se queda indefenso. Ni puede acudir al Juzgado ni le cabe anotar, así de simple. Lo lógico habría sido que el artículo 42 no hubiera hecho distinciones y que si al legatario de parte alícuota se le cerraba la vía judicial por haber prohibido el testador la división de la herencia, pudiera acudir al Registro anotando preventivamente sus eventuales derechos. Pero no fue así y tal posibilidad dio lugar a enormes discusiones doctrinales en el pasado siglo.

El tratadista DE LA ESCOSURA afirmó que de ninguna manera se debía admitir; que ni siquiera cuando el testador prohibía pedir la división de la herencia y, por tanto, acudir al Juzgado para velar por sus eventuales derechos, se le debían abrir las puertas del Registro al legatario parciario para que anotara preventivamente. Los argumentos que señala este autor se pueden resumir en los tres siguientes:

Primero. Porque la Ley Hipotecaria solamente concede ese derecho al que NO tiene legitimación para promover el juicio de testamentaría –hoy división del patrimonio–, y como quiera que el legatario de parte

(13) Artículo 1039 LEC, Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881: “*Los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente*”.

alícuota sí lo tiene, no puede pedir la anotación y si se ve privado de tal posibilidad por la voluntad del testador, tampoco, porque tengamos en cuenta que la prohibición le viene de la voluntad privada y no por la Ley. La voluntad del testador no puede prevalecer sobre la Ley.

Segundo. Porque, sigue razonando ESCOSURA, siendo el motivo de la Ley considerar que el legatario de parte alícuota es, en última instancia, uno de los herederos, sin tener, como tienen éstos, porción fija, ni determinada, creciendo o menguando su participación en la masa hereditaria a compás de que crezca o mengüe la herencia, pues ni podía exigirla sobre la cosa determinada, puesto que nada había recibido como legado específico, ni anotar su valor sobre otros bienes de la herencia, lo que no es posible hasta que todos estén inventariados y porque los bienes sobre los que se practicara la anotación pertenecen en parte alícuota, pudiendo resultar absurdo que el derecho del legatario se garantizase en parte o en todo sobre fincas que no son suyas. Y

Tercero. Porque en realidad, termina afirmando ESCOSURA, si ya tiene el legatario de parte alícuota la posibilidad de acudir al Juzgado, la anotación preventiva no añade más garantías; y si se le prohíbe ya tiene la que le concede el testamento en el que consta su legado parciario, impidiendo que los herederos puedan disponer de la porción indivisa que les correspondiera.

Se negaba a abrir las puertas del Registro de la Propiedad al legatario de parte alícuota al que el testador le ha prohibido en testamento promover el juicio de testamentaría, pensando que a pesar de esto no se quedaba indefenso ante posibles maniobras de los herederos o albaceas, por la simple razón de que el heredero no puede inscribir a su nombre sin que en las operaciones particionales intervenga el legatario parciario y que, por ello, tal comparecencia e intervención hace imposible que los bienes de la herencia sean enajenados a terceras personas, dada la –digamos– vigilancia del legatario de parte alícuota y la del registrador de la propiedad. A juicio de este ilustre hipotecarista, sin poder anotar y sin poder acudir al juicio de testamentaría NO PASA NADA. Y si no pasa nada, ¿por qué se le abren las puertas al legatario de inmueble concreto y determinado?

Yo, sin embargo, por más vueltas que le he dado al asunto, no opino de manera tan rotunda, no pienso de esa manera y siempre me he inclinado por unas garantías amplias; es decir, abrir las puertas del Registro de la Propiedad, mediante la anotación preventiva, a cualquier legatario, A TODO LEGATARIO. La Ley Hipotecaria no debe tener en cuenta ni la discutible imposición unilateral de indivisión del caudal hereditario ni la prohibición procesal de acudir a la vía judicial.

Y así pienso, a pesar de la categoría de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Sin embargo, y no sin preocupación, digo en este punto que siempre me han parecido muy simples las razones del legislador para prohibir la anotación preventiva al legatario de parte alícuota, por entender que no necesitan de esta garantía provisional, ya que pueden evitar cualquier menoscabo mediante la facultad de acudir a juicio, porque la protección registral, dice la Exposición de Motivos, solamente debe venir en auxilio de quienes carezcan de tal posibilidad.

¿Por qué esa limitación para el legatario parciario? Yo creo que no se deben cerrar las puertas del Registro y mucho menos cuando no pueda acudir al juicio divisorio por imposición unilateral del testador. Se le deja indefenso.

V. La reforma del Reglamento Hipotecario en 1947

Que las cosas no estaban claras lo prueban las discusiones doctrinales a lo largo de todo el siglo pasado. No se ponían de acuerdo. Y de ahí que al reformar el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria se tocara este punto (14).

Y una de las innovaciones en el Reglamento fue lo relacionado con la anotación preventiva del legado de parte alícuota, ya que se quería poner fin a las discusiones a las que me he referido y para ello lo que hacen es redactar de nuevo el artículo 152 del Reglamento Hipotecario con el siguiente texto:

A los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos.

Y ante el texto del nuevo artículo reglamentario se podía pensar que el problema se había resuelto; es decir, que los legatarios de parte alícuota a los que el testador prohibiere promover el juicio de testamentaría antes y de división del patrimonio ahora tenían libre acceso a la anotación preventiva de su derecho al igual que los otros legatarios.

(14) La reforma del Reglamento Hipotecario, mediante Decreto de 14 de febrero de 1947, fue encomendada por el entonces ministro de Justicia y notario de profesión don Raimundo Fernández-Cuesta y Merelo, que promovió la constitución de una Comisión verdaderamente prestigiosa formada por notarios, registradores de la propiedad y letrados de la Dirección General de los Registros. Fueron los siguientes: don Jerónimo González Martínez, don Pablo Jordán de Urríes, don Ángel Sanz Fernández, don Alejandro Bérnago Llabrés, don Román Iglesias, don Ramón de la Rica y Arenal, don Pedro Cabello de la Sota y presididos por don Eduardo López Palop.

Pero a mí no me resulta tan clara la cosa. Y lo creo porque, a tenor del derogado artículo 1038 de la LEC y artículo 782 de la vigente LEC, los únicos legatarios que pueden promover dicho juicio de testamentaría, y ahora de división del patrimonio, son los de parte alícuota, por lo que si se les prohíbe ese cauce procesal, estamos como antes, que sólo pueden pedir la anotación preventiva a que se refiere el artículo 42,7.º de la LH todos los demás, menos el de parte alícuota.

La situación, en cierto modo, ha quedado igual que antes, ya que si repara bien, el artículo 42,7.º de la LH no ha sido modificado. Sigue diciendo lo mismo que decía en el año 1861. Lo que yo creo que hace el nuevo artículo 152 del Reglamento es permitir a los legatarios parciarios solicitar la anotación preventiva de su derecho hereditario a que se refiere el artículo 46 de la Ley y artículo 146 del Reglamento.

La reforma del RH en 1947, en este punto, lo que hizo fue introducir COMO NUEVA la anotación del derecho hereditario que antes NO EXISTÍA. Antes sólo era posible por medio del asiento de inscripción. Con independencia del acierto o desacierto de suprimir la inscripción del derecho hereditario en abstracto para hacerlo ahora con la anotación, que ha dado lugar a que en la práctica no se pida jamás al registrador, lo que yo creo es que la referencia que hace el artículo 152 del RH es no a todas las anotaciones del artículo 42, sino solamente a la del derecho hereditario, que es la que introduce como cuestión nueva.

Inclusión del legatario parciario junto al heredero en esta nueva anotación, que es además muy cuestionada, pues su cuota en el activo (recordemos que no es heredero) se determinará previa satisfacción de todas las deudas y cargas de la herencia, que pueden disminuir su parte, pero que en ningún caso están obligados a pagar. Entonces, ¿no habría sido mejor modificar el artículo 42,7.º y no incluirlo en el artículo 46 de la Ley y 146 del Reglamento?

A mi juicio todo sigue igual o, mejor dicho, se ha dejado intocada la vieja anotación preventiva del artículo 42,7.º y se acude a un nuevo camino, el de anotar el derecho hereditario, que apenas se utiliza en la vida real del Registro.

La novedad es otra y consiste en que se asimila –que es mucho decir– herederos y legatarios de parte alícuota para poder anotar su derecho hereditario por la vía del ya citado artículo 46 de la Ley y 146 del Reglamento, precisamente porque el 152 lo que ha hecho es asimilarles a los herederos a estos efectos.

Por cierto que con esta llamada asimilación de los legatarios de parte alícuota a los herederos para poder pedir la nueva anotación preventiva del derecho hereditario, lo que se conseguía igual con la anotación preventiva, sin más, ex artículo 42,7.º de la Ley, es marear la perdiz y seguir

negando la anotación preventiva tradicional para permitir la del derecho hereditario al legatario sobre el presupuesto discutible de su asimilación al heredero.

VI. A modo de conclusión

La situación sigue igual que en la primera Ley Hipotecaria a pesar del artículo 152 del Reglamento, de modo que el legatario de parte alícuota al que el testador prohíba la división del caudal hereditario y por tanto no le sea posible promover la vía judicial, tampoco puede acudir a la anotación preventiva de sus derechos a que se refiere el artículo 42,7.º de la Ley y ello por las siguientes razones:

A) Porque el artículo 42,7.º de la LH sigue intocado. Sigue diciendo lo mismo de siempre. Luego con la vigente LEC en la mano y lo dispuesto en el artículo 1051 del CC, resulta que, como siempre, al legatario parciario que no pueda acudir al juicio divisorio, se le siguen cerrando las puertas de la anotación preventiva.

B) Porque el artículo 152 del Reglamento cuando dice, con evidente inexactitud, que los legatarios de parte alícuota se asimilan a los herederos, lo que es poco menos que imposible, ya que se trata de figuras diferentes y con un estatuto distinto, lo que hace es asimilarlos a los herederos a los solos efectos de que al igual que los herederos puedan ellos anotar su derecho hereditario abstracto.

C) Porque en el fondo anotar el derecho hereditario en abstracto es lo mismo que anotar preventivamente los eventuales derechos del legatario parciario. No se consigue nada más y además tropieza con problemas en el Registro, ya que en los libros se registra el derecho del causante y por sucesión de éste el mismo derecho a favor de su sucesor, a quien en la partición se le adjudique lo que le corresponda. ¿Qué necesidad de añadir a la anotación preventiva la del derecho hereditario?

D) De modo que si el legatario es de UNA cosa concreta y determinada o de UN inmueble, pongo por caso, el Registro le abre las puertas de la anotación preventiva sin problema alguno, para de ese modo evitar enajenaciones a un tercero que luego pudiera defenderse con éxito de posibles reivindicaciones, y eso que en tales casos, se dice y con razón, que nada tendría que temer el legatario de las posibles maniobras del heredero, ya que no podrá inscribir a su favor el inmueble legado porque el testamento o el título sucesorio expresará de manera clara y evidente que el derecho de propiedad corresponde al legatario. Y, sin embargo, nada impide que la Ley le conceda esta garantía que le suministra el testamento y también de la que le ofrece la anotación preventiva.

Por el contrario, al legatario de parte alícuota, en el caso de que el testador le haya prohibido la división del caudal, se le concede una cosa o la otra, pero no las dos garantías, posiblemente por entender que los herederos no podrán inscribir la herencia sin que en la división y adjudicación intervengan los legatarios parciarios a los que por lo mismo no les puede venir ningún perjuicio, ya que la previa inscripción hace imposible el que los bienes hereditarios sean enajenados a terceras personas, sin contar con los legatarios. Dos situaciones iguales con un tratamiento diferente.

Es decir, a unos se les da una solución y a otros otra.

Yo creo que la reforma debió reducirse exclusivamente a reformar –lo que no se hizo– el apartado 7.º del artículo 42 de la siguiente forma:

“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 7.º Los legatarios respecto de sus derechos, en tanto no se haga especial adjudicación, entre ellos, de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.”

No veo ni imposibilidad ni injusticia alguna en dejar abierta la puerta del Registro a todos los legatarios. Permitirlo a unos y a otros no, por razones muchas veces caprichosas del testador (otras evidentemente no), me parece inadecuado y menos tratar de salvar la situación con la nueva anotación preventiva del derecho hereditario (15). Añadamos a todo ello que la prohibición del testador de acudir al juicio de división es cuestión muy discutible. El Registro no se perjudica con el ingreso de la anotación de cualquier legatario, de todos los legatarios, dadas las características y naturaleza de este asiento.

(15) A la que, por cierto, se opuso vivamente ROCA SASTRE, entre otras cosas porque el ilustre hipotecarista pensaría que era dar vueltas innecesarias. ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 5.ª y 6.ª edición, 1954 y 1968.

PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS ELABORADORES Y USUARIOS DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS

JOAQUÍN OSUNA COSTA

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** CONCEPTOS PREVIOS Y PROTECCIÓN JURÍDICA. **III.** NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES ENTRE USUARIO Y FABRICANTE. **IV.** EL CONTRATO DE *Escrow* DE CÓDIGO FUENTE. **A)** Definición. **B)** Naturaleza jurídica. **C)** Efectos. **V.** CONCLUSIONES.

I. Introducción

Decía **SCHUMPETER** que la causa fundamental del desarrollo económico y una de las mejores explicaciones de la teoría de los ciclos era la existencia del por él llamado “empresario innovador”, es decir, la irrupción en la escena productiva de empresarios y/o descubrimientos que revolucionan de tal manera la Economía que hacen que nada sea igual a partir

de su aparición. A los ejemplos clásicos, la máquina de vapor, el ferrocarril, el automóvil, es evidente que debemos unir en nuestros días la revolución informática.

Cada vez que un invento semejante ha mejorado nuestra vida, ha sido necesario adecuarse a los cambios necesarios en nuestra actividad para aprovecharlo y no ser derribado por él. Quien tuviera una empresa de diligencias y no viese pronto las consecuencias que iba a tener para su actividad la expansión del ferrocarril y no supiera transformarla en fábrica de vagones, estaba condenado a la desaparición. Por el contrario, quien lo previera engrandecería su empresa.

Y eso no sólo es cierto para los directamente afectados, como el caso del ejemplo, sino para todas las actividades. Lo esencial para poder calificar un adelanto técnico como determinante en la evolución económica es la universalidad de la obsolescencia provocada por él para todos aquellos que no se hayan adecuado a las nuevas circunstancias. Parece que la agricultura no tiene nada que ver con el ferrocarril, pero el agricultor que no supiera enviar sus mercancías por tren sería rápidamente borrado del mercado por los que sí lo habían previsto, sus costes de distribución lo eliminarían.

Pero, una vez adecuados al cambio, pasamos a ser esclavos del mismo. Lo anterior no vale y lo nuevo pasa a ser absolutamente básico y necesario y, al principio, precisamente por ser nuevos, los bienes y servicios “revolucionarios” sólo pueden obtenerse de unos pocos proveedores, compañías ferroviarias, fabricantes de automóviles, empresas de informática, que por ser escasos gozan de las ventajas para ellos del oligopolio o del monopolio.

Sin embargo, la generalidad de todos esos cambios revolucionarios anteriores no tiene nada que ver con la universalidad de la actual revolución informática, que nos ha invadido en la vida familiar y profesional hasta el punto de que ningún sector, ni siquiera en la economía doméstica, se concibe hoy en el mundo desarrollado sin apoyos informáticos. Es natural, por tanto, que esa invasión de la informática en nuestra vida diaria produzca una serie de esclavitudes y problemas mayores que los derivados de los anteriores cambios, y genere relaciones contractuales novedosas a las que no puede ser ajeno nuestro Sistema Jurídico.

Uno de los más frecuentes, todos lo hemos vivido, es la desaparición o el incumplimiento de una empresa que estaba obligada a prestarnos un servicio de mantenimiento de los programas que utilizamos para funciones vitales de nuestra actividad productiva, o la inutilidad sobrevenida instantánea de esos programas como consecuencia de un cambio en nuestro sistema operativo, que no hemos podido evitar, y que ha resultado ser

absolutamente incompatible con el programa utilizado por nosotros para funciones tan básicas como la contabilidad, por ejemplo.

De siempre el Derecho ha considerado como el peor de los estados la indefensión y esa situación se da con demasiada frecuencia en nuestras actuales relaciones de dependencia de la informática. Veamos algunos ejemplos (1): Suponemos que la empresa DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA contrata con la empresa TECNOINFORMÁTICA, SL el uso y mantenimiento de un programa de gestión de stocks y facturación desarrollado por ella y, pasado un tiempo,

1. La empresa TECNOINFORMÁTICA, SL desaparece.
2. La empresa TECNOINFORMÁTICA, SL es absorbida por otra empresa, que retira del mercado el programa contratado por DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA, forzándola a adquirir otro nuevo.
3. El programa, que era el 1.0, y que cubría perfectamente las necesidades de DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA, es sustituido por el 2.0, más complejo y mucho más caro, anunciando TECNOINFORMÁTICA, SL que, a partir de ese momento, ya no prestará mantenimiento de la versión 1.0 por considerarla obsoleta.
4. El sistema operativo de DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA, cambia de versión, con lo que los nuevos ordenadores que se adquieran tendrán diferencia con los antiguos, que hará imposible el funcionamiento del programa de TECNOINFORMÁTICA, SL, o, más frecuente, se crea un “parche” en dicho sistema operativo, de obligatoria instalación, que afecta a todos los ordenadores de DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA y que es incompatible con el programa de TECNOINFORMÁTICA, SL.

Y así mil casos más, la realidad supera cualquier imaginación, pero en todos ellos se da, como veíamos, la situación de absoluto desamparo del usuario del programa, que, en frase castiza, está vendido.

Lo curioso del fenómeno es que, en la inmensa mayoría de los casos, nos encontramos en la pelea de David y Goliath, la empresa suministradora de servicios y programas informáticos es inmensamente menor que la empresa receptora, lo que no hace sino aumentar la sensación de peligro por parte del usuario. No estamos hablando de grandes monstruos,

(1) Lógicamente los nombres de las empresas citadas como ejemplo son ficticios, ruego perdón en caso de existir en la realidad algunas con nombres idénticos.

como IBM, Microsoft o Apple, estamos pensando en empresas de muy poco capital, con muy pocos empleados y con muy poca antigüedad. En informática sigue primando el ingenio sobre el tamaño, TECNOINFORMÁTICA, SL puede ser una empresa de tres personas, con 4.000 euros de capital y fundada el año pasado, cuando sus socios salieron de la Facultad, mientras que DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA puede ser una empresa con miles de empleados, cientos de delegaciones y una facturación de miles de millones de euros.

II. Conceptos previos y protección jurídica

¿Qué es exactamente un programa? El texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el **Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril**, en su artículo 96 lo define así:

A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.

A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador.

Wikipedia lo define como:

“un conjunto de instrucciones para una computadora. Las computadoras necesitan de los programas para funcionar, y un programa no hace nada a menos que sus instrucciones sean ejecutadas por el procesador. Un programa se puede referir tanto a un programa ejecutable como a su código fuente, el cual es transformado en un ejecutable cuando es compilado.”

Traduzcamos esa definición a castellano vulgar y hagámosla lo más simple posible:

El programador, es decir, el fabricante del programa, establece una serie de instrucciones para el ordenador, llamadas algoritmos. Por ejemplo: supongamos que una empresa quiere saber las ventas y costos mensuales

y los meses en que obtiene beneficios y los que pierde, además del resultado final. El algoritmo sería: “El último día de cada mes suma la columna B (ventas), suma la columna C (gastos), resta B-C, si da un valor negativo debe ir en rojo, si es positivo en negro, si es rojo pasa el resultado a la columna D (meses que pierde), si es positivo a la columna E (meses que gana), suma la columna D (total de los meses con pérdidas), suma la columna E (total de los meses con beneficios), por último suma D + E (resultado final)”. Y eso lo escribe en un lenguaje informático (Java, Delphi, Python, Visual Basic, etc.), esas instrucciones escritas en lenguaje perfectamente inteligible por todos aquellos que tengan un nivel básico de programación, se llama código fuente. Para que el ordenador lo ejecute ha de traducirlo al código máquina, es decir, una secuencia de ceros y unos que constituyen el lenguaje binario y que son absolutamente ininteligibles para el común de los mortales. El paso de código fuente a código máquina se llama compilación.

No es tan fácil como eso, pero para nuestros fines nos sirve una idea tan simple como la expuesta.

Lo importante para nosotros es distinguir entre código fuente y código máquina como partes de un programa. Lo difícil y meritorio es elaborar el código fuente, las instrucciones necesarias para que la máquina haga lo que queremos y como lo queremos. Escrito el código fuente, cualquier técnico que acceda a él es capaz de modificar el programa y de corregir sus fallos. Si el código fuente cae en manos del usuario final el que está vendido es el programador.

El usuario del programa puede acceder con relativa facilidad al código máquina, pero pasar de ahí a obtener el código fuente, proceso conocido como ingeniería inversa, es muy difícil y llega a ser imposible en programas muy complejos.

Por tanto, la madre del cordero del problema está en la tenencia del código fuente, si lo conserva el programador hará pasar por el aro al usuario, si lo tiene el usuario, ya puede olvidarse el programador de su trabajo. Y ello es así fundamentalmente por la débil protección legal del programador, que no puede patentar su programa, la patente de programas es imposible debido tanto a causas filosóficas como prácticas.

Filosóficamente se arguye que la informática es como un inmenso muro en el que necesariamente cada ladrillo debe apoyarse en el anterior, patentar cada uno de ellos haría inviable, por costosa, la construcción de la pared, de la que quedarían excluidas las PYMES de los países desarrollados y todos los países del tercer mundo. Esos principios desataron un fuerte movimiento que, por ejemplo, en España, cristalizó el 27 de abril de 2005 en una concentración en todas las universidades para pedir

que el Parlamento Europeo rechazase las patentes de *software* y en la recogida de más de 400.000 firmas en Internet apoyando ese rechazo.

Desde el punto de vista práctico se argumenta que cualquier programa, por pequeño que sea, contiene millones de elementos (procedimientos, algoritmos...) y por ello sería absolutamente imposible decidir o no si cada uno de ellos figuraba ya en cualquiera de las miles de millones de patentes que aparecerían. Por eso el Parlamento Europeo, en una histórica votación llevada a cabo el día 6 de julio de 2005, rechazó prácticamente por unanimidad la propuesta de directiva de patentabilidad del *software* (2).

Pero sí reconoce los derechos del autor la **Ley 23/2006, de 7 de julio**, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el **Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril**, cuyo artículo 96, tras definir en su apartado 1 el concepto de programa de ordenador, establece en sus restantes apartados:

Artículo 96. Objeto de la protección

.....
2. ***El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.***

3. La protección prevista en la presente Ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Asimismo, esta protección se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático.

Cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial.

4. ***No estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces.***

El *copyright* del programa lo regula el artículo 97:

(2) El ejemplo de los países, como Estados Unidos, en los que existe posibilidad de patente de un programa, ha sido una de las causas para no permitirla en Europa. Se dan casos de chantaje de una empresa grande a una pequeña, a la que quiere absorber, amenazándola con interminables y costosísimos pleitos acusándola de plagio de programas.

Artículo 97. Titularidad de los derechos

1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley.

2. Cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre.

3. Los derechos de autor sobre un programa de ordenador que sea resultado unitario de la colaboración entre varios autores serán propiedad común y corresponderán a todos éstos en la proporción que determinen.

4. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.

5. La protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta Ley para la protección de los derechos de autor.

La explotación viene regulada por los artículos 99 y ss.

Artículo 99. Contenido de los derechos de explotación

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley **los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador** por parte de quien sea su titular con arreglo al artículo 97, **incluirán el derecho de realizar o de autorizar:**

a) **La reproducción total o parcial**, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.

b) **La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos**, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.

c) *Cualquier forma de distribución pública* incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias.

A tales efectos, cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario. La primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

Artículo 100. *Límites a los derechos de explotación*

1. No necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta.

2. La realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización.

3. El usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer.

4. El autor, salvo pacto en contrario no podrá oponerse a que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.

5. No será necesaria la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma en el sentido de los párrafos a) y b) del artículo 99 de la presente Ley, sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que tales actos sean realizados por el usuario legítimo o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o, en su nombre, por parte de una persona debidamente autorizada.

b) Que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente y de manera fácil y rápida, a disposición de las personas a que se refiere la letra anterior.

c) Que dichos actos se limiten a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad.

6. La excepción contemplada en el apartado 5 de este artículo será aplicable siempre que la información así obtenida:

a) Se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.

b) Sólo se comunique a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.

c) No se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

7. Las disposiciones contenidas en los apartados 5 y 6 del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permitan que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático.

Artículo 101. *Protección registral*

Los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus sucesivas versiones y los programas derivados, podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Reglamentariamente se determinarán aquellos elementos de los programas registrados que serán susceptibles de consulta pública (3).

(3) Este bienintencionado artículo consiguió todo lo contrario de lo que pretendía. Al utilizar criterios *cuasi* hipotecarios para proteger el *copyright* consiguió que, por exceso de publicidad, cualquier código fuente inscrito pasaba a ser un código abierto, utilizable por cualquiera, uso que era, además, muy difícil de demostrar.

III. Naturaleza jurídica de las relaciones entre usuario y fabricante

Las relaciones entre usuario y fabricante derivadas del uso, mantenimiento y mejora del programa pueden adoptar diferentes formas, fundamentalmente las siguientes:

- a) DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA encarga a TECNOINFORMÁTICA, SL la elaboración de un determinado programa, lo compra y recibe el código fuente. Los técnicos de DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA se encargarán del mantenimiento.
- b) DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA encarga a TECNOINFORMÁTICA, SL la elaboración de un determinado programa, lo compra y recibe el código fuente. Los técnicos de TECNOINFORMÁTICA, SL se encargarán del mantenimiento.
- c) DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA encarga a TECNOINFORMÁTICA, SL la elaboración de un determinado programa, paga por ello y no recibe el código fuente. Los técnicos de TECNOINFORMÁTICA, SL se encargarán del mantenimiento. TECNOINFORMÁTICA, SL puede comercializar ese mismo programa con otras empresas.
- d) DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA contrata con TECNOINFORMÁTICA, SL un determinado programa, elaborado y comercializado por ésta, DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA paga una cantidad por el derecho de uso y un canon mensual por el mantenimiento y posibles mejoras por parte de TECNOINFORMÁTICA, SL.
- e) DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA es propietaria de una maquinaria de empaquetado y ensobrado, básica para su actividad, que compró a PACK BUSSINES, SA y que, a su vez, tiene un *software*, necesario para su funcionamiento, cuyo código fuente es propiedad de PACK BUSSINES, SA (o, si lo queremos complicar más, de un tercero que se lo fabricó para ellos).

Cada caso es susceptible a su vez de variantes, pero esos cinco son los básicos.

El caso a) no plantea problemas, es una compraventa, el programa pasa a ser propiedad del usuario. Salvo pacto en contrario el fabricante no puede comercializarlo con terceros. El usuario es el titular de los derechos según el artículo 97, antes reproducido, de la Ley de Propiedad Inte-

lectual. El fabricante acaba sus obligaciones con la entrega e instalación.

El caso b) es un contrato triple: arrendamiento de servicios, por el encargo de elaboración del programa, compraventa una vez acabado, y arrendamiento de servicios por el mantenimiento. El usuario es titular a la luz del artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual. El fabricante se obliga al mantenimiento, pero ni siquiera tiene derecho, salvo pacto en contrario, al mantenimiento en exclusiva, ya que puede entenderse que entra dentro de los llamados por el artículo 100 LPI “*actos necesarios para la utilización*” del programa y por tanto ese mantenimiento podría ser ejecutado por el usuario.

En el caso c) también hay un contrato triple: arrendamiento de servicios, compraventa y arrendamiento de servicios, si bien la relación por la que el usuario adquiere el programa puede no ser calificable como compraventa, ya que el fabricante mantiene la propiedad (por eso puede venderlo) y la tenencia del código fuente. Seguramente sería más calificable como “licencia de uso de programa”, aunque nada impide que, contractualmente, se pacte una copropiedad del mismo, que nació, conviene no olvidarlo, por encargo del primer usuario. Lógicamente el precio del encargo y de la copia del programa será muy diferente si hay o no copropiedad y si por tanto, en compraventas de futuras copias a terceros, tiene o no derecho el primer usuario a un porcentaje.

El caso d), el de más problemas de funcionamiento, como veremos, es sin embargo el jurídicamente más claro: licencia de uso del programa, con el uso limitado que el mismo fije, lo que vemos en cualquier copia que utilicemos de cualquier programa como “contrato de licencia del usuario final” (que siempre aceptamos en barbecho para no tomarnos la molestia de leer varios párrafos, farragosos y frecuentemente en inglés), y arrendamiento de servicios por el mantenimiento futuro.

En el colmo de la complicación práctica estaría el caso e), que quizá sea el más frecuente. Pero su naturaleza jurídica esta clarísima: nos encontramos ante una compraventa de maquinaria, generalmente con una obligación de reparación y mantenimiento por parte del fabricante. Este caso, a diferencia de los anteriores, puede ser traumático sin culpa ni del usuario ni del fabricante. Para ver cómo puede ser de complicado ese caso pongamos un ejemplo: supongamos que los ordenadores de DISTRIBUCIONES COMERCIALES, SA trabajan en un entorno Windows (o MAC, da igual). De repente, una buena mañana, al empezar la jornada laboral, los ordenadores, automáticamente, reciben la instrucción de descargar un parche del sistema operativo, o del navegador, que es necesario por razones de seguridad. Tras esa descarga las máquinas de empaquetado y ensobrado dejan de trabajar. No es ciencia ficción, a todos nos ha pasado con alguna impresora, por ejemplo. PACK BUSSINES, SA

dice que no es su problema, que la adecuación tardará en llevarse a cabo y su coste será elevadísimo ya que su obligación de reparación y mantenimiento, que no discute, no cubre esa anomalía que ha sido causada por actos del cliente y no por defectos de la máquina.

IV. El contrato de *Escrow* de código fuente

A) Definición.

Hemos visto que las relaciones contractuales contempladas pueden ser traumáticas en los casos en los que exista una relación duradera en el tiempo entre fabricante y usuario y consisten en posibles incumplimientos en las obligaciones de mantenimiento y/o en la violación de la licencia de utilización del programa, es decir, en los ejemplos anteriores, en los casos c) y d) o en hipotéticas variantes de los casos a) y b) en las que el fabricante no entregase el código fuente al usuario, a los que hay que añadir el de diligencia en la adecuación a cambios exógenos del caso e).

Los problemas para el usuario son irresolubles, como veíamos en la introducción, cuando no tiene el código fuente, no sólo el incumplimiento por parte del fabricante del programa sino, en muchos casos, una simple variación, culpable o no, en el *statu quo* del programador, puede arruinar al usuario y hacerlo a una velocidad pasmosa. Según cual sea el programa, un breve plazo de inactividad del mismo puede provocar consecuencias irreparables.

Los problemas del fabricante nacen cuando el código fuente está en manos del usuario, cualquier mal uso del mismo puede arruinarle.

Bien, si las dificultades para el usuario se producen cuando el código fuente está en manos del programador y las de éste cuando está en manos del usuario, la solución parece fácil: depositémoslo en un tercero neutral, de confianza de los dos, que lo entregará a uno u otro en determinadas circunstancias y que, si no sucede nada traumático en la relación programador-usuario, simplemente lo custodiará.

Siempre que hablamos de un tercero neutral depositario de algo nos viene a la mente la palabra notario. Sin embargo, en este caso no sería lo más adecuado. El depósito de código fuente es un depósito de un bien inmaterial, que, además, ha de ser modificado frecuente, cuando no constantemente, y que exige al depositario una instalación adecuada de *hardware* y unos conocimientos elevados de *software*. No es una notaría el lugar adecuado.

En efecto, la relación fabricante-depositante-usuario es absolutamente dinámica y altamente técnica: el fabricante deposita el código fuente

en el depositario, y, cada vez que haga una actualización o modificación del programa que modifique el código deberá depositar la modificación. El depositante, en ese momento, estará obligado a comunicar al usuario que el código depositado ha sido modificado, para que éste pueda controlar que la actualización del programa que ha llevado a cabo el fabricante, que conoce porque se la ha instalado éste, ha generado una modificación de código fuente que ha sido debidamente depositada. Por último, para cerrar las garantías, el usuario podrá en cualquier momento, aunque soportando el coste correspondiente, exigir que se verifique que el código fuente depositado corresponde fielmente con el del programa instalado en su empresa.

Esa verificación será tanto más necesaria cuanto que el código depositado y sus modificaciones posteriores se entregan al depositario debidamente encriptados, para que tampoco éste pueda hacer mal uso del código depositado, depositando a su vez el código de encriptación en otro tercero, papel para el que sí sirve la figura del notario, para que ni el fabricante, ni el usuario, ni el depositario por sí solos puedan abrir el código fuente.

Por todo ello, resulta evidente que no nos encontramos ante un contrato de depósito normal, sino ante una relación jurídica compleja que en Estados Unidos, donde es relativamente frecuente, se conoce como *ESCROW*.

Escrow, originariamente es, en la práctica americana, el depósito en poder de la compañía concedente de un préstamo hipotecario, de una parte del mismo, que se destina a financiar los impuestos que gravan la compraventa del inmueble hipotecado y el seguro del mismo durante el período en que esté vigente la hipoteca. De ahí pasó a denominarse igual todo tipo de depósito de documentos, inmuebles, dinero o valores, constituido en manos de una tercera parte neutral (llamado *Agente Escrow*), que serán entregados cuando se cumplan determinadas condiciones establecidas en un acuerdo escrito. Cuando creció el cibercomercio se utilizó la figura para depositar en un tercero los bienes adquiridos vía Internet, garantizando ese depósito que se entregarían al comprador siempre y cuando hubiese pagado; por cierto, fue un fracaso, muchas veces los *Escrow-agents* o no existían o eran el propio vendedor-timador.

Lo cierto es que no nos hallamos ante un contrato de depósito típico, sino ante una relación compleja entre cuatro sujetos al menos: el programador, el usuario, el depositario de código fuente, *Agente Escrow*, y el depositario del código de encriptación, generalmente un notario. Los tres primeros comparecen ante el cuarto y otorgan una escritura en la que otorgan que:

1. El programador deposita su código fuente encriptado en el *Agente Escrow* y la clave de encriptación en el notario, y se compromete a prestar los servicios de mantenimiento y mejora del programa de acuerdo con el usuario, y a no excederse en las pactadas condiciones de comercialización del programa, que, como hemos visto, pueden ir desde la absoluta libertad a la total prohibición.
2. El *Agente Escrow* acepta el depósito y se compromete a la custodia y confidencialidad del código fuente depositado.
3. Lo mismo hace el notario respecto al código de encriptación.
4. El usuario se compromete a satisfacer las oportunas cantidades al programador y al *Agente Escrow* en pago de sus servicios.
5. El depositario se compromete a entregar al usuario el código fuente cuando se produzca cualquier incumplimiento del fabricante.
6. El notario hará entrega del código de encriptación al usuario cuando lo solicite, comunicando al fabricante esa cesión (4).

La clave está en la obligación del depositario de entregar al usuario el código fuente como consecuencia de incumplimiento de sus obligaciones por parte del fabricante, entrega que ha de producirse de forma muy rápida para evitar que las consecuencias negativas del mal funcionamiento del programa provoquen daños irreparables. El bien jurídico protegido es la actividad empresarial del usuario o licenciatario del programa porque los daños soportados por él pueden ser irreparables, mientras que los daños al programador, en el caso de que se haga entrega del código al usuario sin justa causa, pueden ser compensados en metálico, en mayor o menor cantidad, pero en metálico.

B) Naturaleza jurídica.

Como dice en un brillante artículo **Javier PRENAFETA** (5), no nos encontramos ante un depósito civil típico, porque:

(4) El notario lo entrega ante una simple solicitud porque al usuario no le sirve de nada ese código si no tiene el código fuente, si lo pide es que tiene la fuente, y si tiene el código fuente es que el depositario ha considerado que se habían cumplido las condiciones que le obligaban a esa entrega. De todas formas, el notario avisa de su entrega al fabricante para que pueda cambiar el código de encriptación en el poco imaginable caso en que el usuario lo haya pedido sin tener el código fuente ni derecho a tenerlo.

(5) <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-2755122021023780.html>

1. El contrato de depósito se constituye en interés del depositante, mientras que el *Escrow* no siempre es así.
2. Tampoco parece aplicable lo dispuesto en el artículo 1775 (6) del Código Civil.
3. Tampoco puede funcionar el derecho de restitución del artículo 1776 (7) ni el derecho de retención de la cosa por parte del depositario por el abono de los gastos de conservación o indemnizaciones por los perjuicios que le haya causado el depósito (8). En el caso del *Escrow*, esto último no podría darse, ya que se perjudicarían los derechos del licenciatario.
4. Asimismo, uno de los caracteres del *Escrow* es la necesidad de su actualización periódica, cuestión que no se compagina bien con un depósito clásico, en el que el objeto entregado se guarda y se sella de modo que no pueda ser abierto hasta el momento de devolución de la cosa.

En mi opinión, de encontrarnos ante un depósito, nos encontraríamos en la mayoría de los casos ante un depósito mercantil ex artículo 303 CCom, pues el depositario, al menos, será comerciante, la cosa depositada es objeto de comercio y el depósito se constituye como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles. Y algo salimos ganando con esa calificación, por ejemplo:

1. Será retribuido (art. 304 CCom).
2. Entran dentro del depósito las variaciones del programa debidas a mantenimiento y mejoras, que serían un “aumento de la cosa”, como dice el 306 CCom (9).
3. Incluso puede el depositario usar las cosas para operaciones que el depositante le encomendare (aquí cabría *lato sensu* la entrega al usuario en determinadas circunstancias), con la consiguiente pérdida o cambio de naturaleza del acto jurídico (art. 309 CCom) (10).

(6) El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución.

(7) El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante, y, si éste lo resiste, podrá obtener del juez su consignación.

(8) *Artículo 1780:* El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

(9) *Artículo 306:* El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba, y a devolverla con sus aumentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida.

(10) *Artículo 309:* Siempre que, con asentimiento del depositante, dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones

Sin embargo, no podemos hablar tampoco de un depósito mercantil típico, pues el depositario no entrega la cosa “cuando el depositante se la pida” (art. 306 CCom).

Parafraseando la genial frase de GARCÍA GRANERO respecto a la mejora, podría decirse que el depósito *Escrow* sólo es depósito cuando no es *Escrow*. En efecto, sólo sirve de verdad para algo cuando no nos encontramos ante un depósito, porque sólo existirá una devolución del código fuente al depositante, principio básico del depósito, cuando el citado código haya dejado de tener utilidad porque el usuario del programa ha dejado de serlo y/o las relaciones programador-usuario hayan sido pacíficas y hayan terminado. El *Escrow* sólo habría servido para asegurar esa paz, como una especie de espada de Damocles, que ya es bastante, pero habría producido sólo efectos jurídicos semejantes a los del depósito: nació con la entrega de la cosa y murió con su devolución.

Pero en su concepción, contenido y consecuencias, el contrato de *Escrow* es mucho más que un depósito, tiene alteraciones tan importantes que el contrato deja de ser un depósito. Esa figura no es muy anormal en el mundo de los negocios y prueba de ello es que está prevista en el 309 del CCom citado, que regula una figura contractual que nace como depósito y pasa luego a ser algo diferente. En ese caso, dice el precepto, las partes deberán observar “*las reglas y disposiciones aplicables... al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado*”.

La especialista argentina en Derecho Informático Mónica Susana MARTÍNEZ BARBIERI (11), siguiendo a la Dra. Graciela Cristina WÜST (12), llega a la conclusión de que el contrato *Escrow* es sencillamente un arrendamiento de servicios, ya que el contenido del mismo es simplemente la relación de una serie de prestaciones que procurará el *Agente Escrow* al fabricante del programa y a su usuario, fundamentalmente la custodia del código fuente, la recepción de las variaciones del mismo como consecuencia de cambios en el programa y su entrega al fabricante o al usuario cuando se cumplan las condiciones que le obligan a ello. Lógicamente por todos estos servicios que presta el *Agente Escrow* recibirá una retribución.

PRENAFETA lo considera como un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva: “*Aunque de facto se realice un depósito o entrega*

que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado.

(11) *AR Revista de Derecho informático*, número 80, marzo 2005, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=964>

(12) “Contratos Especiales en el Siglo XXI”, tesina coordinada por el Dr. Roberto LÓPEZ CABANA, Editorial Abeledo Perrot, 1999, página 442, nota 14, último párrafo del artículo “Contratos Informáticos”, cuya autora es la doctora Graciela Cristina WÜST.

de un soporte, el Escrow está pensado para que, en el caso de que se produzcan las circunstancias previstas (quiebra, suspensión de pagos o desaparición de la empresa programadora, principalmente), el contrato produzca sus efectos y pase el código fuente del programa a otra entidad. Debe tenerse en cuenta que, llegado el caso, esta última no adquiere la titularidad con plenos derechos sino limitada, ya que, lógicamente, no se le debe permitir el desarrollo y comercialización del programa en cuestión. Con mayor razón lo considero un contrato de compraventa con condición suspensiva cuando no interviene un tercero, sino que es el propio licenciatario quien recibe el código fuente del programa” (13).

En cualquier caso, es evidente que nos encontramos ante un contrato complejo, casi como la lanzadera espacial, que despegas como cohete, vuela como satélite y aterriza como avión; el *Escrow* nace como un depósito, funciona como un arrendamiento de servicios y acaba de dos formas muy diferentes, como un depósito cuando todo ha ido bien, y como una compraventa cuando se ha producido algún incumplimiento o alguna variación muy significativa en la situación del fabricante del programa. Así calificado el *Escrow*, resultaría que todo su contenido sería sólo la constitución de una condición suspensiva, prolijamente detallada, cuyo cumplimiento daría nacimiento a una compraventa. Cualquier incumplimiento del programador, o, incluso, cualquier cambio en su *statu quo* empresarial, haría que el usuario del programa pasara automáticamente a ser propietario del código fuente con el derecho a utilizarlo de acuerdo con lo dispuesto en ese contrato constitutivo del *Escrow*.

Prolijamente detallada porque, para tranquilidad del depositario, que es quien en definitiva decide entregar o no los códigos al usuario, y vista la gravedad del proceso para el programador, deben tipificarse con claridad meridiana las circunstancias que dan lugar a la adquisición del código fuente por parte del usuario, quién decide que esas circunstancias se han producido, el destino posterior de ese código fuente, el precio de esa enajenación (que no tiene por qué ser gratuita) y cuantificarse las indemnizaciones a percibir por el fabricante (y los correspondientes avales que no las dejen en papel mojado) en el caso de que no estuviera justificada la cesión de ese código fuente al usuario y en los casos en que, estando justificada la cesión, el usuario utilizara el código fuente para fines no autorizados.

Esa previsión de compensación económica es básica, es la única defensa de que goza el fabricante, que podrá ver violada su propiedad intelectual pero recibirá la correspondiente indemnización, y la recibirá con una velocidad semejante a la de la transmisión del código al usuario, por

(13) PRENAFETA, Javier: *op. cit.*

eso parece necesario que las indemnizaciones estén cubiertas con un aval a primer requerimiento.

Así las cosas, el litigio entre las partes puede nacer por dos causas:

- a) Como consecuencia de infundada cesión o mal uso posterior del código fuente, en cuyo caso sería parte actora el fabricante del programa, que habría cobrado ya una indemnización suficiente vía ejecución de aval, y demandado/s el depositante, si es culpable de la entrega injustificada, y siempre el usuario, que habría sufrido las consecuencias del pago de aquel aval, pero que no habría visto interrumpida su actividad.
- b) Alegando como injustificada la ejecución del aval, en cuyo caso sería parte actora el usuario, que habría recibido el código fuente, y demandado el fabricante del programa, que habría percibido el importe del aval, percepción cuya justificación o no sería precisamente la causa del litigio.

Nunca es agradable un pleito pero sería menos deseable aquél que, por no haber convenido previamente un *Escrow*, tuviera como actor a un usuario arruinado por la inactividad del programa y como demandado a un fabricante insolvente para hacer frente a la cuantía de la posible indemnización.

C) Efectos.

Como vimos anteriormente, PRENAFETA dice que *“el Escrow está pensado para que, en el caso de que se produzcan las circunstancias previstas (quiebra, suspensión de pagos o desaparición de la empresa programadora, principalmente), el contrato produzca sus efectos y pase el código fuente del programa a otra entidad”*.

Los ejemplos de PRENAFETA (quiebra, suspensión de pagos o desaparición de la empresa programadora) son los menos traumáticos, primero porque son claros y segundo porque el programa no ha dejado de funcionar. Lo grave sucede cuando la causa que origina el nacimiento de los efectos traslativos del dominio del código fuente es el defectuoso funcionamiento del programa no resuelto debidamente por el fabricante del mismo. El usuario puede arruinarse y el depositante puede no tener muy claro si hay razones suficientes o no para entregarle el código.

En los casos en los que se contemple en el contrato como causa de traslación de dominio ese mal funcionamiento, hay que ser muy claros en la redacción para que el depositario carezca de discrecionalidad en la entrega. Ésta debe ser casi automática, la velocidad es primordial, pensemos

que se trata de un programa básico para el usuario y cuyo código fuente deberá ser manipulado por un tercero que no lo ha visto anteriormente, es decir, si todo va rapidísimo, el programa tardará como mínimo una semana en estar operativo de nuevo.

Pero quizá la dificultad mayor esté en el caso más claro, la quiebra del fabricante. Nos encontramos ante una causa indubitada, el programa funciona, pero no puede llevarse a cabo la traslación del dominio del código fuente porque lo impide nuestra legislación concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio (14).

El código fuente de sus programas es un gran activo del fabricante quebrado, quizás el único, por ello la administración concursal o, en su defecto, los acreedores (art. 72 Ley Concursal) pueden solicitar la anulación del contrato de *Escrow* celebrado menos de dos años antes de declararse el concurso y, en todo caso, la de la transmisión de propiedad del código fuente consecuencia del mismo, pues se ha producido con posterioridad al propio concurso. El usuario del programa será un acreedor más, todo lo más escriturario, siempre que el *Escrow* conste en escritura pública.

(14) **Artículo 71.** *Acciones de reintegración.*

1. *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

2. *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.*

3. *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:*

1. *Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.*
2. *La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.*
4. *Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.*
5. *En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:*
 1. *Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.*
 2. *Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.*
 3. *Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.*
6. *El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente.*

Pero este insoluble problema puede resolverse *ab initio*. En efecto, vimos anteriormente que en asuntos informáticos sigue existiendo David. Generalmente quien elabora un programa es mucho más pequeño que quien lo usa, sobre todo en el caso de programas a medida. Bien, hagámoslo todo al revés: si el usuario teme la quiebra del fabricante, que no se limite a pactar una traslación de dominio en caso de que se produzca esa temida insolvencia, sino que adquiera el programa ya, que se fije como pago del mismo una renta anual que percibirá el fabricante, a la que habrá que sumar el canon que percibirá por mantenimiento. El contrato *Escrow*, en este caso, consistirá en el depósito del código fuente para una doble garantía:

1. Garantiza al usuario que el fabricante llevará a cabo el mantenimiento.
2. Garantiza al fabricante que sólo él puede llevar a cabo ese mantenimiento y que recibirá del usuario la renta por la compra del programa y el canon por sus servicios.

Pero el código fuente es, desde la firma del contrato, propiedad del usuario, sólo que no puede verlo mientras cumpla el fabricante, quien sí tiene derecho a poseerlo, porque si no lo tuviera no podría llevar a cabo el mantenimiento.

Si quiebra el fabricante, el usuario del programa recupera SU código y seguirá pagando a la masa concursal la renta por la compra, no hay traslación de dominio posterior, a la insolvencia que se pueda anular y difícilmente podría anularse el propio *Escrow* aunque se hubiera celebrado en los dos años anteriores, porque, a mi juicio, sería uno más de los “*actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales*” que, por tanto, “*en ningún caso podrán ser objeto de rescisión*” (art. 71.5 Ley Concursal).

V. Conclusiones

Si, como veíamos, son múltiples las relaciones entre usuarios y elaboradores de programas, deberán ser igualmente múltiples las formas que adopten los contratos que regulen las garantías de unos y otros. Existe una enorme libertad de pactos que las regulan y en cada caso concreto hay que establecer un contrato diferente.

Lo único inmutable en el contrato *Escrow* es el depósito del código fuente en el Agente, y la obligación de éste de entregarlo al usuario del programa en determinadas circunstancias. Todo lo demás, incluyendo la

propiedad del código fuente, es negociable, como hemos visto. Cuando el programador sea David, hará bien el usuario Goliath en asegurarse la propiedad del código fuente desde el principio aunque la posesión la tenga el Agente depositario y ni uno ni otro no puedan leerlo por estar encriptado. Cuando el mastodonte sea el elaborador del programa, el usuario no conseguirá la propiedad del código fuente (y, hoy por hoy, tampoco conseguirá firmar ningún contrato *Escrow*).

Es una figura de mucho más futuro que presente. Decíamos al principio que, en las primeras fases de toda revolución tecnológica, los sujetos económicos tienen dos graves problemas, la obsolescencia de los métodos antiguos y el monopolio u oligopolio de los suministradores de los nuevos procedimientos o maquinarias.

En la revolución informática actual padecemos no hace muchos años la tiranía de los fabricantes de *hardware*, prácticamente sólo había uno (15), que fijaba precios en régimen de monopolio ¡Cómo han cambiado las cosas! Sin embargo, liberados de la tiranía de los fabricantes, los usuarios actuales seguimos padeciendo la servidumbre y en ocasiones la tiranía de los proveedores de nuestros programas y de los encargados del mantenimiento de los mismos.

Pasará, como pasan todos los monopolios, y bien harán los elaboradores de programas en ir pensando en los inconvenientes de la competencia y adecuarse a ella. Son ellos quienes deberían ofertar a sus clientes el contrato de *Escrow*, como valor añadido de su producto.

(15) El ejemplo es clásico: en la película *2001, Odissea del Espacio* el ordenador de la nave se llama HAL, para evitar problemas de *copyright* con un fabricante cuyo acrónimo está compuesto por las letras siguientes del alfabeto.

**EL PERECIMIENTO DE LA COSA
EN LA HIPÓTESIS DEL USUFRUCTO
CONSTITUIDO SOLAMENTE SOBRE
UN EDIFICIO Y SUS CONSECUENCIAS
JURÍDICAS EN EL CÓDIGO
CIVIL ESPAÑOL**

JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA

*Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho civil*

SUMARIO: **I.** DERECHO ROMANO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR. **II.** LA DETERMINACIÓN NORMATIVA DEL OBJETO DEL DERECHO DE USUFRUCTO. **III.** DERECHO ESPAÑOL. **1.** La hipótesis prevista en el artículo 517, párrafo 2.º, del Código Civil español. **2.** La facultad de proceder a la reconstrucción del edificio. **3.** Los materiales de construcción. **4.** La situación del usufructuario que reconstruye. **5.** La reconstrucción del edificio por el propietario: consecuencias. **6.** La reconstrucción del edificio por un tercero. **7.** El perecimiento total del edificio imputable al usufructuario, al propietario o a un tercero. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. Derecho romano y evolución posterior

En el Derecho romano, el objeto del usufructo se identifica con la cosa como tal, considerada en aquella *species* o *qualitas* que reviste en el momento inicial del usufructo, es decir, se identifica con la cosa cualificada por la función o destino que le impuso el propietario constituyente del usufructo. Por eso, el objeto del usufructo ha de ser siempre el mismo (*ipsa res* y no *eadem res*); en caso contrario, el derecho de usufructo se extingue.

Por tanto, para la conservación del derecho de usufructo es necesario que la cosa no cambie de manera que ya no pueda ser considerada la misma, la *ipsa res*. La *rei mutatio*, es decir, toda transformación sustancial de la cosa usufructuada tan esencial como para sostener que ya no es la misma cosa cuyo usufructo se legó, produce la extinción del usufructo, tanto si se debe a causas de la naturaleza como si se debe a un acto voluntario del usufructuario, del nudo propietario o de un tercero (1).

¿Y por qué es necesario, para la conservación del derecho de usufructo, que la cosa no se transforme nunca? Según una opinión muy autorizada (2), el límite de la conservación de la forma y la sustancia de la cosa no es para los romanos únicamente un deber del usufructuario, o un límite a los poderes del usufructuario, sino que incide más profundamente en el contenido del usufructo, como límite objetivo; el usufructo es el derecho a usar y disfrutar de la cosa en el ámbito de su actual forma y destino económico (3).

El principio romano de que el usufructo se refiere sólo a la cosa originariamente considerada y mientras conserve su forma y sustancia, está específicamente confirmado en la hipótesis de destrucción de una casa

(1) Véase RODDI, Cesare: *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in Diritto romano*, R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, Serie II, Memoria XXXIII, Torino, 1936, pp. 64 y ss.; SESMA URZAIZ, María Victoria: *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en Derecho romano*, Editorial Kronos, Zaragoza, 1996, pp. 157 y ss.

(2) GROSSO, Giuseppe: "Usufrutto e mutamenti della cosa", en *Rivista del Diritto Commerciale*, volume XXXIX (1941), parte seconda, p. 54; *Usufrutto e figure affini nel Diritto romano*, seconda edizione ampliata, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1958, p. 381.

(3) Sin embargo, para VENEZIAN el principio según el cual la *rei mutatio* producía la extinción del usufructo "representaba una interpretación de voluntad, una restricción ulterior del alcance del usufructo, conforme a la probable intención del constituyente, pero susceptible de desaparecer con una manifestación de voluntad contraria y que se reputaba borrada, sin declaración expresa, cuando el usufructo se constituyera sobre todo el patrimonio". VENEZIAN, Giacomo: *Usufrutto, uso y habitación*, traducción castellana por la revista con retrato del autor y con una noticia biográfica por Rafael ATARD, anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por José CASTÁN TOBEÑAS, tomo II, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B, volumen VIII, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, número 233, p. 125.

por ruina o incendio [Ulp. D. 7, 4, 5, 2: “Se estima procedente que la alteración de la cosa extinga el usufructo sobre la misma. Por ejemplo, si se me legó el usufructo de una casa, y la casa se hundió o se incendió, no hay duda de que se extingue el usufructo. ¿Acaso también el del solar? Es muy cierto que una vez incendiada la casa, no se debe el usufructo ni del solar ni de los cimientos; así opina también Juliano” (4); I. 2, 4, 3: “..., si el edificio se quemó o se vino abajo, como consecuencia de un terremoto o de un fallo de la construcción, se extingue totalmente el usufructo al extremo de que no queda ni sobre el solar” (5)].

He aquí formulada por los juristas romanos la hipótesis objeto de estudio, planteándose el problema de establecer la suerte del usufructo cuando la cosa originaria se destruye, pero deja residuos o restos que tienen todavía una utilidad económica.

Si la casa se destruye totalmente por incendio o derrumbamiento, toda la cosa resulta afectada por la acción destructiva, pero ésta, si bien hace desaparecer la cosa originaria, deja en su lugar otra cosa que tiene todavía un valor práctico (6). Por eso lo que se produce en la hipótesis en cuestión no es la pérdida de la cosa (total o parcial), sino la transformación substancial de la cosa (*rei mutatio*) (7).

(4) *El Digesto de Justiniano*, tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19, versión castellana por A. D'ORS *et al.*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

(5) *Las Instituciones de Justiniano*, versión española de Francisco HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Editorial Comares, SL, Granada, 1998.

(6) Las cosas del mundo natural en el que vivimos están sometidas a cambios. Estos cambios pueden ser físicos o químicos. Los cambios físicos no modifican la composición de la cosa que los sufre; la cosa mantiene su naturaleza y sus propiedades esenciales. Los cambios químicos modifican la naturaleza y propiedades de la cosa que los sufre; la cosa se transforma en otra distinta, que tiene propiedades diferentes.

En la naturaleza nada verdaderamente se destruye. Establecido el principio de la conservación de la masa, se dan de hecho sólo transformaciones de los cuerpos y de la materia que los constituye.

De perecimiento entendido como aniquilamiento de la cosa en su materialidad puede hablarse correctamente, especialmente en el lenguaje jurídico, desde un punto de vista económico-social, para designar el suceso que vuelve en la práctica una cosa del todo inutilizable. Por tanto, la idoneidad de la materia para su utilización económica es esencial bajo el aspecto jurídico. Si se prescinde de dicho aspecto, adoptando un criterio puramente físico o químico, se terminaría prácticamente negando la posibilidad de una extinción del usufructo por perecimiento de la cosa, comprendido entre las causas de extinción del usufructo en nuestro Derecho (art. 513-5.º Código Civil), dado el principio ya señalado conforme al cual en la naturaleza nada se destruye. PUGLIESE, Giovanni: “Usufrutto, uso, abitazione”, en *Trattato di Diritto civile italiano*, redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo VASSALLI, volume quarto, tomo quinto, Utet, Torino, 1954, número 139, p. 546, nota 3; MAGAZZÙ, Andrea: “Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica”, en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, volume I, tomo 2, *Diritto civile*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, N. 107, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978, pp. 1205-1206.

(7) PUGLIESE: ob. cit., p. 546; SESMA URZAIZ: ob. cit., p. 161.

Se trata entonces de establecer cuál sea el efecto de esta transformación. Para los romanos, como ya hemos señalado, la *rei mutatio* comportaba la extinción del usufructo, ya que éste se consideraba como estrictamente inherente a la *res* originaria. Al incendiarse o derrumbarse el edificio, el usufructo no puede continuar sobre los restos útiles, pues éstos son otra cosa radicalmente distinta de la primitiva (*alia res*). En efecto, el edificio es una cosa material que tiene un nombre, una estructura y una función específica. Una vez que el edificio se destruye, el suelo y los materiales que lo componían vuelven a su estado primitivo, lo que permite que puedan ser utilizados nuevamente, pero ni el suelo ni los materiales de construcción tienen la *cualidad* de edificio; ninguno constituye un edificio (8). La cosa materialmente sigue siendo la misma, un fundo urbano (y, por eso, no se extingue el derecho de propiedad: el propietario del edificio, destruido éste, seguirá siendo propietario del solar y los cimientos), pero ha sufrido una *rei mutatio*, una alteración tan esencial, un cambio en la forma y la sustancia, que no permite sostener que se trata de la misma cosa (*ipsa res*) cuyo usufructo se legó. Se legó el usufructo de un edificio y ahora se ha convertido en un solar (9). Y aunque se vuelva a construir otro edificio, el usufructo no resurge (Ulp. D. 7, 4, 10, 1 y 7), porque el edificio reconstruido ya no es el mismo edificio sobre el que se constituyó el usufructo.

Otra cosa completamente distinta sucede:

a) cuando el usufructo se constituye sobre la totalidad de los bienes: edificio + solar, y no sobre bienes concretos y determinados. En dicho caso, si el edificio se destruye el usufructo continúa sobre el suelo donde estaba el edificio y sobre los materiales que queden, ya que tanto uno como otro forman parte de todos los bienes (Iul. D. 7, 1, 34, 2: “Estimo que entre que se legue el usufructo de la totalidad de los bienes o el de cosas determinadas hay esta diferencia: que no puede pedirse el usufructo que se legó sobre casas específicamente determinadas si éstas se hubiesen incendiado, mientras que legado el usufructo sobre la totalidad de sus bienes se estima que no lega sólo el usufructo sobre los bienes tal como

(8) DOMAT, G.: *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, nuova edizione eseguita sulla traduzione stampata in Napoli purgata da molti errori, con discorso e alcune note del professore A. PADOVANI, tomo II, Pavia, 1825, Lib. I, Tit. XI, Sez. VI, número 10, p. 355 y nota 3; POTHIER, G. R.: *Trattato del vedoville*, seconda edizione italiana, Fratelli Vignozzi e nipote, Livorno, 1842, número 256.7.º, p. 791. Colección: *Opere di G. R. Pothier*, contenenti i trattati del Diritto francese, seconda edizione italiana, eseguita su quella pubblicata a Parigi per cura del signor Dupin Seniore, tomo Primo, Fratelli Vignozzi e nipote, Livorno, 1841.

(9) SESMA URZAIZ: ob. cit., p. 161.

están sino sobre el total de su patrimonio y el solar está comprendido también en este patrimonio”) (10),

b) o cuando el edificio es sólo un accesorio de un fundo rústico, porque también en este caso la destrucción del edificio no ocasiona la extinción del usufructo (Ulp. D. 7, 4, 8: “Legado el usufructo de todo el fundo, si se derriba la casa de campo, no se extinguirá el usufructo, porque la casa es accesión del fundo, lo mismo que si se hubiesen caído los árboles”). Al constituir el edificio la parte menos importante teniendo en cuenta el fin principal por el que se constituyó el usufructo, se tiene siempre el mismo fundo legado porque la transformación no afecta a la cosa principal (11).

Sin embargo, no parece que tenga mucha trascendencia la distinción entre cosa principal y cosa accesoria, pues el Digesto aplica la misma solución cuando el fundo es un accesorio de la casa (Ulp. D. 7, 4, 10 pr.: “¿Pero qué solución ha de darse si el fundo era el accesorio de la casa? Veamos si acaso en este supuesto se extingue también el usufructo del fundo. Y se ha de decir igualmente que no se extingue”).

Volviendo nuevamente al supuesto objeto del presente análisis, usufructo constituido solamente sobre un edificio que resulta destruido, el Código Civil francés (art. 624) resuelve este caso según el criterio romano recogido por DOMAT, excluyendo cualquier ulterior derecho del usufructuario sobre el suelo y sobre los materiales. POTHIER (12), sin embargo, llega a una solución contraria a la señalada, afirmando que, cuando la cosa sobre la que se constituyó el usufructo cambia de forma, convirtiéndose en otra cosa, el usufructo persiste sobre la cosa transformada. Por tanto, el usufructuario del edificio destruido conserva su derecho a disfrutar del suelo y de los materiales. El cambio introducido por POTHIER en la tradición romanista fue seguido por el Código Civil italiano de 1865 (art. 520) y por nuestro Código Civil en su artículo 517 (13).

(10) DOMAT: ob. cit., Lib. I, Tit. XI, Sez. VI, número 13, p. 358.

(11) RODDÍ: ob. cit., p. 74.

(12) Ob. cit., número 256.7.º, p. 792.

(13) El Proyecto de 1851, en su artículo 467, acogió la solución del Código de Napoleón: “Si el usufructo está constituido sobre un edificio, y éste se destruye en un incendio, se arruina de viejo o perece por algún otro accidente, el usufructuario no tiene derecho a gozar del solar ni de los materiales”. GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1852, sub artículo 467, p. 413.

Por el contrario, el artículo 517 es igual al artículo 518 del Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. 4.ª, Fuentes y Bibliografía, volumen I, Madrid, 1965, p. 153.

El Código Civil francés considera que el usufructo se extingue porque la cosa sobre la que se constituyó el usufructo se ha transformado en un bien incapaz de utilizarlo conforme a su anterior destino (14), mientras que los Códigos civiles italiano (actual art. 1018) y español consideran que la destrucción del edificio no extingue el usufructo siempre y cuando sobrevivan elementos de la cosa primitiva que puedan utilizarse en cualquier forma; por tanto, conservación del usufructo sobre todo residuo útil del objeto originario, salvo que las partes hubieran pactado otra cosa en el título constitutivo del usufructo (15). Dicho lo cual, se discute vivamente entre los autores de cada país si la norma relativa al edificio es aplicación de una regla general, o si, por el contrario, constituye una excepción a la regla general (16).

(14) Ésta es la interpretación usual del artículo 624 CC francés. BAUDRY-LACANTINERIE (G.) y CHAUVEAU (M.): *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des biens*, V. 6, troisième édition, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1905, número 748, pp. 485 y ss.; AUBRY (C.) y RAU (C.): *Cours de Droit Civil français*, cinquième édition revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau-Ch. Falcmagne avec la collaboration de M. GAULT, Tome Deuxième, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1897, parágrafo 234, pp. 722 y ss.; DEMOLOMBE: *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, troisième édition, tome second, Libraires Auguste Durand-L. Hachette e Cie., Paris, 1866, números 700-701, pp. 605 y ss.; PLANIOL (Marcelo) y RIPERT (Jorge): *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, traducción española del Dr. Mario DÍAZ CRUZ, tomo tercero, *Los bienes*, con el concurso de Mauricio PICARD, Editor Juan Buxó, Habana, 1930, número 864, pp. 717-718.

Para PROUDHON, en la hipótesis que estamos tratando, el usufructo se extingue por el aniquilamiento de las funciones de la cosa sobre la que se constituyó el usufructo. Destruído el edificio, las partes físicas o materiales que quedan, suelo y materiales, no son susceptibles de un uso idéntico al originario. *Trattato dei diritti d'usufrutto, d'uso personale e di abitazione*, prima versione italiana sulla seconda ed ultima edizione francese, col confronto e le osservazioni relative alle leggi delle due Sicilie e con una copiosissima tavola delle materie, per cura de Giuseppe CIOPI, volume secondo, Napoli, Nello Studio Editorio, 1845, esp. números 2540, 2542 y 2547, pp. 391 a 393. Colección: *Opere di Proudhon*, vol. IV.

(15) VENEZIAN: ob. cit., II, número 234, pp. 128-129, y número 370, p. 740.

(16) En la doctrina española, se mantiene por bastantes autores que, a los efectos de nuestro artículo 513-5.º CC, para que exista pérdida total de la cosa objeto del usufructo no es preciso que se produzca la destrucción o aniquilamiento total de la materia de que estaba hecha la cosa, sino que basta que consista en la destrucción de la cosa tal cual era, aunque queden restos, porque éstos no pueden aprovecharse de la misma forma que la cosa originaria sobre la que se constituyó el usufructo (por ejemplo, el ganado se destruye al morir las reses, aunque queden carne, hueso y pieles). Ésta es, afirma ALBALADEJO, la tesis exacta para nuestro Derecho. Por eso considera excepcional el régimen establecido en el artículo 517 CC y niega que en el supuesto de usufructo de un rebaño que perece del todo (art. 499-2.º) el usufructo subsista sobre los despojos. En su opinión, la norma citada relativa al usufructo de rebaño hay que entenderla en el sentido de que el usufructo se extingue por el perecimiento, entendido como muerte, de todo el ganado, en cuyo momento deberá entregar el usufructuario al dueño los despojos que hubiesen quedado. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III, *Derecho de bienes*, novena edición, puesta al día con la colaboración de José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Librería Bosch, SL, Barcelona, 2001, parágrafo 75, p. 518, parágrafo 77, p. 523

En resumen, en el Derecho romano el usufructo del edificio cesa cuando dicho edificio se destruye por ruina o incendio, y no se traslada al suelo y a los materiales, porque para los romanos el objeto del usufructo se identifica con la cosa material sobre la que originariamente se constituyó el usufructo. En cambio, en nuestro Derecho moderno resulta admisible, como modificación objetiva del mismo usufructo, que perecido el edificio el usufructo subsista sobre los restos útiles, suelo y materiales, porque, como veremos a continuación, el objeto del usufructo ya no se identifica con la cosa material, considerada en su *species*, sino con *cualquier utilidad que la cosa puede dar*, directa o indirectamente (17).

y nota 10, y parágrafo 79, p. 549, nota 33. Véanse también sobre el sentido de la “pérdida de la cosa” expuesto, LACRUZ BERDEJO (José Luis) *et al.*: *Elementos de Derecho civil*, tomo III, *Derechos reales*, volumen segundo, segunda edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2004, parágrafo 36, número 192, p. 41; CLEMENTE MEORO, M., en A. LÓPEZ *et al.*: *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, parágrafo 58, número 214, p. 333.

En la doctrina italiana, la mayoría de los autores entiende que si la cosa dada en usufructo sufre una transformación, el usufructo persiste sobre la nueva cosa o sobre el residuo material que quede, siempre que conserve una utilidad económica. Y este principio se aplica no sólo a los bienes inmuebles (destrucción de un edificio), sino también a los bienes muebles (muerte de un animal o de un rebaño). VENEZIAN: ob. cit., II, números 233-234, pp. 123 y ss., y número 370, pp. 739 y ss.; NICOLÒ, Rosario: “Dell’usufrutto, dell’uso e dell’abitazione”, en *Commentario del Codice Civile*, diretto da Mariano D’AMELIO, *Libro della Proprietà*, SAG Barbèra, Editore, Firenze, 1942, p. 701; BARBERO, Domenico: *L’usufrutto e i diritti affini*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, número 28, pp. 107-108, y número 125, pp. 477-478; PUGLIESE: ob. cit., número 139, p. 547; DE MARTINO, Francesco: “Dell’usufrutto, dell’uso e dell’abitazione”, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Libro Terzo, *Della Proprietà*, artículo 957-1026, cuarta edición aggiornata, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1978, *sub* artículo 1014, p. 336.

Sin embargo, BIGLIAZZI GERI separa claramente el caso de la destrucción del edificio del de la muerte del rebaño, entendiendo que en este último se produce la extinción del usufructo (art. 1014, núm. 3, CC it.). En su opinión, el artículo 994, párrafo 2.º, del Código italiano, persigue garantizar la posición del *dominus* al término del usufructo antes que conservar (aunque modificada) la posición del usufructuario. La norma parece tender a reducir el daño que puede derivar para el propietario de la muerte fortuita del rebaño (*res perit domino*), atribuyendo al propietario, a modo de compensación, los restos del bien. BIGLIAZZI GERI, Lina: “Usufrutto, uso e abitazione”, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio CICU-Francesco MESSINEO, continuato da Luigi MENGONI, volume XI, tomo I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, número 52, pp. 206-207, y número 69, pp. 257-258.

En la doctrina francesa, encontramos una interpretación parecida a la nuestra, entendiéndose por pérdida total no solamente la destrucción material de la cosa, sino también toda transformación que altere la cosa en sus caracteres esenciales y que la vuelva impropia para el uso al que había sido destinada. El artículo 624, párrafo 1.º, del Código francés ilustra claramente dicho principio. Véanse autores y obras citadas en la nota 14.

(17) MAGAZZÙ: ob. cit., p. 1247.

II. La determinación normativa del objeto del derecho de usufructo

Como señala la doctrina moderna (18), hay que diferenciar las nociones de cosa y bien jurídico. La cosa es una entidad material de la realidad natural que puede devenir inmediato punto de incidencia de eventos naturales o de comportamientos humanos. En cambio, el bien en sentido jurídico es una entidad de diversa naturaleza: ella representa la resultante del proceso de calificación normativa de un interés humano que el Ordenamiento estima merecedor de tutela y que constituye propiamente el objeto del derecho subjetivo.

Indudablemente, el proceso de calificación normativa, en virtud del cual el interés merecedor de tutela se transforma en bien jurídico, implica que se considere la cosa, puesto que la caracterización del bien jurídico se realiza en función de las utilidades que la cosa puede dar y correlativamente del interés que en estas utilidades puede encontrar satisfacción.

Determinado de esta manera el objeto del derecho subjetivo, se comprende el error del punto de vista doctrinal que, partiendo de la base de que la cosa en su materialidad constituye el objeto del derecho subjetivo, establece una conexión entre nacimiento de la cosa y nacimiento del derecho; entre extinción de la cosa y extinción del derecho. Visto que en el campo de la experiencia jurídica pasa a primer plano el bien en sentido jurídico (el interés tutelado) y no la cosa material, la modificación de la cosa no puede producir la inmediata consecuencia jurídica de la extinción del derecho sobre la cosa misma.

La configuración del derecho subjetivo como instrumento de tutela de un interés humano que se estima merecedor de tutela, por una parte, y la fundamental exigencia de realización de las situaciones jurídicas, por otra parte, excluyen la identificación de las vicisitudes (jurídicas) del derecho subjetivo con las vicisitudes (naturales) de la cosa. Como se ha señalado (19), la norma jurídica, calificando el interés, reconociéndolo merecedor de

(18) PUGLIATTI, Salvatore: "Cosa (Teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, XI, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1962, pp. 19 y ss.; "Beni (Teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, V, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1959, pp. 164 y ss.; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo: "Cosa", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, IV, UTET, Torino, 1989, pp. 438 y ss.; SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Università di Roma-Facoltà di Giurisprudenza, *Studi di Diritti civili*, diretti da Rosario NICOLÒ e Francesco SANTORO-PASSARELLI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, pp. 1 y ss.; COMPORTI, Marco: "Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo", en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972, pp. 715 y ss.; MESSINETTI, Davide: "Oggetto dei diritti", en *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 808 y ss.

(19) MAGAZZÙ, Andrea: "Perdita ed estinzione dei diritti", en *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1982, pp. 982-983.

tutela y objetivándolo (convirtiéndolo, como bien en sentido jurídico, en objeto del derecho), asegura y garantiza a su titular la satisfacción del interés originariamente tutelado por la norma. De modo que el derecho se extingue cuando se realiza con la plena satisfacción del interés originariamente tutelado por la norma. Con la satisfacción del interés queda agotada la función del derecho subjetivo como instrumento de tutela. Sin embargo, hay casos en los que la satisfacción del originario interés encuentra obstáculos por circunstancias que sobrevienen durante la vida del derecho. Estos obstáculos, entre los que se encuentran las diversas hipótesis de perecimiento de la cosa material, no tienen *a priori* la fuerza de provocar necesariamente la extinción del derecho, ya que el Ordenamiento jurídico asegura en algunas hipótesis la realización del derecho a través del mecanismo subrogatorio.

Con respecto al derecho de usufructo, en nuestro Derecho los datos normativos son los siguientes: por un lado existe una norma que establece la extinción del derecho de usufructo por el total perecimiento de la cosa (art. 513, n. 5.º, Código Civil); por otro lado existen normas según las cuales, no obstante el perecimiento total de la cosa, el derecho se conserva (arts. 517, párr. 2.º, 518 y 519 Código Civil).

Aunque los artículos 517, 518 y 519 se encuentran recogidos en la sección que el Código Civil español dedica a los modos de extinguirse el usufructo, no son supuestos de extinción, sino de modificación cualitativa del usufructo. En dichos artículos, se ha dicho (20), no se trata de prever las consecuencias especiales derivadas de la extinción del usufructo en algunos casos, sino de señalar cómo, a pesar de que la pérdida total de la cosa objeto del usufructo sea una causa de extinción del mismo (art. 513, n. 5.º), sin embargo, esto no ocurre cuando subsisten restos (en la destrucción de las fincas) o cuando otra cosa se subroga en su puesto (el precio del seguro o la indemnización de la expropiación).

En estas hipótesis resulta evidente la intención del legislador de conservar la originaria situación jurídica a través del mecanismo subrogatorio (21). Dicho mecanismo impide precisamente que el derecho de usufructo se extinga: el derecho se traslada a otra cosa y permanece con vida. Lo que demuestra que el derecho de usufructo no se extingue por el solo

(20) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "El seguro de usufructo en el Código Civil", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1976, p. 181.

(21) Como señala MORENO QUESADA, en los artículos 517-II, 518 y 519 se contemplan casos de subrogación real, y como tales de modificación y no de extinción del usufructo. MORENO QUESADA, Bernardo: *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES *et al.*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, *sub* artículos 517, 518 y 519, pp. 1370, 1371 y 1373.

hecho de que la cosa dada en usufructo perezca, pues emerge claramente de las disposiciones legales citadas el principio contrario de conservación de las situaciones jurídicas: el Ordenamiento jurídico tiende a la conservación del derecho (real) mientras quepa la posibilidad de su utilización para la tutela de un interés.

Y si bien es cierto que en las hipótesis recogidas en los artículos 517, 518 y 519 de alteración del elemento material, el interés del usufructuario a usar y disfrutar la cosa, respetando su forma y sustancia, no cesa, eso no significa que dicho interés quede fijado de un modo rígido en el momento genético de la valoración jurídica, ya que, como es evidente, al proyectarse sobre la cambiante realidad práctica, el interés típicamente protegido se concreta o se especifica en cada momento en una particular utilidad. Al cambiar el elemento material del bien en sentido jurídico, sustitución de la cosa originaria por otra nueva o simple transformación de la cosa originaria, el usufructuario obtiene de la cosa nueva o de la cosa transformada una utilidad distinta de aquella que podía darle la cosa históricamente determinada sobre la que se constituyó originariamente el usufructo (22).

Con respecto a la hipótesis objeto de estudio, algún autor (23) afirma que a consecuencia de las sucesivas mutaciones de la cosa (perecimiento del edificio y eventual reconstrucción por parte del propietario), el usufructo se transforma, asumiendo sucesivamente diversos objetos: en un primer momento, el edificio; en un segundo momento, el suelo y los materiales; y en un tercer y último momento, el valor del suelo y de los materiales. Sin embargo, dicho punto de vista no ofrece una explicación satisfactoria de la denominada modificación del derecho de usufructo que se produce por el perecimiento total del edificio. Si objeto del derecho de usufructo es el bien, como entidad jurídico-formal, cuyo núcleo esencial está constituido por el interés típicamente protegido, mientras la cosa constituye solamente el elemento material, tanto el perecimiento del edificio como la eventual reconstrucción por parte del propietario son fenómenos que afectan única y exclusivamente a la cosa en su materialidad, pero no al bien en sentido jurídico, el cual es uno y permanece idéntico en su esencial individualidad (24).

(22) Cfr. MAGAZZÙ: "Il perimento della cosa...", cit., pp. 1239 y 1248.

(23) BARBERO: ob. cit., número 125, p. 480.

(24) MAGAZZÙ: "Il perimento della cosa...", cit., p. 1254.

III. Derecho español

1. La hipótesis prevista en el artículo 517, párrafo 2.º, del Código Civil español.

Centrándonos en el artículo 517 del Código Civil español, dicho artículo distingue dos hipótesis: a) usufructo constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio (párr. 1.º); b) usufructo constituido solamente sobre un edificio (párr. 2.º). En ambos casos, la norma dispone que, si el edificio llegare a perecer de cualquier modo que sea, “el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales”; pero en el segundo caso ella establece que, “si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales”.

De las dos hipótesis descritas, nosotros vamos a estudiar aquí la segunda, usufructo constituido solamente sobre un edificio. En dicha hipótesis se contempla la utilidad del edificio como tal y no la utilidad que aporta a una finca. Cuando se dice que el usufructo recae solamente sobre un edificio lo que se quiere significar con ello es que la entidad económica considerada como verdadero objeto del usufructo es el edificio, mientras el terreno circundante es accesorio del primero (25).

(25) Exactamente Tribunale di Firenze, 11 maggio 1964, en *Il Foro Padano*, Aprile 1966, Parte prima, p. 512, con nota de Biondo BIONDI: *Usufrutto su un fondo su cui esiste un edificio ed usufrutto su un edificio (art. 1018 Cod. Civ.)*.

Como señala dicho Tribunal (p. 510), la distinción entre usufructo constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio y usufructo constituido solamente sobre un edificio, descansa sobre el criterio económico-funcional de la cosa, en el sentido de que en el primer caso el edificio es tomado en consideración como accesorio del fundo, el cual es el verdadero objeto del usufructo, mientras que en el segundo caso el usufructo tiene por objeto el edificio como fundo él mismo (es decir, como fundo urbano), también si en torno a él existe un jardín u otra área en relación de accesorio a principal.

En el mismo sentido, App. Firenze, 20 gennaio 1968, en *Giurisprudenza Toscana*, 1968, p. 453; Cass., 30 marzo 1971, número 913, en *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, Luglio-Agosto 1971, Parte prima, pp. 846 y ss.

Según la última sentencia de la Corte de Casación italiana, para que tenga aplicación la disposición contenida en el párrafo 2.º del artículo 1018 del Código italiano es necesario determinar previamente que, en el momento de la destrucción del edificio, éste, y no otro bien (un fundo), era el objeto del usufructo. Dicha determinación se consideraba necesaria en el caso debatido, porque originariamente el usufructo se había constituido sobre un fundo, habiéndose construido posteriormente sobre dicho fundo un edificio que lo ocupaba casi enteramente, quedando destinada la parte restante no edificada al servicio del edificio. Situación fáctica la relatada de la que se dedujo que el bien “fundo” había sido sustituido por el bien “edificio”.

Quede claro, como señala la sentencia italiana primeramente citada de 11 mayo 1964

Si el edificio perece totalmente (26), el usufructo subsiste sobre los restos útiles, suelo y materiales, cualquiera que sea la forma en que se produzca la destrucción total, con independencia de que las circunstancias en que se haya producido en ese caso concreto, hagan nacer, o no, una indemnización (27). Como la finalidad que persigue la norma legal estudiada es la conservación de la posición del usufructuario, resulta intrascendente indagar cuál fue la causa de la destrucción total del edificio, porque sea cual sea la causa (caso fortuito o acto imputable a un tercero, al usufructuario o al nudo propietario) el usufructo pervive sobre los restos del edificio mientras procuren alguna utilidad al usufructuario. De modo que en dicha hipótesis únicamente queda extinguido el usufructo

(*Il Foro Padano*, cit., p. 511), que la determinación del verdadero objeto del usufructo debe realizarse atendiendo al criterio económico-funcional que se aplica para distinguir las categorías de bienes, y no según un criterio de cantidad o de medida.

En nuestra doctrina, la mayoría de los autores entiende que el artículo 517 CC contempla dos supuestos diferentes: usufructo sobre una finca, con un edificio como accesorio (párr. 1.º), y usufructo sobre un edificio que es objeto autónomo (párr. 2.º). Entre otros, LACRUZ BERDEJO *et al.*: ob. cit., párrafo 36, número 192, p. 43; MORENO QUESADA: ob. cit., *sub* artículo 517, pp. 1368 y ss.; DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 1.º (arts. 467 a 529 del Código Civil), 2.ª edición, EDESA, Madrid, 1992, *sub* artículo 517, pp. 546 y ss.

No compartimos el punto de vista de ATAZ LÓPEZ (Joaquín), el cual, al referirse al párrafo 2.º del artículo 517 CC español, afirma que para el Código Civil es impensable un usufructo sobre un edificio que no recaiga también sobre el solar en el que éste se encuentra edificado. Y si el usufructo recae sobre ambas cosas, tampoco hay que olvidar que en nuestro Código el suelo se considera el elemento principal. De donde resulta que nos encontraríamos ante el perecimiento de una de las dos cosas sobre la que recae el usufructo —el edificio— que no es, para el Código, la cosa principal; por lo que mantener el usufructo en estos casos no es sino una aplicación de la regla del artículo 514; produciéndose una extinción parcial el usufructo continuará en lo que quede. Por ello estima que si se constituyó con claridad el usufructo solamente sobre el edificio y no sobre el solar, si el edificio resulta destruido el usufructo se deberá extinguir por aplicación del artículo 513.5, sin que tenga lugar la aplicación del artículo 517. *Comentarios al Código Civil*, III, Libro Segundo (tít. I a VIII), coordinador: Joaquín RAMS ALBESA, José M.ª Bosch, editor-Librería Bosch, SL, Barcelona, 2001, *sub* artículos 513 a 522, pp. 853-854.

También MUCIUS SCAEVOLA (Quintus), al referirse al segundo supuesto del artículo 517 CC esp., afirma que el carácter de objeto principal que tiene el suelo en relación con lo en él edificado, autoriza el que, desapareciendo lo accesorio, cual es el edificio, quede siempre el elemento principal en disponibilidad de poder ser utilizado por el usufructuario. *Código Civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Pedro DE APALATEGUI, tomo IX, *Del Usufructo, del Uso y de la Habitación*, 5.ª edición, corregida y aumentada, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, SA, Madrid, 1948, *sub* artículo 517, p. 457.

(26) Para MORENO QUESADA, lo destruido es el objeto todo del usufructo, no una parte de él, por lo que estamos ante uno de los supuestos que contempla el artículo 513, en su causa 5.ª; el legislador, dice, ha tenido buen cuidado de hacerlo constar así con el adverbio “solamente”, que excluye cualquier otra cosa que no sea el edificio. Ob. cit., *sub* artículo 517, p. 1370.

(27) MORENO QUESADA: ob. cit., *sub* artículo 517, p. 1369.

con el aniquilamiento total de la cosa, cuando de ella no reste parte alguna que pueda utilizarse, aunque sea de un modo distinto, ya que dicha situación impide la satisfacción del interés del usufructuario a gozar de cualquier modo de la cosa material (28). Por tanto, en el supuesto de usufructo constituido solamente sobre un edificio que resulta destruido, el principio que preside nuestra regulación legal es el de conservación del usufructo sobre los residuos materiales de la cosa originaria que puedan utilizarse, a menos que las partes hubieran convenido en el título constitutivo del usufructo que la modificación de la cosa material determinase la extinción del usufructo (29).

Como en el Derecho romano el *uti frui* aparece modelado sobre la actual forma y destino económico de la cosa, es decir, como el goce ya aparece especificado en el momento de la constitución del usufructo, si la cosa se transforma de tal modo que resulta imposible disfrutarla tal cual era originariamente, el usufructo se extingue. Es evidente que si el edificio perece totalmente, el usufructuario ya no podrá usar la cosa como edificio. Por el contrario, en nuestro Derecho positivo actual el *salva rerum substantia* opera fundamentalmente respecto de las partes de la relación jurídica real, propietario y usufructuario, configurándose como un límite a los poderes de ambos, pero no fija de modo rígido el objeto del goce del usufructuario, ya que en la hipótesis examinada el objeto del goce son todas las potenciales utilidades de la cosa, condicionándose el mantenimiento del interés del usufructuario no a la persistencia de la forma y la sustancia de la cosa originaria, sino a la persistencia de cualquier resto utilizable de la cosa.

Lo que tiene verdadero significado jurídico no es la cosa material, sino el interés al goce de la cosa. Por eso, cuando, como ocurre en la hipótesis objeto de estudio, la cosa sufre un proceso de transformación material: el edificio se convierte en solar y materiales (30), en virtud del cual el usufructuario obtiene de la cosa transformada una utilidad diversa de aquella que podía darle la cosa históricamente determinada sobre la que se constituyó el usufructo, lo que hay que valorar desde el punto de vista jurídico es si las utilidades que pueden extraerse de los restos que quedan de la cosa originaria son idóneas para satisfacer el interés del usu-

(28) Como dice BUTERA, cuando lo que queda de la cosa perecida no es utilizable, falta el interés al goce. BUTERA, Antonio: *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli* (R. D. 30 gennaio 1941, n. 15), Libro della Proprietà, Parte Prima, UTET, Torino, 1941, p. 491.

(29) BARBERO: ob. cit., número 28, p. 107.

(30) Según BARBERO, se trata de una hipótesis de modificación cualitativa del usufructo, porque la cosa dada en usufructo cambia en su especie, pero sin destrucción en su materialidad. Ob. cit., número 125, pp. 477-478.

fructuario. En consecuencia, el interés a gozar de la cosa, que es el interés jurídicamente tutelado o protegido, siendo siempre el mismo, se va adecuando a la nueva naturaleza de la cosa.

De modo que la conservación de la forma y la sustancia de la cosa es un concepto dinámico, porque se adecua en cada momento a las variaciones que pueda experimentar la cosa material (31).

Si el edificio originario era el resultado de la unión del suelo y de los materiales que lo componían, la destrucción total del edificio deshace la unión de dichos elementos materiales. A consecuencia de la destrucción, el edificio considerado como unidad económica, en el que se integran el suelo ocupado por la construcción y los materiales de construcción, se transforma en un conjunto de cosas distintas y separadas, que recobran por ello su autonomía material y jurídica. Y como estas cosas tienen aptitud para procurar utilidad al usufructuario, no se admite la extinción del usufructo, sino que se conserva sobre los restos útiles.

La particularidad del supuesto contemplado radica en que se concede al propietario la facultad de reconstruir el edificio, reocupando el suelo y sirviéndose de los materiales, con la obligación de indemnizar al usufructuario con un capital en dinero, mientras dure el usufructo (32).

Por tanto, en el conflicto entre el interés del propietario a reconstruir y el interés del usufructuario a disfrutar del suelo y de los materiales, la ley prefiere el primero, ya que coincide con el interés social y económico de la reconstrucción de un bien destruido (33).

(31) El presente estudio nos ha permitido abordar de una determinada manera tanto el problema del objeto del derecho de usufructo como el problema del límite del goce expresado con el *salva rerum substantia*. Como es sabido, el límite de la conservación de la forma y la sustancia se estudia desde la perspectiva de la actividad a realizar por el usufructuario y se entiende como límite a la facultad de mejorar del usufructuario. Véase, por ejemplo, el libro de MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: *Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino" de las cosas en el Código Civil*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1.^a edición, 1992. También, respecto del Derecho romano, puede consultarse el libro de BRETONE, Mario: *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962, pp. 110 y ss.

(32) Como se ha dicho, es una regla de compensación basada en la equidad y en el fomento de la construcción. El usufructuario queda compensado con los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales por la desposesión del solar y de los materiales. DORAL: ob. cit., *sub* artículo 517, p. 549.

(33) DE MARTINO: ob. cit., *sub* artículo 1018, p. 345; BARBERO: ob. cit., número 125, p. 479. Como afirma App. Torino, 17 luglio 1940, se prefiere el interés del propietario a reconstruir en consideración a la equidad y al interés general, a fin de que terreno y materiales, que ya no forman el conjunto unitario del edificio, no permanezcan sin utilidad en las manos del usufructuario en perjuicio del propietario. *Il Foro Italiano*, volume LXV-Anno 1940, parte prima, p. 1202.

En España, DORAL: ob. cit., *sub* artículo 517, p. 548.

2. La facultad de proceder a la reconstrucción del edificio.

Hemos señalado antes que la ley ha considerado merecedor de tutela el interés del propietario a la reconstrucción del edificio destruido, concediéndole el derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales. Dicho lo cual, hay que preguntarse a continuación si el usufructuario tiene también la facultad de proceder a la reconstrucción.

Cuando el edificio llega a perecer de cualquier modo, el usufructuario tiene el derecho a gozar directamente del suelo y de los materiales, sea utilizando la sola área como tal, obteniendo así una particular utilidad diversa de aquella otra de la cosa –el edificio– sobre la que se constituyó originariamente el usufructo [como se ha dicho (34), el aprovechamiento del solar a efectos de aparcamiento de vehículos, puede tener destacada importancia económica], sea utilizando el área y los materiales según su originaria (concreta) destinación, sirviéndose de ellos para reconstruir el edificio (35).

Por tanto, el usufructuario puede también reconstruir el edificio, sin que se deduzca lo contrario del artículo 517. El legislador, en dicho artículo, persigue fundamentalmente dos objetivos: 1) instaurar el principio de la subsistencia del usufructo sobre el suelo y sobre los materiales; 2) limitar el derecho del usufructuario a disfrutar del suelo y de los materiales, reconociendo el derecho del propietario a construir otro edificio.

El usufructuario puede construir otro edificio sobre el solar porque la reconstrucción es una forma de goce del suelo y de los materiales y porque la reconstrucción no implica ninguna alteración de la forma y la sustancia de la cosa usufructuada, ya que el usufructo comprendía originariamente un edificio. En cambio, el propietario puede reconstruir el edificio, reocupando el suelo y sirviéndose de los materiales, porque la ley le ha concedido la facultad de reconstruir; sin dicha autorización legal, el propietario no puede reconstruir el edificio, ya que el usufructuario tiene la posesión, el uso y disfrute del solar y de los materiales, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el título constitutivo del usufructo o que mediara el consentimiento del usufructuario.

En conclusión, propietario y usufructuario ostentan la misma facultad de reconstruir el edificio, discutiéndose doctrinalmente cuál de los dos sujetos goza de preferencia a la hora de ejercitar dicha facultad.

La ley, ante el problema del perecimiento del edificio sobre el que se constituyó solamente el usufructo, trata de dar una solución equitativa a los intereses, abstractamente contrapuestos, de las partes de la relación

(34) MORENO QUESADA: ob. cit., *sub* artículo 517, p. 1370.

(35) MAGAZZÙ: “Il perimento della cosa...”, cit., p. 1252.

jurídica real: interés del usufructuario al goce directo del solar y de los materiales e interés del propietario a la reconstrucción del edificio destruido. Y partiendo de esta abstracta situación, la ley otorga preferencia al interés del propietario, ya que si éste decide reconstruir el edificio destruido tiene derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales. El ejercicio por parte del propietario de la facultad de reconstruir no está condicionado al previo consentimiento del usufructuario, el cual, aunque manifieste una voluntad contraria, debe dejar la posesión del suelo y de los materiales, permitiendo así al propietario la reconstrucción del edificio destruido. En este caso, el usufructo perdura como derecho real sobre el suelo y sobre los materiales, concretándose no obstante en el goce indirecto (36) de los mismos, o sea, en la percepción de los intereses sobre la suma correspondiente al valor del suelo y de los materiales (37), porque la reconstrucción del edificio está prevista para atribuir al propietario la propiedad plena del mismo (38).

Por tanto, si bien el usufructuario puede proceder a la reconstrucción del edificio, ello está condicionado a que el propietario no se oponga y renuncie a la facultad que la ley le concede (39). Dado el sistema de la ley en que prevalece el interés del propietario, el usufructuario, antes de ejercitar su facultad de reconstruir el edificio, tiene la carga de interpelar previamente al nudo propietario, por si quiere éste proceder a la reconstrucción, ya que su facultad de reconstruir prevalece sobre aquella del usufructuario; en caso de respuesta negativa, el usufructuario es libre de reconstruir (40). Es suficiente con que de cualquier modo conste la voluntad del propietario.

Se plantea la cuestión de si el propietario está sujeto a algún plazo para el ejercicio de la facultad de reconstruir. Sobre este particular, hay que decir que el propietario puede ejercitar su facultad a partir del perecimiento del edificio, y hasta que se extinga el usufructo, ya que no hay

(36) Sobre el concepto y las diversas formas de goce, véase GIORGIANNI, Michele: *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, R. Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1940, pp. 3 y ss.

(37) MAGAZZÙ: "Il perimento della cosa...", cit., p. 1253.

(38) BARBERO: ob. cit., número 126, p. 490.

(39) MAGAZZÙ: "Il perimento della cosa...", cit., p. 1252.

(40) PUGLIESE: ob. cit., número 139, p. 549.

Por tanto, el propietario no tiene la carga de paralizar el ejercicio de la facultad del usufructuario de proceder a la reconstrucción mediante una declaración de voluntad de querer construir él.

En sentido contrario se manifiesta BIONDI, autor para el que el derecho de reconstruir correspondería al usufructuario y a dicho derecho estaría subordinado el del propietario. Así que, en su opinión, es el propietario el que debe interpelar al usufructuario cuando pretenda reconstruir. *Usufrutto su un fondo...*, cit., p. 509.

razón alguna para limitar el derecho que se le reconoce al propietario (41).

Como el legislador considera merecedor de preferente tutela el interés del propietario a reconstruir el edificio destruido, concediéndole el derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, y como, además, el propietario puede ejercitar su facultad de reconstruir en cualquier momento previo a la extinción del usufructo, de ello deriva que el usufructuario no debe ejercitar su derecho a gozar directamente del suelo y de los materiales de modo que impida al propietario realizar su propósito de reconstruir el edificio destruido. Por tanto, el usufructuario debe hacer compatible el goce directo del suelo y de los materiales con el respeto al derecho que la ley reconoce al propietario de ocupar el suelo y de servirse de los materiales para reconstruir el edificio destruido; de lo contrario, traspasaría los límites de su derecho y el propietario podría exigirle responsabilidades.

3. Los materiales de construcción.

Admitida la facultad del usufructuario de proceder a la reconstrucción, se plantea el problema de determinar la posición del usufructuario respecto a los materiales.

En la doctrina italiana (42), el debate se centra en si puede aplicarse a dichos materiales la disciplina (del usufructo) de las cosas consumibles, porque de ser ello posible, se indica, el usufructuario se convertiría en propietario de los materiales, lo que, en teoría, debería comportar la posibilidad de hacer con ellos lo que quiera: no sólo consumirlos, reemplazarlos en la construcción del edificio, sino también destruirlos, enajenarlos, etc., salvo el deber de restituir el *tantundem* o el valor en dinero al término del usufructo. Así que, se añade, podría, de hecho, esfumarse el derecho que, *medio tempore*, la ley reconoce al propietario, además de ocupar el suelo, de valerse de los materiales para la reconstrucción.

Como se observa, a la posición doctrinal citada le resulta difícil incluir los materiales de construcción en la categoría de las cosas consumibles, ya que parte de la base de que el usufructuario de una cosa consumible se convierte en propietario de la misma, pudiendo como tal disponer libremente de la cosa, lo que es incompatible con el derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales que la ley reconoce al propietario que pretende reconstruir el edificio perecido.

Para otra corriente doctrinal, en el usufructo de una cosa consumible

(41) MORENO QUESADA: ob. cit., *sub* artículo 517, p. 1370.

(42) BIGLIAZZI GERI: ob. cit., número 69, p. 259; MAGAZZÙ: “Il perimento della cosa...”, cit., pp. 1252-1253.

el usufructuario no ejerce sobre la cosa consumible un derecho derivado del dominio, sino un derecho de goce, y este derecho de goce lo ejerce a través de la posesión. Lo único que ocurre es que para usar y percibir una utilidad del objeto hay que hacerlo desaparecer, efecto que no resulta directamente del derecho de usufructo, sino del objeto en sí (43).

Partiendo de este planteamiento, conforme al cual el usufructuario no adquiere la propiedad de las cosas consumibles, el problema consiste en determinar si los materiales de construcción se pueden catalogar o no como cosas consumibles, según las definiciones contenidas en los artículos 337 y 482 del Código Civil español. Si se reserva el concepto de lo consumible para las cosas muebles que al utilizarlas según su uso normal y regular se destruyen o desaparecen, entonces los materiales de construcción (tablones, vigas, ladrillos, tejas, losas, etc.) no entrarían dentro de la categoría de las cosas consumibles, por cuanto el uso de los materiales para construir no implica la destrucción de los mismos, sino su transformación o inutilización (44).

Con la destrucción total del edificio los materiales de construcción vuelven a recuperar su individualidad, situación que hace posible que puedan ser utilizados de nuevo como materiales para la construcción de otro edificio. Por tanto, la particularidad de las cosas que sirven de materiales para construir reside en que el uso continuado al que son destinadas, aquel de constituir partes integrantes de un edificio, no llega a destruirlas. Por eso a los materiales que resten del perecimiento del edificio no se adapta la disciplina de las cosas consumibles (45).

4. La situación del usufructuario que reconstruye.

Algunos autores (46) consideran que el usufructuario que reconstruye nada añade al suelo ni lo mejora, puesto que el usufructo se referiría sólo al edificio destruido. Y cada uno deduce sus consecuencias de esta premisa previa:

a) DE MARTINO (47) afirma que el usufructuario que reconstruye el edificio se encuentra en la situación del tercero constructor de mala fe

(43) Véase el lúcido análisis de TORRELLES TORREA, Esther: *El usufructo de cosas consumibles*, Estudio preliminar de Mariano ALONSO PÉREZ, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2000, pp. 232 y ss.

(44) TORRELLES: ob. cit., pp. 141-142.

(45) MAGAZZÙ: "Il perimento della cosa...", cit., p. 1252; TORRELLES: ob. cit., p. 142.

(46) DE MARTINO: ob. cit., *sub* artículo 1018, p. 345; BIONDI: *Usufrutto su un fondo...*, cit., p. 510.

(47) Ob. y lug. últ. cit.

(art. 936 CC it.). Por consecuencia, el usufructuario, en su opinión, no puede invocar a su favor el artículo 986, último párrafo, que reenvía al artículo 985, del Código italiano.

b) BIONDI (48) afirma por su parte que al cesar el usufructo el usufructuario no tiene derecho al reembolso de los gastos realizados, porque no existe ningún enriquecimiento por parte del propietario.

También un antiguo autor italiano (49) considera que el usufructuario que procede a la reconstrucción del edificio debe ser tratado como un tercero que construye de mala fe sobre el terreno de otro, ya que el usufructuario no tiene derecho a reconstruir el edificio destruido, sino exclusivamente el propietario, lo que, a su juicio, encuentra apoyo en la expresión del texto del artículo 520 CC italiano 1865: “*ove il proprietario intenda di costruire un altro edificio*”. Salvo que el propietario le hubiese permitido al usufructuario reedificar, bien expresamente o bien tácitamente (cuando no se opone o no protesta), en cuyo caso entiende que comienza un nuevo usufructo.

Nosotros no compartimos la opinión doctrinal que estima que el usufructuario que reconstruye debe ser tratado como un tercero constructor de mala fe, aplicando las reglas de la accesión. Como hemos señalado anteriormente, es necesario no perder de vista que el usufructuario que construye tiene el derecho a gozar del suelo y de los materiales, pudiendo usarlos para construir otro edificio. La reconstrucción constituye un modo posible de gozar tales cosas, que se corresponde con la utilización originaria de los mismos, cuando componían el edificio destruido (50).

Si la accesión presupone que se haya producido una invasión ilegítima en la esfera jurídica del propietario de la cosa principal (51), en la hipótesis objeto de estudio la reconstrucción del edificio por parte del usufructuario supone el ejercicio por éste de su facultad de proceder a la reconstrucción. En consecuencia, no puede calificarse de ilícita la ocupación del área por parte del usufructuario. Es cierto que el edificio destruido era el objeto único del usufructo (en el sentido, como ya hemos explicado, de que el edificio no forma parte de una finca, de que no viene tomado en consideración como accesorio de una finca, la cual sería el verdadero objeto del usufructo, y no en el sentido de que el edificio sea la única cosa sujeta a usufructo, pues es evidente que en torno al edificio,

(48) Ob. y lug. últ. cit.

(49) BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice civile italiano*, volume secondo, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Roma-Napoli, 1872, *sub* artículos 519-520, párrafo 1052, pp. 468-469.

(50) Por todas estas razones, PUGLIESE califica la reconstrucción de lícita. Y si es lícita, y no ilícita, el artículo 936 del Código italiano es inaplicable. Ob. cit., número 139, p. 549, nota 13.

(51) NICOLÒ: ob. cit., p. 617.

verdadero objeto del usufructo en cuanto fundo él mismo y no como accesorio del fundo, puede existir un jardín u otra superficie en relación de accesorio a principal), pero a raíz de la destrucción total del edificio originario el usufructo sufre una metamorfosis, en el sentido de que perdura sobre el suelo y sobre los materiales, que son cosas distintas de la originaria. En eso consiste la modificación del usufructo, en que muda o cambia el elemento material sobre el que recae, cuyo efectivo goce procura al usufructuario una particular utilidad, indudablemente diversa de aquella que le proporcionaba el edificio.

Rechazado que el usufructuario deba ser tratado como un tercero constructor de mala fe, parece que no cabe mantener lo mismo cuando el usufructuario reconstruye mediando la oposición del propietario que quiere construir. En dicho caso, en que prevalece el derecho del propietario a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, el usufructuario que reconstruye será tratado como un tercero constructor de mala fe según las reglas de la accesión, porque cabe considerar la ocupación del terreno por parte suya como un acto objetivamente ilícito (52).

La tesis según la cual la reconstrucción del edificio nada añade al suelo en que se realiza ni lo mejora, porque el usufructo se refería exclusivamente al edificio, olvida que como consecuencia del perecimiento total del edificio se produce la modificación del usufructo, en el sentido anteriormente indicado de cambio del elemento material sobre el que recae el derecho del usufructuario. Por efecto del perecimiento el usufructo del edificio se ha transformado en usufructo del suelo y de los materiales, y esta realidad material constituye, al tiempo de la reconstrucción, la situación jurídica de partida, respecto de la cual debe compararse la reconstrucción misma efectuada por el usufructuario (53).

Como hemos dicho ya, la reconstrucción del edificio es una forma de goce del suelo y de los materiales. Cuando el edificio perece totalmente

(52) DORAL afirma que “de construir el usufructuario contra el permiso del nudo propietario, será tenido por tercero según las reglas de la accesión”. Ob. cit., *sub* artículo 517, p. 549.

En ese caso, las consecuencias son claras. El usufructuario tendrá derecho a disfrutar del edificio durante todo el tiempo en que habría tenido derecho a disfrutar del suelo y de los materiales, salvo que el propietario quiera construir un diverso edificio sobre el suelo mismo y pida por ello la demolición de lo reconstruido por el usufructuario. Véase PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Il Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, 7.^a edizione riveduta e corredata della giurisprudenza posteriore alla sesta dal Sen. Giulio VENZI, volume primo, *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione* (art. 406-530 del Cod. Civ.), UTET, Torino, 1927, *sub* artículo 520, p. 627; RICCI, Francesco: *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, seconda edizione riveduta dall'autore, volume II, *Dei beni, della proprietà e sue modificazioni*, UTET, Torino, 1886, número 244, p. 303.

(53) BARBERO: ob. cit., número 125, p. 480. Le sigue BIGLIAZZI GERI: ob. cit., número 69, p. 260.

y quedan restos útiles de la cosa originaria, el usufructo se conserva sobre el suelo y sobre los materiales porque objetivamente se estima, atendiendo al actual estado del fundo, que el goce todavía es posible. La nueva situación de hecho que surge tras la destrucción total del edificio hace posible la realización del interés originariamente tutelado. Luego, atendiendo al estado actual de la cosa, la reconstrucción no aparece como algo imprescindible o necesario para que la cosa usufructuada siga produciendo utilidad. Por otra parte, si el usufructuario utiliza el suelo y los materiales según su originario destino, sirviéndose de ellos para construir otro edificio, la nueva construcción es el resultado de imprimir a los elementos materiales que restan del edificio destruido la disposición originaria, añadiendo o no elementos materiales nuevos, pero que en todo caso se compenetran y confunden con los elementos originarios. El edificio, por sí mismo, constituye una mejora de la finca en que se realiza, puesto que supone un incremento de valor y a menudo de la productividad del suelo (54). La cosa materialmente nunca ha dejado de ser la misma, un fundo urbano, pero la reconstrucción del edificio da lugar a un incremento cualitativo del fundo urbano, porque pasa a ser nuevamente fundo urbano edificado. Reconociendo con MASI (55) que es delicado el problema de la distinción entre reparación extraordinaria y mejora, para nosotros la reconstrucción del edificio llevada a cabo por el usufructuario constituye antes una mejora que una reparación extraordinaria (56).

5. La reconstrucción del edificio por el propietario: consecuencias.

Según el párrafo 2.º del artículo 517 del Código Civil español, si el propietario decide reconstruir, deberá pagar al usufructuario los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales, mientras dure el usufructo.

Como dice MAGAZZÙ (57), el legislador, respecto al interés del usufructuario al *goce directo* del suelo y de los materiales, ha considerado

(54) ALONSO PÉREZ, Mariano: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel ALBALADEJO, tomo V, volumen 1.º (arts. 333 a 391 del Código Civil), 2.ª edición, EDERSA, Madrid, 1990, *sub* artículo 358, p. 325.

(55) MASI, A.: “Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto”, en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro RESCIGNO, 8, *Proprietà*, tomo secondo, UTET, Torino, 1982, ristampa 1984, p. 483.

(56) Es de otra opinión BERCOVITZ: *El seguro de usufructo en el Código Civil*, cit., pp. 191 a 193.

Problema distinto es el de la indemnizabilidad o no de las mejoras. Véase sobre esta cuestión las interesantes observaciones que se contienen en LACRUZ BERDEJO *et al.*: ob. cit., párrafo 35, número 183, pp. 28-29.

(57) “Il perimento della cosa...”, cit., pp. 1253-1254.

digno de preferente tutela el interés del propietario a la reconstrucción del edificio destruido, concediéndole el *derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales*. Pero eso no significa que sea atribuido al propietario el poder de hacer cesar unilateralmente el usufructo o que la reconstrucción del edificio por obra del propietario produzca la extinción del usufructo. Ciertamente es en cambio que el propietario, valiéndose de aquel derecho, viene a tomar *posesión* del suelo y de los materiales, y todavía el usufructo persiste como derecho real sobre el suelo y sobre los materiales, concretándose en el *goce indirecto* de los mismos, o sea, en la percepción de los *intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales*. Una situación análoga, añade, encontramos en presencia de abusos del usufructuario, cuando los bienes son dados en posesión al propietario (art. 1015, 2.º, Código Civil italiano) (58).

Algunos autores, dentro y fuera de España, entienden que la reconstrucción por parte del propietario produce la extinción del usufructo, como tal, y el nacimiento de un derecho de crédito en favor del usufructuario (59).

Dicha tesis se concilia mal con la declaración de la ley, que habla de la obligación del propietario de pagar, mientras dure el usufructo, los intereses (60). Siguiendo a MAGAZZÙ (61), no es cierto que un derecho de crédito sustituye al derecho real de usufructo que se extingue, porque el usufructuario *continúa disfrutando indirectamente*, “durante el usufructo”, y por este título, del suelo y de los materiales, percibiendo *los intereses* de las sumas correspondientes al *valor* de los mismos, y el (la utilidad que se consigue del) goce indirecto de la cosa entra perfectamente en el objeto del usufructo (62). Lo único que cambia es el elemento material del

(58) También el artículo 520 del Código Civil español, en la hipótesis de abuso del usufructuario, contempla la posibilidad de goce indirecto en el usufructo. En efecto, en dicha hipótesis la consecuencia jurídica prevista no consiste en la extinción del derecho de usufructo, sino en la pérdida del disfrute directo del bien usufructuado por parte del usufructuario, produciéndose, en consecuencia, una modificación en su posesión, ya que el usufructuario pasa a ostentar la posesión mediata, el goce indirecto sobre el bien usufructuado. Así CATALÀ ROS, Rosa: *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código Civil*, McGraw-Hill/Interamericana de España, SA, Madrid, 1995, pp. 100 y ss.

(59) En Italia, NICOLÒ: ob. cit., p. 708; en España, afirma ATAZ LÓPEZ, la opción de reconstruir por parte del propietario, según la mayor parte de la doctrina, implicará una extinción del usufructo. Ob. cit., *sub* artículos 513 a 522, p. 854.

(60) En estos términos se pronuncia BARBERO respecto del Derecho italiano. Ob. cit., número 125, pp. 480-481.

(61) “Il perimento della cosa...”, cit., p. 1254.

(62) También en la hipótesis de pérdida del disfrute directo del bien usufructuado a consecuencia del abuso del usufructuario, que lleva aparejada la obligación que debe asumir el nudo propietario de “pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma [la cosa usufructuada], después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración”, algunos autores afirman que la aplicación de dicha consecuencia jurídica provoca

usufructo, ya que en el puesto del suelo y de los materiales se coloca por la ley los intereses correspondientes al valor de los mismos. De modo que el usufructo se especifica en una particular utilidad: aquella especie de utilidad que corresponde al goce indirecto de la cosa.

Pasando a otra cuestión relativa a los intereses, la obligación legal de pagar los intereses al usufructuario nace en el momento en que comienza la ocupación del suelo o la utilización de los materiales, sin esperar a que se haya terminado la construcción (63). Es justo que a partir del momento en que el propietario ostenta la posesión inmediata del solar o de los materiales, el usufructuario quede compensado con los intereses por la pérdida del disfrute directo de dichos bienes. La preferencia que la ley otorga al interés del propietario a la reconstrucción del edificio destruido no debe realizarse en daño del usufructuario, cosa que habría ocurrido si la ley hubiese permitido al propietario reconstruir sin asumir ningún sacrificio por recibir la ostentación material de la cosa usufrutuada que pierde el usufructuario, mientras este sacrificio recae enteramente sobre el usufructuario, que por todo el tiempo de la reconstrucción permanece privado del goce directo de la cosa. Reconstrucción, no se olvide tampoco, que puede terminarse cuando el usufructo ya se ha extinguido.

En cuanto a la cuantía de los intereses, será la que resulte de aplicar el tipo de interés legal al valor del suelo y de los materiales en el momento en el que comienza la ocupación, fijado por acuerdo de las partes o, en su defecto, por peritos (64).

El valor será el de la totalidad del suelo y de los materiales, con independencia de que no se utilicen completamente, pues, salvo pacto con el usufructuario, el propietario no puede hacer una opción parcial (65).

Reconstruido el edificio por el propietario, el usufructo no “revive” sobre el nuevo edificio, porque la reconstrucción del edificio en el artículo 517 del Código Civil español está prevista con la finalidad de atribuir al propietario la propiedad plena del mismo (66). Lo cual no quiere decir

la transformación del derecho de usufructo (y su consecuente extinción) en una renta anual en favor del usufructuario. Véase CATALÀ: ob. cit., pp. 80 y ss.

Pero como afirma esta última autora (p. 87), “La sanción del artículo 520 del Código Civil no supone la extinción del derecho de usufructo, y prueba de ello es el hecho de que la obligación de pagar una determinada renta anual al usufructuario pervive hasta el momento en que el usufructo debiera cesar”.

(63) MORENO QUESADA: ob. cit., *sub* artículo 517, p. 1370.

(64) MORENO QUESADA: *ibídem*.

(65) MORENO QUESADA: ob. cit., *sub* artículo 517, pp. 1370-1371.

(66) Otro planteamiento radicalmente distinto hay que hacer cuando el edificio no perece totalmente, sino sólo en parte, porque en este caso, si el propietario reconstruye la parte destruida, el usufructo recaerá sobre dicha parte, como sobre toda reparación extraordinaria. PACIFICI-MAZZONI: ob. cit., *sub* artículo 520, p. 625.

que el usufructuario no pueda volver a gozar del nuevo edificio, pero será necesario para ello: a) o que se constituya un nuevo usufructo por cualquiera de los mecanismos de constitución que la ley reconoce, también cuando haya sido intención de las partes considerarlo como continuación del anterior (67); b) o que se estipule la persistencia del usufructo antes de la reconstrucción, en cuyo caso la previsión legal queda derogada por la voluntad privada (68).

Si el edificio reconstruido por el propietario parece de nuevo, el usufructuario recuperaría el goce directo del suelo (69).

6. La reconstrucción del edificio por un tercero.

Puede ocurrir que la reconstrucción del edificio no la realice ni el propietario ni el usufructuario, sino un tercero. En dicha hipótesis, el conflicto se resuelve aplicando las reglas de la accesión.

Si el tercero que edifica es de buena fe, la accesión se produce, porque no puede darse en este caso el derecho a exigir la demolición o destrucción, correspondiendo al propietario el pago de la indemnización si opta por adquirir el edificio (art. 361 CC español). Si el tercero que edifica es de mala fe, el dueño del terreno puede, o consolidar la accesión o impedirla si no le conviene (arts. 362 y 363 CC español); pero existiendo el usufructo, se dice (70), a la elección debe concurrir el usufructuario.

Nosotros pensamos que en la hipótesis objeto de estudio prácticamente el concurso del usufructuario se reduce a la nada. En efecto, si el propietario opta por la demolición de la obra y el usufructuario opta por conservar lo construido, este último no puede conservar la obra, por cuanto a él mismo no le está permitido proceder directamente a la reconstrucción del edificio cuando media la oposición del propietario que quiere construir. Y si el propietario opta por la conservación de la obra y el usufructuario opta por la demolición, el propietario puede conservar la obra no obstante la oposición del usufructuario, no sólo porque el derecho a conservar la obra corresponde esencialmente al propietario, sino además porque el propietario tiene la facultad, preferente a la del usufructuario, de proceder él mismo a la reconstrucción del edificio. De modo que en este último caso en que el propietario puede conservar la obra realizada por el tercero, incurre en responsabilidad el usufructuario que procede arbitrariamente a la demolición del edificio (71).

(67) DE MARTINO: ob. cit., *sub* artículo 1018, p. 345.

(68) BARBERO: ob. cit., número 125, p. 481.

(69) MAGAZZÙ: "Il perimento della cosa...", cit., p. 1254.

(70) PUGLIESE: ob. cit., número 77, p. 275.

(71) Cfr. VENEZIAN: ob. cit., II, número 238, p. 149; DE MARTINO: ob. cit., *sub* artículo 983, p. 194.

7. El perecimiento total del edificio imputable al usufructuario, al propietario o a un tercero.

Conviene decir que todo el régimen descrito hasta ahora se asienta en el hecho de que el perecimiento total del edificio haya sido fortuito, es decir, no imputable a título de dolo o culpa a ninguna de las personas antes mencionadas.

Pero lo esencial no cambia tampoco si el perecimiento no es consecuencia de caso fortuito: el usufructo subsiste también sobre el suelo y sobre los materiales, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano, donde el usufructo se extinguía definitivamente, sin perjuicio de reconocer al perjudicado acción contra el autor del ilícito (72).

Como lo que persigue el legislador moderno en la hipótesis examinada es establecer el principio de que la transformación de la cosa no produce la extinción del usufructo, puesto que, no obstante la destrucción total del edificio, el usufructo continúa sobre los restos, siempre que conserven utilidad económica, es tarea estéril indagar la causa de la destrucción. La ley nos dice que cualquiera que sea la causa, en la relación entre propietario y usufructuario, que es el plano al que se refiere la norma, el usufructo se conserva sobre el suelo y sobre los materiales. Por tanto, la relación jurídica real no se extingue, sino que se modifica, en el sentido de que cambia el elemento material.

Dicho lo cual, cuando la destrucción total del edificio proviene de una causa imputable a un tercero, al usufructuario o al nudo propietario, entonces entran en juego las normas que regulan la responsabilidad civil.

Si el perecimiento del edificio ha sido producido por el usufructuario o por el nudo propietario, éstos son responsables el uno hacia el otro de los daños causados y deben resarcirlos. El resarcimiento tiene lugar según los principios generales acogidos por nuestro legislador en materia de responsabilidad civil y la suma pagada no es objeto de un ulterior usufructo, ni impide, de por sí, que el usufructo continúe sobre los restos útiles (73). Pero en caso de responsabilidad del usufructuario, el nudo propietario podrá invocar la sanción prevista en el artículo 520 del Código Civil español.

El resarcimiento se fundamenta en la responsabilidad contractual del usufructuario o del propietario, según quien haya sido el autor de la destrucción. En el caso del usufructuario, su responsabilidad es contractual porque el perecimiento del edificio por una causa a él imputable supone una infracción del deber de conservar la forma y sustancia del bien, así como del deber de cuidarlo con la diligencia de un buen padre de fami-

(72) DEIANA, Giommaria: "Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto", en *Rivista del Diritto Commerciale*, Anno XLIV (1946), parte prima, p. 315.

(73) PUGLIESE: ob. cit., número 139, p. 550.

lia (arts. 467 y 497 CC español). En el caso del propietario, su responsabilidad es también contractual porque el perecimiento del edificio por una causa a él imputable supone una infracción del deber de no alterar la forma y sustancia de la cosa ni hacer en ella nada que perjudique el valor del usufructo o el derecho del usufructuario (arts. 489 y 503, segunda parte, CC español) (74).

El resarcimiento puede tener lugar en forma específica (75). Por tanto, el perjudicado por la destrucción del edificio tiene derecho a exigir al responsable de dicha destrucción, a título de resarcimiento, la reposición de la cosa dañada a su estado primitivo, a su estado anterior a la causación del daño (*restitutio in integrum*), con la finalidad de que la cosa reconstruida dé la misma especie de utilidad que proporcionaba la cosa destruida. En tal caso, la reconstrucción del edificio constituye la actuación de un deber.

Y cuando el perecimiento es imputable a un tercero, éste es responsable, vía responsabilidad extracontractual o, en su caso, contractual, caso de existir vinculación contractual previa, del daño producido tanto al usufructuario como al propietario, en la medida de la lesión del interés de uno y de otro. Y el resarcimiento puede tener lugar también en forma específica, si los interesados la exigen.

No obstante lo dicho, el hecho de que el perecimiento del edificio se deba al comportamiento de un tercero no excluye la responsabilidad del usufructuario, cuando se demuestre que ha incumplido su obligación de cuidar la cosa dada en usufructo como un buen padre de familia (art. 497 CC español) (76).

(74) Según PUGLIESE, el daño indemnizable producido por el propietario consistirá en la diferencia entre el valor del usufructo originario y el valor del usufructo que sobrevive, más los intereses desde el día del perecimiento hasta el día del pago. Ob. cit., número 139, p. 550.

(75) Se ha señalado que en nuestro Derecho prevalece el criterio de la indemnización o prestación del *id quod interest* sólo cuando no sea posible el cumplimiento de la prestación en forma específica. SANTOS BRIZ, Jaime, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel ALBALADEJO, tomo XXIV (arts. 1887 a 1929 del Código Civil), EDESA, Madrid, 1984, sub artículo 1902, pp. 188 y ss.

(76) Como se ha dicho, el contenido de la obligación de cuidar la cosa es muy variado, pudiendo sólo hacerse indicaciones enunciativas por vía de ejemplo. Esta obligación no sólo impone comportamientos negativos (p. ej., deber de no realizar actos que perjudiquen a la cosa), sino positivos, entre otros, deber de impedir la realización de actos por parte de terceros que pongan en peligro la integridad o buen estado de la cosa y deber de poner en conocimiento del propietario los posibles actos lesivos de terceros que afecten a su derecho (art. 511 CC español). GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES et al., tomo I, cit., sub artículo 497, p. 1326; NAVARRO CASTRO, Miguel: *Comentarios al Código Civil*, III, Libro Segundo (tít. I a VIII), coordinador: Joaquín RAMS ALBESA, cit., sub artículos 497 a 503, p. 793; BELUCHE RINCÓN, Iris: *La relación obligatoria de usufructo*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1996, pp. 114 y ss.

Estando obligado el usufructuario al cuidado de la cosa, de ello deriva que en caso de perecimiento total o parcial de la cosa incumbe al usufructuario la carga de probar que el perecimiento se ha debido a una causa a él no imputable. NICOLÒ: ob. cit., p. 676.

Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III, *Derecho de bienes*, novena edición, puesta al día con la colaboración de José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Librería Bosch, SL, Barcelona, 2001.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel ALBALADEJO, tomo V, volumen 1.º (artículos 333 a 391 del Código Civil), 2.ª edición, EDESA, Madrid, 1990.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Comentarios al Código Civil*, III, libro segundo (títulos I a VIII), coordinador: Joaquín RAMS ALBESA, José M.ª Bosch, editor-Librería Bosch, SL, Barcelona, 2001.
- AUBRY (C.) y RAU (C.): *Cours de Droit Civil français*, cinquième édition revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau-Ch. Falcimaigne avec la collaboration de M. GAULT, Tome DEUXIÈME, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1897.
- BARBERO, Domenico: *L'usufrutto e i diritti affini*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) y CHAUVEAU (M.): *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des biens*, v. 6, troisième édition, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1905.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: *La relación obligatoria de usufructo*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "El seguro de usufructo en el Código civil", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1976, pp. 169 y ss.
- BIGLIAZZI GERI, Lina: "Usufrutto, uso e abitazione", en *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio CICU-Francesco MESSINEO: continuato da Luigi MENGONI, volume XI, t. I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.
- BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice Civile italiano*, volume secondo, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Roma-Napoli, 1872.
- BRETONE, Mario: *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962.
- BUTERA, Antonio: *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli* (R. D. 30 gennaio 1941, n. 15), *Libro della Proprietà*, parte prima, UTET, Torino, 1941.
- CATALÀ ROS, Rosa: *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código Civil*, McGraw-Hill/Interamericana de España, SA, Madrid, 1995.
- CLEMENTE MEORO, M., en A. LÓPEZ et al.: *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- COMPORTI, Marco: "Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo", en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972, pp. 715 y ss.
- DE MARTINO, Francesco: "Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione", en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, libro terzo, *Della Proprietà*, art. 957-1026, quarta edizione aggiornata, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1978.

- DEIANA, Giommara: “Surrogazione dell’indennità alla cosa in usufrutto”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Anno XLIV (1946), parte prima, pp. 315 y ss.
- DEMOLOMBE: *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation*, troisième édition, tome second, Libraires Auguste Durand-L. Hachette e Cie., Paris, 1866.
- DOMAT, G.: *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, nuova edizione eseguita sulla traduzione stampata in Napoli purgata da molti errori, con discorso e alcune note del professore A. PADOVANI, tomo II, Pavia, 1825.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 1.º (artículos 467 a 529 del Código Civil), 2.ª edición, EDESA, Madrid, 1992.
- El Digesto de Justiniano*, tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19, versión castellana por A. D’ORS *et al.*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZARES *et al.*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1852.
- GIORGIANI, Michele: *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, R. Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1940.
- GROSSO, Giuseppe: “Usufrutto e mutamenti della cosa”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, volume XXXIX (1941), parte seconda, pp. 53 y ss.
- *Usufrutto e figure affini nel Diritto romano*, seconda edizione ampliata, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1958.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis) *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *De rechos reales*, volumen segundo, segunda edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2004.
- Las Instituciones de Justiniano*, versión española de Francisco HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Editorial Comares, SL, Granada, 1998.
- MAGAZZÙ, Andrea: “Il perimento della cosa e la teoria dell’efficacia giuridica”, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, volume I, tomo 2, *Diritto civile*, Pubblicazioni dell’Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, N. 107, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978, pp. 1201 y ss.
- “Perdita ed estinzione dei diritti”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1982, pp. 973 y ss.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: *Los conceptos de “sustancia”, “forma” y “destino” de las cosas en el Código Civil*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1.ª edición, 1992.
- MASI, A.: “Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto”, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro RESCIGNO, 8, *Proprietà*, tomo secondo, UTET, Torino, 1982, ristampa 1984.

- MESSINETTI, Davide: "Oggetto dei diritti", en *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 808 y ss.
- MORENO QUESADA, Bernardo: *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES *et al.*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código Civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Pedro de APALATEGUI, tomo IX, *Del Usufructo, del Uso y de la Habitación*, 5.^a edición, corregida y aumentada, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, SA, Madrid, 1948.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: *Comentarios al Código Civil*, III, libro segundo (títulos I a VIII), coordinador: Joaquín RAMS ALBESA, José M.^a Bosch, editor-Librería Bosch, SL, Barcelona, 2001.
- NICOLÒ, Rosario: "Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione", en *Commentario del Codice civile*, diretto da Mariano D'AMELIO, *Libro della Proprietà*, SAG Barbèra, Editore, Firenze, 1942.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Il Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, 7.^a edizione riveduta e corredata della giurisprudenza posteriore alla sesta dal Sen. Giulio VENZI, volume primo, *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione (art. 406-530 del Cod. Civ.)*, UTET, Torino, 1927.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: "El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)", *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 4.^a, Fuentes y Bibliografía, volumen I, Madrid, 1965.
- PLANIOL (Marcelo) y RIPERT (Jorge): *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducción española del Dr. Mario DÍAZ CRUZ, tomo tercero, *Los bienes*, con el concurso de Mauricio Picard, Editor Juan Buxó, Habana, 1930.
- POTHIER, G. R.: *Trattato del vedoville*, seconda edizione italiana, Fratelli Vignozzi e nipote, Livorno, 1842. Colección: *Opere di GR Pothier*, contenenti i trattati del Diritto francese, seconda edizione italiana, eseguita su quella pubblicata a Parigi per cura del signor Dupin Seniore, tomo primo, Fratelli Vignozzi e nipote, Livorno, 1841.
- PROUDHON: *Trattato dei diritti d'usufrutto, d'uso personale e di abitazione*, prima versione italiana sulla seconda ed ultima edizione francese, col confronto e le osservazioni relative alle leggi delle due Sicilie e con una copiosissima tavola delle materie, per cura de Giuseppe CIOPI, volume secondo, Napoli, Nello Studio Editorio, 1845. Colección: *Opere di Proudhon*, volumen IV.
- PUGLIATTI, Salvatore: "Beni (Teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, V, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1959, pp. 164 y ss.
- "Cosa (Teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, XI, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1962, pp. 19 y ss.
- PUGLIESE, Giovanni: "Usufrutto, uso, abitazione", en *Trattato di Diritto civile italiano*, redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo VASSALLI, volume quarto, tomo quinto, UTET, Torino, 1954.

- RICCI, Francesco: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, seconda edizione riveduta dall'autore, volume II, *Dei beni, della proprietà e sue modificazioni*, UTET, Torino, 1886.
- RODDI, Cesare: *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in Diritto romano*, R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, Serie II, Memoria XXXIII, Torino, 1936.
- SANTOS BRIZ, Jaime: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel ALBALADEJO, tomo XXIV (artículos 1887 a 1929 del Código Civil), EDERSA, Madrid, 1984.
- SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Università di Roma-Facoltà di Giurisprudenza, *Studi di Diritti civile*, diretti da Rosario NICOLÒ e Francesco SANTORO-PASSARELLI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982.
- SESMA URZAIZ, María Victoria: *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en Derecho romano*, Editorial Kronos, Zaragoza, 1996.
- TORRELLES TORREA, Esther: *El usufructo de cosas consumibles*, Estudio preliminar de Mariano ALONSO PÉREZ, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2000.
- VENEZIAN, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, traducción castellana por la revista con retrato del autor y con una noticia biográfica por Rafael ATARD, anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por José CASTÁN TOBEÑAS, tomo II, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B, volumen VIII, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo: "Cosa", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, IV, UTET, Torino, 1989, pp. 438 y ss.

EL NEGOCIO JURÍDICO SOBRE EL RANGO HIPOTECARIO

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

Doctor por la Universidad de Oviedo.

Protitular de Derecho Civil.

Pontificia Universidad Católica Argentina

SUMARIO: **I.** MODIFICACIONES LEGALES Y VOLUNTARIAS A LA PRIORIDAD REGISTRAL. **II.** RECEPCIÓN LEGAL DEL NEGOCIO JURÍDICO SOBRE EL RANGO HIPOTECARIO. **III.** LA CAUSA DE ESTOS NEGOCIOS. **IV.** SU CARÁCTER DISPOSITIVO. **V.** PRESUPUESTOS FORMALES: ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN. **VI.** TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN. **A)** La permuta de rangos. **1.** *Consideraciones generales sobre el contrato de permuta.* **2.** *La naturaleza jurídica de la permuta de rangos.* **3.** *Requisitos.* **B)** La posposición. **1.** *Rasgos básicos.* **2.** *Requisitos.* **3.** *Efectos.* **C)** La reserva de rango. **1.** *La reserva de rango en el Derecho Comparado: su regulación en el BGB.* **2.** *La reserva de rango en el Derecho español.* **3.** *La interposición de terceros.* **4.** *Exégesis del artículo 241 RH.* **D)** El convenio sobre la igualdad de rango. **E)** La postergación de rango. **VII.** SUPUESTOS ESPECIALES. **A)** La posposición de la condición resolutoria. **1.** *Noción.* **2.** *Requisitos.* **3.** *La doctrina de la Dirección General en la materia.* **B)** El negocio jurídico sobre el rango del embargo anotado. **C)** La negociación del rango durante la fase ejecutiva.

I. Modificaciones legales y voluntarias a la prioridad registral

Por principio, la prioridad registral de un derecho viene determinada por el momento de su presentación en el Registro. Esto, que puede parecer una obviedad, no lo es tanto si tenemos en cuenta que existen ordenamientos donde se implementa con gran éxito la reserva de prioridad, esto es, se concede rango registral a un derecho cuando todavía no se encuentra propia y formalmente constituido (1). Entre nosotros, en cambio, y como se introduce, será a partir del instante de la presentación que el correspondiente derecho gane posición sobre los que accedan más tarde, bien impidiendo su inscripción, bien condicionándolos en su ejercicio.

Siendo ésta la regla general, los particulares pueden sustraerse a sus efectos, permitiendo que un derecho se anteponga en rango, o incluso cierre el paso a otro presentado antes. Estas operaciones encuentran su fundamento en la autonomía de la voluntad o, más concretamente, en el principio de libertad de contratación. Si llegar a estar inscrito y ocupar uno u otro puesto en la escala tabular no resulta indiferente para las expectativas económicas del titular, el ordenamiento debe admitir esta clase de pactos. Podría argüirse en contra de tal razonamiento la naturaleza de orden público del procedimiento registral, el cual obligaría a rechazar la disponibilidad de sus normas, tanto en el momento inicial de la presentación como en el posterior en el que los títulos ya hubieran sido despachados. Sin embargo, la autorregulación no está desterrada en este ámbito. Antes bien, se le reconoce un considerable margen de actuación, por cuanto a la organización registral poco le importa si tal o cual titular ostenta el primer o segundo rango; tan sólo ha de velar porque con el cambio no salgan lesionados los intereses de terceros.

El criterio expuesto favorece igualmente el convenio entre dos personas cuyos títulos aún no se hubieran despachado, pues parecería poco lógico que tuvieran que esperar a su definitiva inscripción para poder intercambiar su rango. Para ello bastaría con que el ingresado en primer lugar manifestara formalmente, mediante documento público o privado con firma legitimada, la renuncia a su estatuto de privilegio respecto al derecho posteriormente presentado.

En nuestra legislación existen previsiones específicas que, corroborando cuanto se expresa, admiten la disponibilidad mediata o inmediata de la prioridad registral. Destacan, entre otras, las contenidas en los artícu-

(1) Sobre la reserva de prioridad y las dificultades de su adaptación al ordenamiento español, *vid.*, por todos, ARNAIZ EGUREN, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y CANALS BRAGE: "La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad", en RCDI, número 621 (1994), pp. 645 y ss.

los 241 RH (reserva de rango), 427 RH (retirada de documentos) o 433 RH (desistimiento de la petición de inscripción). A ellas ha de sumarse también la recogida en el 422 RH acerca de la fijación convencional de la prioridad en caso de presentación simultánea de títulos contradictorios.

Junto a estas modificaciones de tipo voluntario se encuentran otras con fundamento directo en la Ley. No me refiero a aquellos casos, como el de las anotaciones de legados de género o cantidad (cfr. art. 51 LH), en los que el asiento de presentación no parece concretar el orden entre ciertos títulos. Aquí, más que una alteración de la prioridad, el supuesto manifestaría una especie de privilegio inmobiliario. En cambio, la modificación legal se produce cuando un derecho que venía ocupando, o estaba llamado a ocupar, un puesto concreto en el folio de la finca pasara a otro por alguna circunstancia ajena a la voluntad de su titular.

La más importante de las modificaciones legales, la cual curiosamente carece de un precepto de recepción expresa, se deriva de una de las notas principales de nuestro sistema: el rango progresivo. Recuérdese cómo, en su virtud, la cancelación de un derecho por causa distinta a su ejecución, por ejemplo, una hipoteca, provocaba un corrimiento general en la escala del Registro, haciendo que los situados detrás mejorasen en grado.

Otro supuesto, aunque más discutido, se recoge en el artículo 227 RH. En virtud de este precepto, las cargas y gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor sobrevivirán a la ejecución. Con esta redacción, el legislador se habría inclinado como opción más adecuada para resolver la llamada igualdad de rango, por postergar el derecho del ejecutante, tan pronto comenzara el apremio sobre el inmueble.

Asimismo, convendría citar las anotaciones preventivas en favor de los acreedores de una herencia, concurso o quiebra, para cuyo pago hubiera sido adjudicado el bien inmatriculado. Para los distintos anotantes que se sucedan en el plazo de ciento ochenta días desde que el título de la adjudicación hubiera sido inscrito, el artículo 45 LH dispondría el mismo rango, con prescindencia del momento concreto en que ingresaron en el Registro.

Dicho esto, en el presente estudio, y retomando después de unos años la que fuera una de las partes sustanciales de mi Tesis Doctoral, se desarrollarán a continuación aquellos negocios jurídicos tendientes a la modificación de la prioridad que por ley vendría a asignarse a un derecho, con exclusión, por su especificidad, del asiento de presentación (desistimiento, retirada de documentos) y del cierre registral (cfr. art. 17 LH) como objetos del tráfico jurídico (2). Salvando ambos ámbitos, de singu-

(2) Vid. DE REINA TARTIÈRE: *La prioridad en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 126 y ss.

lar relieve, no obstante, es que me referiré al negocio jurídico sobre el rango hipotecario a partir de la noción estrictamente tradicional que se ha venido manteniendo a su respecto.

II. Recepción legal del negocio jurídico sobre el rango hipotecario

La Ley Hipotecaria de 1861, si bien no dedicaba una norma específica a este tipo de pacto, mencionaba su mera posibilidad al tratar de la hipoteca dotal. Entre sus antecedentes, no obstante, el Anteproyecto de 1848 había incorporado la cesión de prioridad como objeto de subinscripción (3). En concreto, su artículo 121 establecía: “la inscripción hecha en favor de una persona se transferirá a su muerte, si no caduca con ella, en favor de quien suceda en el derecho inscrito. La cesión o subrogación de un derecho registrado se anotará también transfiriéndose a favor del cesionario o subrogado. Esta disposición es aplicable al acreedor hipotecario a quien otro de la misma clase, pero primero en el tiempo, cede la prioridad”. Con esta redacción, LUZURIAGA seguía, una vez más, los pasos del proyecto ginebrino de BELLOT, a tenor de cuyo artículo 198 se afirmaba que la cesión de prioridad que un acreedor hipotecario inscrito consintiera en favor de un acreedor más reciente podría “hacerse también objeto de una subinscripción, sin perjuicio del derecho de los acreedores intermedios” (4).

Luego, esa referencia a la cesión de prioridad se omitiría tanto en el Proyecto de Código de 1851 (5) como en la Ley de 8 de febrero de 1861. No obstante, según decía, este último texto sí incorporaba, en el artículo 189, la posponibilidad de la hipoteca dotal previo consentimiento de la mujer (6). Con todo, la Dirección General no quiso limitarse a este su-

(3) La subinscripción era el tipo de asiento registral, similar a nuestra actual nota marginal, que estaba destinado a modificar y, en su caso, completar el contenido de una inscripción.

(4) Esta norma sería modificada entre 1827 y 1829 por la comisión legislativa del Parlamento de Ginebra, a fin de suprimir el carácter de reciente exigido respecto al acreedor beneficiado (cfr. ODIER: *Des Systemes Hypothécaires*, París-Ginebra [s. e.], 1840, p. 52 del anexo). Es por ello que parece como si en la redacción del artículo 121 del Anteproyecto –donde se disponía como cedente a un acreedor “primero en el tiempo”–, LUZURIAGA hubiera utilizado una copia del proyecto BELLOT, posiblemente la traducción de VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA, a la que no se hubieran incorporado todavía las modificaciones aprobadas durante esos años.

(5) A pesar de ello, el propio LUZURIAGA advertía que este negocio, al que llamaba *cambio convencional de los acreedores en el grado respectivo de prioridad*, estaba contenido, al igual que cualquier otra modificación de una inscripción, en el artículo 1877, dedicado a las subinscripciones (cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, imp. Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, pp. 232-233).

(6) La llamada hipoteca dotal podía recaer sobre tres clases de bienes: a) sobre los que la mujer casada entregase al marido como dote estimada, estando únicamente obligado el mari-

puesto y admitió el carácter disponible y no necesario de las reglas sobre el rango mucho antes de que le fuera planteado recurso alguno sobre esa clase de posposición (7).

Así, en la Resolución de 7 de abril de 1870, aceptó tácitamente esta clase de negocios, al no permitir que una menor pospusiera a favor de una hipoteca que aseguraba un préstamo concedido a sus padres otra constituida en garantía de un legado que le dejó su abuelo. Llama la atención el hecho de que el Centro directivo no utilizara en ningún momento el término posposición, sino el de *cesión de la prioridad de la acción hipotecaria*, propia de una época en la que no se tenía muy clara la naturaleza de la hipoteca. En las Resoluciones de 20 de junio de 1898 y 5 de febrero de 1915 se corrobora plenamente esta doctrina, postulándose en ambas la licitud de la *posposición* de una hipoteca voluntaria.

La legislación tardaría en asumir las orientaciones de la doctrina gubernativa hasta el Reglamento de 14 de febrero de 1947. En él se contendrá la primera norma específicamente dedicada al negocio sobre el rango hipotecario, concretamente a uno de sus tipos, la reserva. Se trata del artículo 241 RH, a cuya matriz haré continuas referencias de aquí en adelante.

III. La causa de estos negocios

El fin perseguido a través de la celebración de un negocio de este tipo consiste en la mejora de las condiciones que se derivan directamente del principio registral de prioridad. Por ello, su inscripción hace imprescindible para que produzca el efecto deseado: gozar de un puesto determinado frente a todos los demás titulares de derechos contra el propietario. Es justamente este dato, su eficacia *erga omnes*, el que lo distinguirá de los simples convenios que para ordenar sus créditos pueden concluir los acreedores de una misma persona. Por estos negocios ya no se transferirá una posición según Registro, ni tampoco un privilegio sin el crédito respectivo, circunstancia ésta que violaría el principio de accesoriedad que rige en la materia; únicamente supondrán el compromiso de no imponerse sobre los acreedores de peor condición que al tiempo se señalan (cfr. art. 92, inc. 2.º, de la Ley Concursal).

do a restituir su importe; b) sobre los que entregase, fuesen dotales o parafernales, con la cualidad de inestimados, y c) sobre aquellos que eran de la propiedad del marido o que lo serían en un futuro.

(7) Sobre la posposición de la hipoteca dotal, la Dirección General se pronunció en varias ocasiones, sin que en ninguna de ellas se ocupara de extender esa posibilidad a otros tipos de hipoteca. Véanse, por ejemplo, las Resoluciones de 7 de diciembre de 1883, 6 de marzo de 1886 ó 20 de noviembre de 1911.

Desde luego, al tener una significación puramente personal, el ámbito potencial de aplicación de esta especie de renuncia es mucho mayor que el del negocio al que se dedican estas páginas, ya que puede graduar las relaciones entre acreedores de cualquier clase y no sólo entre aquellos con título inscribible (8). Así, entre un acreedor hipotecario y otro quirografario, pero también entre dos acreedores hipotecarios si el negocio sobre el rango de sus derechos no llegara a inscribirse por cualquier causa o, incluso, si así lo hubieran convenido (9).

Avanzando en nuestro análisis, si el rango es una cualidad del derecho inscrito, de la relación jurídica registral, la alteración de aquél, ya sea legal o voluntaria, supondrá un cambio en el contenido de ésta. En este orden de cosas, el negocio jurídico sobre el rango se adaptaría al concepto que de modificación por negocio jurídico del derecho real ofrece WOLFF: aquellos casos de disposición que no dan como resultado la supresión, gravamen o transmisión del derecho (10). Nos encontraríamos ante un cambio en el contenido de una relación jurídico-real en el sentido explicado por Díez-Picazo, esto es, un acontecimiento que provoca una configuración de los derechos y deberes de las partes distinta a la inicialmente prevista (11).

(8) RUBINO entendía que la cesión de la preferencia a un acreedor ordinario no implicaba la pérdida ni del *ius distrahendi* ni del *ius preferendi* frente a los demás acreedores, de la clase que éstos fueran, pues sólo actuaba en las relaciones internas entre los estipulantes (cfr. *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milán, Giuffrè, 1956, p. 394). De la misma opinión, TOSSI, quien, citando un fallo de la Corte de Casación de 16 de noviembre de 1978, sostenía que “el negocio por el cual el acreedor hipotecario extiende su garantía a los acreedores quirografarios de su deudor, no integra una cesión parcial de hipoteca, no consentida por el ordenamiento, ni una cesión de rango, sólo configurable entre acreedores con hipoteca, pero constituye un contrato productivo de efectos meramente obligatorios, en el ámbito exclusivo de las relaciones entre acreedores, en el sentido de que impone al titular del derecho real hacer participarle del resultado útil de la acción ejecutiva privilegiada, a la vez que no hacer valer su garantía frente a ellos” (“Comentarios a los artículos 2808-2857”, en RESCIGNO [Dir.], *Codice civile*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 2922).

(9) También RUBINO preveía la hipótesis de que varios acreedores hipotecarios acordaran un distinto orden de preferencia para sus hipotecas, pero decidiendo no registrarlo. En su opinión, en los casos de duda sobre la verdadera intención de las partes acerca del carácter real o personal de su pacto, se debía presumir “la modificación directa del grado con eficacia absoluta, cuando fuera técnicamente posible, habida cuenta de que ésta es la configuración normal prevista en el artículo 2843 (*Codice*)” (ob. cit., p. 393); cfr., asimismo, BOERO: *Le ipoteche*, Turín, UTET, 1984, p. 597.

(10) Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, III-1.º, PÉREZ GONZÁLEZ, y ALGUER (trad.), Barcelona, Bosch, 1971, pp. 242-243.

(11) Cfr. “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, en RCDI, número 455 (1966), p. 829. En relación con el supuesto específico de la hipoteca, ALBALADEJO se pregunta la razón por la que su posposición habría de considerarse, junto con otros supuestos típicos (transmisión del crédito, ampliación de la garantía, división de la finca, etc.), una modificación hipotecaria. En su opinión, el fundamento residiría en que, aunque este negocio no alteraría la esencia intrínseca de la garantía, sí que tendría una gran repercusión en su

Esta asimilación del negocio jurídico sobre el rango a cualquier otra modificación del contenido del derecho inscrito obliga a tratar de modo inexcusable una de las notas predicadas de él hasta la fecha. Me refiero a su consideración como posible manifestación del llamado consentimiento formal. Estaríamos, así, ante una declaración de voluntad exclusivamente encaminada a modificar los asientos del Registro, se hubiera o no producido el correlativo cambio en la realidad extrarregistral.

El sistema típico donde se requiere esta modalidad de consentimiento es el alemán. Según el § 19 de su Ordenanza registral (GBO), el perjudicado por la inscripción ha de autorizarla específicamente. En algunos casos, como el de la transmisión del dominio o la constitución, alteración o transmisión del derecho de superficie, no basta con esa autorización y se necesita la conclusión de un acuerdo real abstracto distinto al obligatorio ya celebrado, y desligado de éste en cuanto a su validez. Se alude, entonces, a un consentimiento material o consentimiento únicamente dirigido a producir la modificación jurídico-real pretendida (12).

En nuestro Derecho no se precisa ni uno ni otro consentimiento, pues el diseño del régimen traslativo español, acogido a la teoría del título y del modo, lo impide por completo (13). En el mejor de los casos, puede hablarse de un consentimiento material para referirse al implícitamente contenido en el negocio causal suscrito por las partes (14).

Ahora bien, que no se adopte el consentimiento formal como regla general no ha impedido que en nuestra legislación se hayan querido ver ciertas excepciones. Conviene, por tanto, analizar los caracteres de la figura, para saber si finalmente cabe su aplicación al negocio sobre el rango hipotecario, según también se ha predicado con respecto a la constitución unilateral de hipoteca, la modificación objetiva de la finca, la renuncia al asiento registral o la cancelación de éste en virtud de la exclusiva voluntad de la persona a cuyo favor se hubiera practicado. En resumen, se señalan los siguientes (15):

efectividad práctica (cfr. *Derecho civil*, III, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 766-767). En igual sentido parece expresarse CAMY SÁNCHEZ-CANETE (cfr. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, VI, Pamplona, Aranzadi, 1983, p. 592).

(12) El § 20 GBO establece: “En caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte”.

(13) Sobre el estado de esta cuestión en nuestra doctrina, *vid.* ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, pp. 143 y ss.

(14) Cfr. COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, Civitas, 1986, p. 127.

(15) Cfr. WOLFF, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *ob. cit.*, III-1.º, pp. 187 y ss.; PAU PEDRÓN, “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, en RCDI, número 551 (1982), pp. 976 y ss.

- 1.º) El consentimiento formal es una declaración de voluntad que, aunque no se dirija a una modificación jurídica real, constituye parte de un negocio dispositivo.
- 2.º) También es un negocio abstracto, ya que despliega sus efectos con independencia de su causa, que en la mayoría de las ocasiones reside en el cumplimiento de un deber de asentimiento. Si el vendedor, por ejemplo, se negara a dar su permiso a la inscripción, el comprador podría obtener sentencia judicial que la supliera (16).
- 3.º) Por último, es una declaración unilateral recepticia: unilateral, pues sólo ha de prestarla el titular inscrito; recepticia, porque está dirigida a la oficina del Registro.

Aunque más de un autor haya postulado la solución contraria (17), entiendo que el consentimiento requerido por los pactos sobre el rango registral no cumple con las condiciones descritas; a lo sumo, y no siempre, con la última de ellas.

Así, no puede decirse que el objetivo de estos negocios constituya una simple modificación de los asientos del Registro, sino provocar una variación en la relación de prioridad que se da entre los derechos participantes (18). Las partes quieren un cambio tabular, pero como medio para llegar a una alteración material que se refleja en la realidad exterior (19). No han de emitirse dos consentimientos, uno en el momento en el que se formaliza el acto, y otro ante el registrador, sino que del primero se derivará directamente la autorización para la inscripción. De este modo, el favorecido por la posposición no necesitará contar de nuevo con el posponente, sino que podrá solicitarla directamente, adjuntando la escritura (cfr. art. 6 LH).

(16) Cfr. HEDEMANN: *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 97.

(17) Destacan las opiniones de SANZ y LACRUZ. Para el primero (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, Reus, 1953, p. 29), “la posposición de hipotecas u otros derechos reales limitativos reviste todos los caracteres del consentimiento formal: es un acto de disposición, es unilateral, pues no exige más consentimiento que el del titular del derecho pospuesto; no va dirigida a crear obligaciones, sino a producir efectos reales, y no exige la expresión de causa”. Por su parte, en la magnífica primera edición de su manual, LACRUZ (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza [s. e.], 1957, p. 191) sostenía la proximidad de la posposición al consentimiento formal, dado que se trataría de una figura “que, si no supone una alteración en la naturaleza de los derechos que gravan la finca, sí ocasiona una modificación de su jerarquía por voluntad unilateral de su titular”.

(18) Cfr. VON THUR: *Derecho Civil*, I-1, RAVÁ (trad.), Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 241.

(19) En tal sentido, cfr. ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil Español*, Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1977, p. 322.

Por ello, resulta igualmente desacertado considerarlo “un negocio librario” sin correspondencia con una causa o razón determinada, con una mutación jurídica-real externa, anterior o posterior a su inscripción, que lo justifique. Como se sabe, la causa cumple, desde un punto de vista objetivo, una función de control de la autonomía privada. En palabras de STOLFI, proclamaría “la operación económica que constituye el fin de la promesa o de la obligación. Cualquiera que transmita un derecho o renuncie al mismo o asuma una obligación no pretende transferir o perder algo pura y simplemente, sino que lo hace con esta o aquella finalidad; así que el negocio es, en el fondo, el medio técnico al que se recurre para conseguir uno de esos fines típicos *donandi causa, credendi causa, solvendi causa*, etc. Esta finalidad típica y práctica es la causa del negocio, y si la misma falta el contrato es nulo, por defecto de la operación para la que han dado su consentimiento en la vista de la cual se perfeccionó” (20). El negocio sobre el rango no sería una excepción, ajustándose siempre a una causa.

Descartada de plano la abstracción de estos negocios, el siguiente paso ha de consistir en determinar si en ellos la causa ha de constar expresamente o si, por el contrario, les resulta aplicable el artículo 1277 CC, precepto, que, recuérdese, recoge la llamada “expresión abstracta” o presunción de existencia y licitud de la causa de los contratos.

Sobre la vigencia de esta presunción en sede registral, se ha llegado a debatir mucho. Mayoritariamente termina por rechazarse, en atención a los principios de calificación y especialidad y, sobre todo, a los distintos efectos que de la inscripción se derivan, según publicara actos onerosos o gratuitos (21). Esta es la tesis seguida por la Dirección General en su Resolución de 2 de noviembre de 1992: “para que pueda registrarse cualquier acto traslativo se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por

(20) *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 39-40.

(21) Esta tesis es la mantenida por DE CASTRO (cfr. *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1971, p. 236), ROCA SASTRE (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, I, Barcelona, Bosch, 1995, p. 374), AMORÓS GUARDIOLA (cfr. *La causa en el crédito hipotecario*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1990, pp. 172 y ss.) o GARCÍA GARCÍA (cfr. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Madrid, Civitas, 1988, pp. 548 y ss.) En contra, CHICO Y ORTIZ (cfr. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 238) opina que es perfectamente presumible la causa en vía registral, siempre y cuando no figuren en el título indicios de que realmente no existe, poniendo como ejemplo el de las aportaciones patrimoniales a la sociedad de gananciales donde los cónyuges consienten simplemente la transmisión sin estar la misma conectada con el correspondiente contrato con finalidad traslativa. Por su parte, ÁLVAREZ SUÁREZ (cfr. “El problema de la causa de la tradición”, en RDP, núm. 327 [1944], pp. 591 y ss.) postula por la plena operatividad del 1277 a la hora de la calificación del registrador, salvo para el caso de la inmatriculación.

ser la causa presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan”.

Consecuentemente con este planteamiento, parece que siempre debería manifestarse la causa concreta del cambio de rango solicitado. No obstante, y como se demuestra día a día, estos negocios no suelen detallarla y, aun así, se siguen inscribiendo. Para ZUMALACÁRREGUI, ello se debe a que expresan implícitamente su causa (22). A mi juicio, esto no acaba de aclarar la cuestión, pues casi nunca sabremos la razón última que ha conducido a las partes a su conclusión. La práctica registral, por tanto, viene a menospreciar, en su sustantividad, estos negocios (23).

Resta por comprobar si los negocios sobre el rango cumplen con las notas de unilateralidad y “recepticidad” propias del consentimiento formal. En principio, no habría problemas en admitir la primera de ellas, pues, tal como veremos más adelante, en la mayoría de las ocasiones el negocio únicamente necesita para su formación del consentimiento expreso del titular del derecho a posponer (cfr. art. 241.1.º RH). En la permuta y en los convenios de igualdad, en virtud de los cuales se derogan las pautas del rango progresivo instaurado en nuestra legislación, se exigirá, además, la declaración de voluntad del otro titular. Incluso cabe hablar de un negocio multilateral para cuando todos los titulares se pongan de acuerdo en una alteración global de la relación de rango, como sucede en el caso de que los titulares de derechos sobre fincas sujetas a un proceso de urbanización especifican por unanimidad el orden que habrían de guardar sus derechos en las fincas de resultado (cfr. art. 11.8 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística).

Cuando tenga carácter unilateral, la declaración del perjudicado por la posposición también será recepticia, pues para desplegar sus efectos necesitará que se ponga en conocimiento de su destinatario. En este sentido, y frente a la opinión de Díez-Picazo, que, en relación con el negocio cancelatorio, considera al favorecido por la cancelación como destinatario (24), se ha de entender que es el propio registrador la persona a la

(22) Cfr. ob. cit., p. 322.

(23) En clara sintonía con la opinión de LACRUZ (cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Barcelona, Bosch, 1984, p. 121), que, tras señalar como regla general del sistema la necesaria determinación de la causa, cambiando así la tesis manifestada en anteriores ediciones de su obra, sustenta que la misma se ve exceptuada en los llamados negocios librarios, en los que la determinación expresa de su carácter oneroso o gratuito no es necesaria por irrelevante, poniendo como ejemplo la posposición.

(24) Cfr. “El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación”, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1980, p. 304.

que se dirige esa declaración (25), independientemente de que en la mayoría de las ocasiones quien se vaya a anteponer tenga noticia de ella al haber constituido su derecho en el propio documento en que se instrumenta la posposición o, como mucho, en el inmediatamente posterior según protocolo.

Ahora bien, que la posposición de tipo unilateral de una hipoteca no requiera en cuanto a su eficacia que llegue al favorecido no significa que éste pueda quedar indeterminado o, al menos, indeterminable; no sería viable renunciar al rango discrecional y genéricamente, esto es, sin detallar, por circunstancias subjetivas u objetivas, qué personas o derechos habrían de salir beneficiados (26). Esta hipótesis, además de poco imaginable, chocaría frontalmente con el principio de especialidad. O se renuncia al derecho inscrito –lo que ha de producir el efecto reflejo y accidental de aprovechar a los titulares de rango posterior (27)–, o no cabe renunciar a su rango, sin especificar los derechos inscritos o por inscribir que debieran lucrarse.

Por lo que respecta a la doctrina gubernativa en la materia, la Resolución de 4 de noviembre de 2000 ha contestado definitivamente a la tesis de la abstracción del negocio sobre el rango hipotecario, corroborando, no sin algún matiz digno de mención, la opinión hasta aquí mantenida. En este sentido, la Dirección General recalca la dependencia de estos negocios respecto de su causa, afirmando que el artículo 241 RH, al precisar tan sólo el consentimiento del acreedor para la posposición, no puede interpretarse “de forma aislada, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, del que resulta que el puro consentimiento formal como título inscribible no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde, a su vez, al sistema civil causalista”.

En relación con la necesidad de expresar la causa en el título, la Resolución prosigue aplicando la doctrina sobre el asiento de cancelación, en concreto, la plasmada en la citada de 2 de noviembre de 1992: de la misma manera que “cuando en la escritura se dispone unilateralmente que la finca quede liberada de una hipoteca hay que interpretar que se está

(25) De la misma opinión, en relación con el consentimiento cancelatorio, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (cfr. *El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 257-258), quien rebate directamente la de Díez-PICAZO.

(26) En contra, PACIFICI-MAZZONI (cfr. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, III-2.^a, Turín, UTET, 1929, p. 596), quien habla de una renuncia abdicativa al rango para cuando se postergara un derecho sin consideración a sus posibles destinatarios. También PUIG BRUTAU (cfr. *Fundamentos de Derecho Civil*, I-1.º, primera parte, Barcelona, Bosch, 1979, p. 349) estima que la posposición comporta una renuncia abdicativa, que no traslativa, al rango.

(27) Tal efecto no respondería a la función (causa) del negocio unilateral que supone la renuncia (cfr. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, MARTÍN PÉREZ [trad.], Granada, Comares, 2000, pp. 170-171).

ante la abdicación por el titular registral de dicho derecho, es decir, ante una renuncia al mismo, acto que por sí sólo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 CC para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 79 LH”, se produce por el consentimiento para la posposición “una abdicación del rango, que no es del derecho, sino de su potencial efectividad y, si se quiere, y como consecuencia de ello, de parte de su valor económico, con la misma eficacia sustantiva a los efectos de dar causa a su inscripción”.

Sin embargo, no creo que esto último sea lo suficientemente clarificador, pues una cosa es que la inscripción del negocio traiga causa de una renuncia al rango y otra determinar cuál es la causa exacta de esa renuncia. La renuncia, en abstracto, no justifica la posposición, ya que no da idea del motivo último por el cual un titular ha querido desprenderse de una condición tan beneficiosa para él como era ostentar un mejor rango. En realidad, la renuncia verifica una traslación, una cesión del rango, pero que por sí misma no declara su título específico (oneroso o gratuito).

IV. Su carácter dispositivo

El negocio jurídico sobre el rango registral supone un acto dispositivo del titular inscrito. En concreto, se trata de un negocio de atribución patrimonial, pues en su virtud una persona transfiere el derecho subjetivo de prioridad que le corresponde legalmente por ocupar un determinado puesto en el Registro. Tal derecho subjetivo se materializa, en relación con las hipotecas, en una preferencia para el cobro sobre los acreedores inscritos con posterioridad (cfr. arts. 1927.2.^a CC y 155.3, párr. 2.º, LC) (28).

Una de las consecuencias inmediatas de su configuración como negocio de disposición en sentido estricto es la exigencia de capacidad dispositiva del titular del derecho que se va a posponer (29). Así, los padres o

(28) Para DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, II-1.^a, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, p. 227), “la posposición de la hipoteca, como toda cesión de rango real, significa la transmisión de la facultad o privilegio de ejercitar con preferencia un derecho; o sea, de una facultad independizada de igual naturaleza que el derecho a que acompaña (aquí, la hipoteca), y, por tanto, supone jurídica y prácticamente la enajenación de un bien inmueble”. La equiparación que hacía el autor entre la posposición de una hipoteca y la venta de un inmueble me parece, cuando menos, arriesgada, siendo el punto en común de ambos actos su carácter dispositivo.

(29) Cfr. PAU PEDRÓN: *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998, p. 260; LARRONDO LIZARRAGA: *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa. (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1994, p. 340.

tutores que quieran ceder o compartir con un tercero el rango de la hipoteca de sus hijos o pupilos deberán solicitar, en todo caso, y previa acreditación de la utilidad o necesidad del negocio para el bienestar del interesado o su familia, autorización judicial al respecto (30). Además, si se diera un conflicto entre sus intereses y los del hijo o pupilo, sería preceptivo el nombramiento de un defensor judicial.

Cuando el menor estuviera emancipado, o el incapacitado sujeto a curatela, ya no se requerirá la intervención controladora del juez, sino que bastará con que le asistan en el acto sus padres o curador, siendo posible, por idénticas razones, el nombramiento de un defensor judicial.

En el caso del emancipado por matrimonio que quiera posponer en su rango un derecho de titularidad común, se necesitará el consentimiento de su cónyuge, si éste fuera mayor de edad, o de no serlo, de los padres de uno y otro (cfr. art. 324 CC).

En relación con el emancipado, podría cuestionarse la solución aquí adoptada en el entendimiento de que la cesión de rango no entraría dentro de las limitaciones que se imponen a su capacidad de obrar en el artículo 323 CC. A pesar de ello, lo más lógico consiste en entender que, cuando el legislador le prohibió enajenar un bien de su propiedad, sin contar antes con sus padres o curador, se estaba queriendo referir a todos los actos de naturaleza dispositiva (31). Sin embargo, debe decirse que no fue ésta la tesis mantenida por la Dirección General en la ya lejana Resolución de 20 de junio de 1898. Dejando a un lado que en el supuesto se planteaba un claro conflicto entre los intereses de la hija emancipada y los de su padre, al ser la hipoteca suscrita por éste la que iba a salir directamente favorecida por el cambio, esta doctrina resulta inaceptable si se atiende a la interpretación expuesta (32).

(30) Este último requisito, el de la utilidad o necesidad, sólo está señalado expresamente en el Código para los actos que el padre puede hacer en relación con los bienes de sus hijos (cfr. art. 166). No obstante, resulta igualmente exigible cuando, conforme al artículo 271 CC, sea el tutor quien solicite la autorización, tal y como establece el artículo 2012.3 LEC de 1881, norma que, como el resto del Libro en el que se encuadra, quedará vigente en tanto en cuanto no se apruebe la anunciada Ley de Jurisdicción Voluntaria. Sobre la intervención del juez para la venta de unos de los bienes del sujeto a tutela, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de octubre de 1990.

(31) Cfr. LETE DEL RÍO, en ALBALADEJO (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV, Madrid, EDESA, 1985, p. 530; PAU PEDRÓN: *La capacidad...*, cit., p. 261.

(32) A favor de esta resolución se han pronunciado muy pocos autores. Así, MÉNDEZ APENELA (cfr. “La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años”, en RDN, t. LXXXIII [1974], pp. 417 y ss.), que abogaba por la interpretación restrictiva del, por entonces vigente, artículo 317 CC, o, también, SCÆVOLA (*Código Civil*, V, edición a cargo de ORTEGA LORCA, Madrid, Reus, 1943, p. 635), cuando mantiene que “la posposición no es típicamente un acto directo de enajenación ni de gravamen, porque la hipoteca es sólo garantía, y el derecho a percibir determinada cantidad (contrato principal) puede renunciarse libremente por el menor emancipado”.

Por otro lado, si el derecho a retrasar se hubiera adquirido con dinero ganancial, por ejemplo, una hipoteca que garantizara la entrega de un préstamo otorgado con cargo a la sociedad conyugal, se precisaría el consentimiento de ambos consortes. No obstante, el negocio podría concluirse por uno sólo, con tal de que el otro no instara su anulación (cfr. art. 1322, párr. 1.º, CC). Si cualquiera de los cónyuges negara su consentimiento o estuviera impedido para prestarlo, el otro podría solicitar la autorización al juez, quien sólo la otorgaría cuando a su juicio fuera de interés para la familia (cfr. art. 1377 CC). Ahora bien, estas apreciaciones sólo procederían para cuando el negocio sobre el rango tuviera carácter oneroso, pues de ser gratuito habría de exigirse el consentimiento de los dos cónyuges (cfr. arts. 1322, párr. 2.º, y 1378 CC).

En último lugar, se ha de apuntar que, cuando la representación del titular posponente fuera de carácter voluntario, sería imprescindible, en virtud del párrafo segundo del artículo 1713 CC, poder expreso. Para ello se exigiría que el poderdante, aunque no el apoderado, tuviera capacidad para disponer dentro de las facultades que por ese acto confiriera (33).

V. Presupuestos formales: escritura pública e inscripción

Por principio, el negocio sobre el rango ha de formalizarse en escritura pública para después poder inscribirse en el Registro. El primero de estos requisitos se deriva directamente del principio de legalidad recogido, en su aspecto formal, en el artículo 3 LH. No resulta posible inscribir un negocio sobre el rango en documento privado y ello aun cuando el derecho objeto del mismo hubiera ingresado originariamente de esta forma (v. *gr.*, un crédito refaccionario).

En la ya mencionada Resolución de 4 de noviembre de 2000 se discutió sobre la conveniencia del acta notarial como instrumento para posponer una hipoteca. La Dirección General interpretó en sus justos términos el artículo 144 RN, en el cual se destina la escritura pública para las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases, proponiendo para las actas los hechos jurídicos que por su naturaleza y condición no se califiquen como actos o contratos. Sin embargo, en el caso, al cumplirse con los pre-

(33) En este sentido, los poderes de los representantes bancarios suelen contener una cláusula que les faculta para “modificar, dividir, *posponer* y cancelar total y parcialmente, toda clase de garantías reales o personales, a favor del Banco, tales como prendas, hipotecas, condiciones resolutorias y fianzas, en aseguramiento de préstamos, créditos, precios aplazados, fianzas, avales, descubiertos o, en general, de cualquier situación en que el poderdante esté o pueda estar colocado en una posición activa o acreedora”.

supuestos propios de las escrituras públicas, generalmente ausentes, por definición, en las actas, se entendió que aquel instrumento, aunque se presentara bajo la denominación de acta, hacía las veces de una escritura en cuanto a su forma y contenido, siendo, por ello, idóneo para reflejar la posposición (34). Siguiendo esta doctrina, los registradores podrán inscribir la posposición formalizada por simple acta notarial, siempre que a su través se le acrediten los elementos característicos de toda escritura pública, esto es, fe de conocimiento, juicio de capacidad –capacidad de disposición, como ya sabemos–, unidad de acto y conformidad tras la lectura del documento por el notario (35).

La registración del negocio plantea mayores problemas conceptuales. Para SANZ, su inscripción tiene carácter constitutivo, pues “el rango sólo existe a través del Registro y, por tanto, sólo puede modificarse mediante él” (36). GARCÍA GARCÍA duda de ello en relación con los negocios que tengan por objeto derechos de registración no constitutiva (37). Por su parte, PÉREZ y ALGUER entendían que, aunque la inscripción fuera requisito de la constitución de hipoteca, no era necesaria *inter partes* para la modificación de su rango (38).

Bajo mi punto de vista, es esta última la postura más acertada, pues, al igual que sucede con la mayoría de derechos inscribibles, el acto de disposición sobre el rango hipotecario es de inscripción declarativa en cualquier caso (39). Téngase en cuenta que, si no llegara a inscribirse, únicamente gozaría de eficacia personal, pasando a regular el orden entre sus titulares en otra dimensión, la propia de las relaciones con alcance puramente obligatorio. Se daría una promesa de abstención, un convenio para el cobro entre acreedores de una misma persona, a cuyo través, quien de

(34) En este sentido, FONT BOIX (cfr. “Las variedades del instrumento público. Distinción entre escritura y acta”, en RDN, t. XVI [1956], p. 324) ya advertía que si el instrumento calificado como acta por el notario contenía declaraciones de voluntad y se hubieran observado todas las formalidades de la escritura, tendría esta última consideración, no siendo necesaria una conversión documental; bastaría con reconducir el supuesto a un mero error de juicio, el cual admitiría rectificación, por estar en contradicción con la legislación acerca de los instrumentos públicos. Sobre los intentos doctrinales por superar la distinción reglamentaria entre escrituras y actas, *vid.*, en resumen, GIMÉNEZ-ARNAU: *Derecho Notarial*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976, pp. 410 y ss.

(35) En relación con las diferencias que en cuanto a sus formalidades presentan escrituras públicas y actas notariales, *vid.* FONT BOIX: *ob. cit.*, pp. 317 y ss.; ÁVILA ÁLVAREZ: *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 35-36; PRADA GONZÁLEZ: “Los sistemas documentales. El documento público”, en *Estudios sobre Derecho Documental*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial-Consejo General del Notariado, 1997, pp. 41-42.

(36) *Instituciones...*, cit., II, p. 74.

(37) Cfr. *Derecho...*, cit., II, p. 719.

(38) Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *ob. cit.*, III-1.º, p. 257.

(39) Esta es la opinión de RUBINO (cfr. *ob. cit.*, p. 395).

ellos fuera de mejor grado, se obligaría a participar del remate al otro, pero sin que ello tuviera ningún reflejo registral ni procesal. En suma, por la falta de inscripción del negocio no se produciría un cambio en el objeto de éste, al menos, en esencia. Lo que las partes han convenido –la asignación de una prelación entre sus derechos– se seguirá cumpliendo; lo que sucede es que sus efectos quedarán relativizados. En cierto modo, podría decirse que el rango ha mutado en simple preferencia.

VI. Tipología y régimen

Apuntado el grueso de aspectos generales sobre el negocio jurídico sobre el rango, nuestra doctrina se ha venido centrando históricamente en la existencia de tres modalidades básicas: la posposición, la permuta y la reserva de rango. La primera sería la cesión de rango de una hipoteca ya inscrita a otra que se registra en ese momento o más tarde; la permuta, el intercambio de puestos entre dos derechos inscritos; y la reserva, el supuesto en que un derecho cualquiera se presente en el Registro con la advertencia de que será pospuesto a otro aún no constituido.

El origen de esta terminología es mixto; por una parte, atiende a la práctica española de posponer una hipoteca a la que en el futuro habría de formalizarse a favor del Banco Hipotecario de España, entidad que no presta dinero si no se le garantiza su devolución con una hipoteca de primer grado (40); por otra, a la legislación alemana en la materia, en la labor de decantación que de la doctrina de los parágrafos 880 –cambio de rango (*Rangänderung*)– y 881 –reserva de rango (*Rangvorbehalt*)– del BGB hiciera Jerónimo GONZÁLEZ a comienzos del siglo pasado (41).

Esta clasificación sería asumida mayormente hasta hace unos pocos años. Aquella inercia científica no podía ocultar lo mucho que de confusa e incompleta guardaba la tipología. Era confusa, porque las diferencias entre los negocios que describía apenas se justificaban. Así, no se entendía, ni entiende, muy bien por qué resulta necesario un convenio bilateral entre dos acreedores (permuta) que están inscritos consecutivamente, cuando en cualquier caso bastaría el consentimiento del que es de mejor rango; tampoco se comprende que la posposición y la reserva de rango sólo hayan de variar en la circunstancia de estar inscrito el titular que se

(40) Cfr. artículos 23.1.º de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación de esa entidad financiera, y 6.1.º del Real Decreto-Ley de 4 de agosto de 1938, por el que se aprueba su Estatuto Orgánico.

(41) Cfr. “Matemáticas o Derecho. El principio de prioridad”, en RCDI, número 21 (1926), pp. 646 y ss. Este estudio fue luego recogido en la obra *Principios Hipotecarios*, Madrid, Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931.

pospone. Por otro lado, resultaría incompleta, por no alcanzar a aprehender todos los supuestos de alteración de rango imaginables y viables, siquiera, en un sentido técnico-jurídico; tal es el caso del convenio de igualdad o de rango compartido, fórmula de singular importancia en el tráfico hipotecario al menos como efecto reflejo que traería consigo la potenciación de la subrogación hipotecaria a través de la Ley 2/1994.

Por lo expuesto, conviene extender la clasificación hasta cinco negocios diferenciados: la permuta, la posposición, la reserva de rango, el convenio de igualdad y la postergación, negocios que podrían definirse en breves palabras del siguiente modo: la permuta implicaría el intercambio de posiciones entre dos derechos inscritos no contiguos. La posposición—concepto utilizado desde siempre entre nosotros en un sentido genérico para comprender cualquier disposición sobre el rango—, la renuncia al puesto en beneficio de un derecho inscrito inmediatamente después. La reserva de rango, el anuncio de una futura posposición. El convenio de igualdad de rango, el pacto por el que varios titulares inscritos, o por inscribir, decidieran compartir un mismo puesto. Y finalmente, la postergación, el negocio de sentido contrario, es decir, aquel por el cual se llegara al “fraccionamiento” del rango que hasta ese momento venían compartiendo varios derechos, con el propósito de jerarquizar su orden en el Registro. Veamos cuál es el régimen básico de cada uno de ellos.

A) La permuta de rangos.

1. *Consideraciones generales sobre el contrato de permuta.*

El Código Civil dedica específicamente al contrato de permuta cuatro artículos, del 1538 al 1541. El primero de ellos establece: “La permuta es un contrato, por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”. Con tan pocas palabras, el legislador decimonónico quiso apuntar la esencia de este negocio: la transferencia, el canje, el trueque de cosas, pero también derechos. Sus caracteres básicos ya fueron señalados por SÁNCHEZ ROMÁN (42): es un contrato principal, porque tiene fines propios; consensual, porque se perfecciona por el simple consentimiento; bilateral o sinalagmático, porque de él surgen obligaciones para ambas partes; oneroso, porque hay un intercambio de prestaciones; conmutativo, porque las partes podrán prever con cierta seguridad la ganancia o pérdida que les habrá de reportar; y traslativo de la propiedad, porque actúa como título para la transmisión de la propiedad o titularidad de los bienes.

(42) *Estudios de Derecho Civil*, V, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899, pp. 660-661.

La permuta se presenta como antecedente histórico de la compraventa, la cual sólo surgirá cuando los hombres ingenien el dinero como un eficaz instrumento de medida económica. Desde ese justo momento, el señalamiento de un precio o valor concreto para las cosas diferenciará ambas figuras. Ahora bien, esto no descarta la semejanza entre ellas, ya que en realidad reproducen un similar mecanismo negocial. Pensemos en que mientras en la permuta los dos contratantes se constituyen en vendedor y comprador a un mismo tiempo, en la compraventa el cambio al que se obligan las partes se materializa en cosa por cosa-dinero (43). Así lo entiende el artículo 1541 CC, cuando remite para todo lo que no se halle especialmente determinado en el Título de la permuta a las disposiciones concernientes a la venta. Entre esas reglas de la compraventa aplicables a la permuta se destacan las relativas a la formación del consentimiento y perfección del contrato, capacidad de las partes, formas de entrega, saneamiento por vicios ocultos o por evicción –teniendo siempre en cuenta la regla específica del artículo 1540 CC–, retracto convencional, reserva de dominio, etc. (44).

2. *La naturaleza jurídica de la permuta de rangos.*

La permuta de rangos se perfila como el cambio de puestos entre dos derechos inscritos no consecutivamente: dos hipotecas, una hipoteca y un usufructo, etc. Supone la cesión de rango de un titular a otro, el cual a su vez consiente, en el mismo acto, que aquél pase a ocupar el que le correspondía hasta ese momento. Se produce, entonces, un doble y recíproco movimiento en el orden del Registro.

Como erróneamente predica la generalidad de la doctrina, la esencia de la permuta no reside en su bilateralidad, esto es, en la necesidad de un acuerdo previo entre los titulares. Ni tampoco en el hecho de que hayan de estar inscritos los derechos intervinientes, su razón estriba, propiamente, en la falta de contigüidad que debe haber entre ellos. Si los derechos aparecieran correlativamente en el Registro, bastaría con un acto

(43) Al respecto, GORLA decía que la compraventa y la permuta pertenecen al género de aquellos contratos sinalagmáticos compuestos por dos negocios obligatorios de dar, distinguiéndose ambos por el dato de que en la primera el objeto de una de las dos obligaciones, exactamente la del comprador, es siempre la misma: dar (la propiedad) de una suma de dinero (cfr. *La compraventa y la permuta*, Turín, UTET, 1937, p. 25). Para BIANCA, ambos son especies del contrato de cambio (cfr. *La vendita e la permuta*, Turín, UTET, 1972, p. 1016). Igual opinión mantendría, entre nosotros, MELÓN INFANTE (cfr. “El contrato de permuta en el Código Civil”, en RDP, 1961, p. 709).

(44) Cfr. MELÓN INFANTE: ob. cit., pp. 717 y ss.; DE LA ROSA DÍAZ: *La permuta (Desde Roma al Derecho español actual)*, Madrid, Montecorvo, 1976, pp. 367 y ss.

de posposición, siendo indiferente que a él se hubiera llegado a través de un pacto entre las partes o de la sola voluntad del de mejor rango. Es justamente esta circunstancia la que demanda el acuerdo entre los interesados; téngase en cuenta que, cuando no existieran titulares intermedios, la fuerza motriz del sistema de avance progresivo produciría, aun sin contar con el consentimiento del favorecido, su mejora. Sólo de este modo puede llegar a explicarse, desde la perspectiva estrictamente registral, la autonomía de la figura con respecto a la llamada posposición en sentido estricto (45).

Aclarado este punto, cabe preguntarse sobre la corrección de denominar permuta a un intercambio del que únicamente se beneficia, al menos en la esfera registral, una de las partes. Si la causa del contrato de permuta, en los términos arriba expuestos, reside en el provecho correlativo que el cambio de cosas hubiera de producir, no se entiende muy bien el interés que tendrá en la cesión el titular de mejor rango. Sobre la cuestión, la doctrina permanece dividida.

Para GARCÍA GARCÍA, sólo puede hablarse de permuta en un sentido vulgar, pues los interesados no se ofrecen prestaciones equivalentes. Se trata de un negocio sobre el rango de tipo oneroso o gratuito. Si tuviera carácter gratuito, no sería permuta. Y si fuera oneroso, tampoco, encontrándonos realmente ante un negocio atípico de cesión de rango a cambio, generalmente, de una cantidad de dinero (46).

Frente a este argumento, ROCA SASTRE reivindica el término al no poder considerarse “que el rango de la hipoteca que avanza y que queda para la que retrocede, no tenga ningún valor, pues tiene un valor jurídico y un valor económico respecto de las hipotecas y derechos reales o situaciones jurídicas posteriores, constituidas o por constituir, tanto en el caso de ejecución de la hipoteca anterior que ha avanzado en rango o de cualquier otra preferente para percibir el sobrante, como en el aspecto de que en caso de extinción por otra causa de las preferentes existe un avance en el rango respecto de las segundas y posteriores” (47). En su opinión, la estipulación de un precio no afecta a la esencia del pacto. En tal supuesto, atenderíamos al artículo 1446 CC, que dice: “si la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifestada de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede del dine-

(45) Entre nosotros comparten esta postura GÓMEZ GÁLLIGO y DEL POZO CARRASCOSA (cfr. *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 123-124).

(46) Cfr. *Derecho...*, cit., II, p. 722.

(47) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 71.

ro o equivalente; y por venta en caso contrario” (48). De este modo, sería permuta, cuando las partes así lo hubieran determinado o, si así no lo hicieran, cuando el valor del peor rango fuera superior a la cantidad de dinero entregada.

A mi juicio, la primera de estas posiciones es la más acertada. Entre las razones que mueven al titular prioritario para contratar, en ningún momento está la ocupación de un rango inferior, rango cuya valoración previa, además, se muestra de muy difícil comprensión. Esta afirmación, lejos de impedir la aplicación del artículo 1446 CC, encuentra en él su fundamento. Así es. Cuando este precepto sostiene que la permuta con compensación dineraria o sobreprecio tendrá la calificación que le den las partes, no está admitiendo una definición arbitraria del contrato, sino atendiendo a la voluntad real de las partes, la cual, en el supuesto analizado, manifestará una adquisición onerosa de rango, distinta también del típico contrato de compraventa (49). Si la cesión del puesto preferente se hace a título lucrativo, parece especialmente inapropiada la tesis de ROCA, pues supondría una mera liberalidad, y nunca una donación mixta o con causa onerosa (cfr. art. 622 CC), dado que el cedente únicamente perseguiría favorecer al cesionario.

Por consiguiente, el término permuta, para referirse al negocio sobre el rango entre dos derechos inscritos, sólo parece justificado por el visible y común efecto de intercambio que se produce en el Registro, pero no por su concreta naturaleza contractual, alejada tanto de aquella figura como de cualquier otra desarrollada legalmente. En este sentido, resulta sumamente demostrativo que en el propio ordenamiento alemán, cercano al sistema de rango fijo o por parcelas de valor, su Código mencione, por un lado, el contrato de permuta o *Tausch* (cfr. § 515 BGB) y, por otro, la modificación de rango o *Rangänderung* (cfr. § 880 BGB).

(48) El precepto disciplina la llamada permuta con compensación o sobreprecio. Cuando los objetos permutados difieren en su valor notablemente, es habitual, aunque no necesario, que las partes equilibren la operación. Para ello se suele pactar que quien de otro modo hubiera de salir con ventaja, se obligue, además de a entregar la cosa, a aportar una cantidad de dinero. Aunque la doctrina ha discutido mucho sobre la naturaleza dual de esta figura –entre permuta y compraventa–, la remisión que hace el artículo 1541 CC, ya citado, a las reglas de esta última vendría a facilitar las cosas en la práctica.

(49) A favor de esta interpretación acerca del artículo 1446 CC, se pronuncia la doctrina unánimemente. Cfr., por ejemplo, PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil*, III, Pamplona, Aranzadi, 1972, p. 652; MELÓN INFANTE: ob. cit., p. 707, nota 1; MERINO HERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 75 y ss.; LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, II-3.º, Barcelona, Bosch, 1986, p. 114.

3. *Requisitos.*

En cuanto a los requisitos necesarios para que opere la permuta de rangos, se ha de distinguir según fueran de carácter real, personal o formal.

a) *Elementos reales.*

Los derechos cuyos rangos se quieren permutar han de estar inscritos. Cuando alguno de los derechos tan sólo estuviera presentado, el título donde se hubiera instrumentado la permuta podría ingresar en espera de que aquél fuera finalmente despachado. Es imaginable, incluso, el supuesto en el que la permuta se pacte en la misma escritura en la que –previa comparecencia del permutante inscrito y, en su caso, de los titulares intermedios– se haya constituido el derecho que fuera a avanzar.

b) *Elementos personales.*

Como cualquier otro contrato, su nacimiento dependerá siempre de un acuerdo de voluntades, concretamente entre el titular que avanza y el que retrocede. El negocio sólo es dispositivo respecto al primero, dado que sólo él va a quedar perjudicado por el cambio. Para el otro titular, dejando a salvo los supuestos de permuta especialmente retribuida, se enmarca dentro de los actos de ordinaria administración. En consecuencia, el consentimiento del titular pospuesto siempre habría de ser expreso; el del antepuesto, como resulta favorecido por el cambio, podría presumirse según las circunstancias; así, cuando se hubiera convenido la permuta en la escritura del derecho a adelantar (50).

Junto a las partes, en el negocio deben intervenir los titulares intermedios, esto es, los situados entre los derechos permutantes. Enseguida apuntaré las razones que me llevan a sostener su preceptiva participación, opinión, que, anticipo, no comparte la mayoría de la doctrina. Por otro lado, los titulares anteriores y posteriores quedan al margen, pues se entiende que no saldrán dañados por el cambio: los anteriores, porque siempre se impondrían sobre ellos; los posteriores, porque cuando inscribieron conocían de su peor condición respecto a todos los de rango superior.

(50) Cfr. RUBINO: ob. cit., p. 232. ROCA, en cambio, exige la capacidad de disponer para ambos titulares (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 72).

c) Elementos formales.

La permuta de rangos ha de formalizarse en documento público e inscribirse. En cuanto a cuál de los asientos previstos en la legislación es el más adecuado para su constancia, la anotación preventiva debe descartarse, al tener por objeto la publicidad de situaciones jurídicas provisionales y no perfilarse la permuta como tal. Entre los dos restantes, la inscripción en sentido estricto y la nota marginal, lo mejor sería inclinarse por esta última, pues se trata de un asiento accesorio y definitivo cuya finalidad esencial radica en expresar en el folio un acto o hecho jurídico que modifica un derecho inscrito, anotado o cancelado, consistiendo la permuta justamente en ello (51). Exactamente, la permuta se debería anotar al margen de las inscripciones de todos los derechos participantes o, al menos, en la de aquellos que hayan de retroceder (52). Para el caso en que la permuta se haya convenido en la escritura donde se hubiera instrumentado el derecho que fuera a mejorar de rango, lo más lógico sería obviar la segunda de esas notas, haciendo referencia al negocio en el cuerpo de la inscripción que para el mismo se practicara.

d) El principio de intangibilidad de los derechos de terceros.

a') Los terceros frente a la permuta de rangos.

La permuta de rangos no puede lesionar las legítimas expectativas de terceros. En este sentido, tienen tal consideración todas aquellas personas extrañas al negocio. Se encuentran en esta situación el propietario del bien,

(51) Sobre este punto recuérdese el artículo 121 del Anteproyecto de LUZURIAGA, donde se establecía la “subinscripción” como el asiento idóneo a estos fines.

(52) En contra, VILLARO valora la conveniencia de un asiento propio para la permuta, en el que se indique con toda claridad cuáles son los puestos trastocados (cfr. *Elementos de Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 1999, p. 153). Por su parte, ROCA (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 74), BONILLA ENCINA (cfr. “La prioridad en el Sistema hipotecario español”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, II, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, 1975, p. 523) y DE LA RICA Y ARENAL (cfr. “Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”, en *Libro-Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, 1976, p. 431) postulan por un sistema mixto: una inscripción independiente acompañada de las pertinentes notas al margen de cada hipoteca permutada. En defensa de la postura de estos autores podría argumentarse la exigencia de inscripción en los casos de cesión del crédito (cfr. art. 244 RH), dato que, sin embargo, resultaría contrarrestado por ser la nota marginal el asiento elegido por el legislador para manifestar la subrogación en el crédito (cfr. arts. 231 RH, 659.3 LEC o 5 de la Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios).

el deudor no propietario, el titular de un derecho no inscrito –básicamente el acreedor quirografario– y los titulares de derechos que sí se encuentran inscritos al tiempo de su formalización.

Por lo que respecta al primero de ellos, nunca resultará lesionado por el cambio dado que en nuestro país no se admite la llamada hipoteca de propietario, figura por la que se le reconoce el derecho a disponer del rango de los derechos que vayan extinguiéndose por causas voluntarias. En los ordenamientos donde se establece, el propietario ha de prestar su consentimiento a la permuta entre dos hipotecas constituidas sobre su finca, pues se entiende que su recíproco movimiento tabular no impide la automática ocupación del mejor puesto por su parte (53).

Tampoco es necesario que se pronuncie el deudor no propietario para que el negocio tenga eficacia; si no se requiere su consentimiento para la cesión del crédito hipotecario, “menos puede exigirse el expreso para alterar la prelación de los distintos créditos o para establecer la posición relativa de los respectivos derechos reales, máxime si se tiene en cuenta que el orden de inscripciones puede determinarse por un hecho independiente de la voluntad del dueño de la cosa hipotecada y al amparo de los principios objetivos sobre que descansa el régimen inmobiliario” (54).

En cuanto a los acreedores quirografarios, se ha de distinguir entre los del deudor y los del permutante, que empeorará en rango. Los primeros no sufrirán daño alguno por el pacto, ya que les dará igual cuál de los acreedores hipotecarios haya de ocupar un puesto u otro, en atención a que éstos cobrarán siempre por delante. En cuanto a los segundos, se ha de presumir, en principio, su falta de perjuicio. Si se sintieran defraudados, y no tuvieran otro modo de cobrar lo que se les deba, siempre podrían ejercitar la acción revocatoria o pauliana. En este punto, se vuelve a poner de manifiesto la importancia de hacer constar la causa del negocio, pues el artículo 1297 CC presume en fraude de acreedores cualquier “enajenación” a título gratuito.

Son terceros, además, los titulares inscritos que no participen directamente del negocio. Sin embargo, a no todos ellos afectará; se sustraen quienes ostentan mejor rango sobre todos los derechos intervinientes, dado que el principio de prioridad les salvaguarda. Por idéntica razón, los titulares de derechos de peor rango a los permutantes, a quienes importará poco el orden concreto de los que tengan por delante. También es

(53) En su párrafo tercero, el § 880 BGB establece expresamente el requisito que aquí estoy comentando.

(54) Resolución de 5 de febrero de 1915. En contra, CHICO Y ORTIZ, único autor que, sin alegar motivos, se ha pronunciado sobre la conveniencia del consentimiento del dueño de la finca (cfr. *Estudios...*, cit., I, 2000, p. 329).

clara la solución cuando el derecho que retrocede está gravado, a su vez, por cualquier otro. En tal hipótesis, su titular debe consentir la permuta, porque nadie puede disponer de lo que no es suyo (al menos, por completo). Así, por ejemplo, el usufructuario de un crédito deberá autorizar la permuta de la hipoteca que lo garantice a favor de otra de inferior rango. Lo mismo sucede con los acreedores subhipotecarios. Si no se obtuviera su consentimiento, el negocio no podría inscribirse (55).

b') La protección de los titulares intermedios.

La cuestión se complica respecto a los titulares inscritos entre los que van a intercambiar sus rangos. Los autores sostienen unánimemente la intangibilidad de sus derechos. Ahora bien, en lo que no se ponen de acuerdo es en determinar en qué casos y bajo qué circunstancias llega a producirse ese perjuicio, pudiendo distinguirse al respecto tres teorías.

a'') Teoría tradicional.

La concepción clásica considera que la permuta de rangos es posible siempre, pero con sometimiento a un límite insoslayable: la cantidad asegurada por la primera de las hipotecas a permutar (56). Para ROCA SASTRE, el negocio deja intacta la hipoteca intermedia en todo caso, tanto cuando la hipoteca que avanza es de igual importe que la retrasada como cuando sólo se permuta por la misma cantidad que aquélla. En los supuestos en los que la hipoteca inferior supere la cantidad de la primera, la permuta se limitaría a ese importe, quedando el resto como hipoteca posterior en el último rango que le corresponda (57). ALBALADEJO, por su parte, se plantea el dilema de si el cambio de rango se puede llevar a cabo sin el consentimiento de los titulares intermedios, para evitar que les

(55) Este es otro de los requisitos establecidos por el § 880 BGB: “si el derecho que retrocede está gravado con el derecho de un tercero, se aplican oportunamente las disposiciones del parágrafo 876”. El precepto al que se remite prescribe la necesidad de contar con el consentimiento de esa persona para la cancelación del derecho.

(56) En la doctrina extranjera mantienen esta teoría, entre otros, PLANIOL y RIPERT (cfr. *Tratado práctico de Derecho civil francés*, DÍAZ CRUZ, [trad.], XIII-2.^a, La Habana, Cultural, 1940, pp. 654-655), RUBINO (cfr. ob. cit., p. 393), MAIORCA (cfr. Voz “*Ipoteca*” [*Diritto Civile*], en *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Turín, UTET, 1963, pp. 140-141), MESSINEO (cfr. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, IV, SENTÍS MELENDO [trad.], Buenos Aires, Ed. Europa-América, 1971, p. 119) LÓPEZ DE ZAVALÍA (cfr. *Curso introductorio al Derecho Registral*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de Tucumán-Víctor de Zavallía, 1983, p. 385) o ALTERINI (cfr. “Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación”, en *Revista del Notariado* [Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Argentina] núm. 720 [1971], pp. 2038-2039).

(57) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 73.

perjudique en todo caso, o si es posible prescindir de su consentimiento, pero sin que quepa perjudicarles (58). En su opinión, ha de resolverse en este último sentido, primero, por el hecho de que el interés de estos terceros resultaría suficientemente protegido; segundo, por la ausencia de un precepto legal que imponga su aceptación expresa. Y, así, concluye que, “salvo que hayan prestado este consentimiento (incluso con posterioridad al cambio), el derecho de hipoteca que se les antepuso no tiene virtualidad frente a ellos por una entidad mayor que la que tenía el que ocupaba anteriormente el puesto” (59).

Según esto, si sobre una finca figuran tres hipotecas, A por 20.000, B por otras 20.000 y C por 30.000, la permuta de rangos entre A y C no podría tener efectos frente al segundo acreedor por más de los 20.000 correspondientes a la primera; en cuanto a los 10.000 restantes, el titular de A compartiría el último rango con el de C, aunque en las relaciones internas entre ambos la permuta seguiría actuando de tal modo que, para cuando el remate sólo alcanzara los 50.000, aquél quedaría sin cobrar. Ahora bien, si el titular de B consiente expresamente la permuta, ésta le sería oponible por toda la cantidad asegurada por la hipoteca adelantada.

b'') Teoría crítica.

Fácilmente se observa el principal inconveniente de la teoría tradicional: la cuantificación como criterio de determinación del grado de afectación que pueden sufrir por la alteración de su rango los titulares intermedios. La inutilidad del criterio se mostraría no sólo cuando los derechos a permutar no fueran de garantía (por ejemplo, un usufructo que cede su lugar a una hipoteca), sino también cuando ambos gozaran de esa naturaleza, pues no alcanzaría a comprender todas las particularidades que entre ellos pudiera haber; es decir, las diferencias o similitudes entre dos hipotecas no pasarían por comprobar exclusivamente la cantidad por ellas garantizada. Por esta razón, otro sector doctrinal mantiene la conveniencia de confrontar otras circunstancias (60). Entre otras, se apuntan el plazo, las causas de vencimiento, el tipo de interés o la solvencia del deudor. Así, la permuta no podría inscribirse sin contar previamente con los titu-

(58) *Derecho...*, cit., III, pp. 769-770.

(59) *Ibidem*.

(60) Cfr. GARCÍA GARCÍA: *Derecho...*, cit., II, pp. 722 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1986, p. 447; CHICO Y ORTIZ: *Estudios...*, cit., II, 2000, p. 1657; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR: “Hipoteca: reserva, permuta, posposición de rango”, en *La Ley* (Revista Jurídica argentina), tomo 154 (1974), p. 1000; MARIANI DE VIDAL: *Curso de derechos reales*, III, Buenos Aires, Zavalía, 2004, p. 271.

lares intermedios, en los supuestos en los que la hipoteca de peor rango venciera antes, tuviera un interés superior o incorporara cláusulas mucho más gravosas (61). Igualmente, si la finca estuviera gravada por distintas hipotecas, y el deudor de alguna de ellas no fuera el propietario, la mejora de rango de su respectiva hipoteca perjudicaría a esos titulares, quienes habrían confiado en la segura extinción por pago de la hipoteca retrasada (62).

La consecuencia práctica de esta teoría es la restricción de la permuta a aquellas muy remotas hipótesis en las que las características básicas, tanto subjetivas como objetivas, de los derechos participantes sean tan parejas que no puedan dar lugar a lesión alguna a los titulares intermedios.

c”) Teoría de la múltiple posposición.

Frente a las anteriores, una tercera corriente profundiza en las bases del sistema para negar en cualquier caso la permuta de rangos cuando existieran titulares intermedios que no la hubieran consentido. Su mayor defensor ha sido SANZ, quien sostenía que se había de contar siempre con ellos porque todo acto dispositivo sobre el rango inmediatamente superior lesionaría su expectativa de avance automático (63). Se daría una situación muy similar a la prevista en el Derecho alemán, donde, al tener el propietario la facultad de aprovechar el puesto de la hipoteca ya satisfecha, se exige su consentimiento. El modelo de rango progresivo no toleraría una maniobra de corrimiento en la escala registral distinta a la que de él se derivara. De este modo, no podría hablarse nunca de un negocio bilateral sobre el rango hipotecario, sino de sucesivos actos unilaterales de posposición hasta llegar finalmente al resultado querido por las partes. Cuando los titulares intermedios no la autoricen, la posposición del derecho de mejor rango, o les aprovechará, como si se hubiera pospuesto también a su favor, o no les afectará, al tratarse de un “negocio obligacional por virtud del cual el primer titular se obliga con el tercero a cederle las ventajas de su posición preferente en caso de ejecución; y este

(61) Cfr., en este sentido, GARCÍA GARCÍA: *Derecho...*, cit., II, p. 724.

(62) De este parecer, y seguido por LACRUZ (cfr. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, III-2.º, Bosch, Barcelona, 1991, p. 379), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (cfr. ob. cit., p. 447), que contesta la tesis de ALBALADEJO de no estimar perjudicial para los titulares intermedios la mayor o menor solvencia del deudor de la hipoteca que avanza (*Derecho...*, cit., III, pp. 769-770). Se trataría de un argumento defendido también por alguno de los autores adscritos a la teoría crítica; así, GARCÍA GARCÍA sostiene que, a los efectos de la permuta, la solvencia personal del deudor no es motivo para requerir el consentimiento de los titulares intermedios, de la misma manera que el acreedor puede ceder su crédito a un tercero sin tener que contar con otros titulares (cfr. *Derecho...*, cit., II, p. 726).

(63) Cfr. ob. cit., p. 73.

negocio, por su propia naturaleza, no podrá tener acceso al Registro” (64).

Más recientes son las aportaciones de CAMY y RODRÍGUEZ LÓPEZ. Para el primero, los titulares intermedios deben consentir “en consideración al orden de prioridad registral” (65). Más explícitamente, RODRÍGUEZ LÓPEZ opina que la permuta, en cuanto tal, no tiene cabida en nuestro ordenamiento, donde únicamente se permite un simple o complejo sistema de posposiciones. Sería simple, cuando sobre la finca no hubiera inscritos más derechos que los “permutantes”, y complejo, cuando constaran otros titulares, no sólo intermedios, sino también posteriores, los cuales tendrían que consentir uno por uno su propia posposición con respecto al derecho que fuera a ascender en rango (66).

El mecanismo propuesto presentaría un doble beneficio: el primero, de carácter metodológico, atendería a la explicación del fenómeno desde los patrones reconocidos en la legislación, que sólo utiliza el término de posposición (cfr. art. 241 RH). El segundo, de tipo sustantivo, consistiría en la óptima respuesta que brindaría a los supuestos en los que adoleciera de algún vicio invalidante el consentimiento de los acreedores intermedios a una permuta perjudicial a sus intereses (67). Así, mientras la adopción de la teoría crítica no aportaría solución distinta a la total ineficacia del negocio, esta teoría permitiría salvarla parcialmente, pues seguiría operando entre quienes hubieran prestado un consentimiento válido.

d”) Opinión que se mantiene.

Entre las tres teorías destacadas, creo que la más acertada, aunque no del todo, es la crítica. Las otras dos han de rechazarse; la primera, de plano, porque no aseguraría, a la postre, la protección de los titulares intermedios. La impugnación de la teoría de la múltiple posposición merece mayores comentarios.

No presenta, desde luego, tal defecto. Ahora bien, y aunque conduzca al mismo resultado que el proporcionado en la práctica por la crítica, se antoja ciertamente rebuscada para articular una permuta previamente consentida por los titulares intermedios. Tampoco parece adecuado, ni lógico, tratar de un mismo modo, por mandato del avance progresivo vigente en nuestro ordenamiento, a los titulares intermedios y a los que inscriban su derecho después del derecho que pretende adelantarse, pues, con tal me-

(64) Ibídem.

(65) Cfr. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 575.

(66) Cfr. “El rango hipotecario. Negocios sobre el rango”, en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Marcial Pons, 1995, pp. 965 y ss.

(67) Ídem, p. 973.

dida, los intereses de estos últimos, lejos de verse afectados, resultarían mejorados. Supongamos, por ejemplo, que una finca está gravada con tres hipotecas A, B, C y D, y que A permuta su rango con C. No tendría sentido limitar a las relaciones internas entre ambos el convenio, pues el titular de D sabía cuando inscribió su título que la realización efectiva de su derecho dependía de las dos hipotecas anteriores, con prescindencia del orden que hubiera entre ellas.

A mi juicio, el acreedor intermedio ha de consentir, no por así imponerle las reglas del sistema latino de rango, sino por la gran probabilidad de que sus intereses se vean afectados por la voluntaria decisión de simples particulares. Sin embargo, y a modo de matiz con respecto a los términos mediante los que la tesis crítica se formula, no es el registrador quien ha de entrar a valorar el contenido de los derechos que se desean permutar. Téngase en cuenta que el control de correspondencia entre ellos excedería con creces de sus competencias, por lo que debería presumir el perjuicio de los titulares intermedios, cuando no hubieran consentido todos y cada uno de ellos, denegando, en consecuencia, la inscripción de la escritura de permuta presentada. De este modo, y al menos en sede registral, el principio de protección de terceros, concretado en los de fe pública y salvaguardia jurisdiccional de los asientos, se impondría sobre el de libertad de contratación (68).

(68) En líneas generales, ésta es la opinión seguida por BONILLA ENCINA (cfr. ob. cit., p. 518), GUTIÉRREZ ZALDÍVAR (cfr. ob. cit., p. 1001) o GINER GARGALLO (cfr. “Permuta de rango hipotecario entre dos hipotecas existiendo derechos intermedios”, en BCRE, núm. 31 [1997], p. 2804). Para este último autor, el principio de determinación excluye la inscripción de la permuta no autorizada por los titulares intermedios, pues no se sabría muy bien si el cambio operaría respecto a ellos, y si fuera así, en qué medida, siendo “más claro exigir que la permuta produzca plenos efectos, o en caso contrario no inscribirla”. Incluso, RODRÍGUEZ LÓPEZ (cfr. ob. cit., pp. 973-974), cuando, para fundamentar su tesis, entra a rebatir los inconvenientes que en cuanto a la comprobación del perjuicio conllevaría la admisión de la crítica, parece llegar a igual conclusión.

En el Derecho comparado, algunos ordenamientos parecen haber optado por esta solución. Destacan las legislaciones uruguaya, puertorriqueña y la australiana de Nueva Gales del Sur. Para la primera, el artículo 60 de la Ley 16781, sin hacer distinciones, exige el consentimiento de los terceros “que tuvieran derechos registrados con anterioridad a la inscripción del citado convenio”. Obsérvese que dentro de esa categoría se incluyen también –injustificadamente, bajo mi punto de vista– los titulares de mejor rango a los permutantes. Con ello, seguramente se quiso evitar toda clase de problemas. La medida no se extiende respecto a los titulares no inscritos, al advertirse que los perjuicios que les ocasionen los actos dispositivos sobre el rango habrán de ser dirimidos ante la jurisdicción ordinaria. Más parca, pero no menos rotunda, se muestra la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico (1979), cuyo artículo 189 establece como requisito para la permuta el consentimiento de los “acreedores posteriores o intermedios que surjan del Registro”. Por último, la sección 56A de la *Real Property Act* de 1900, de Nueva Gales del Sur, se ocupa de la *posponement of mortgage*, figura que “no podrá ser registrada cuando exista una hipoteca entre la que va a posponerse y la que va a beneficiarse de la posposición, a menos que su titular participe en su conclusión”.

c') La cuestión en la jurisprudencia y en la doctrina de la Dirección General.

Sobre el problema que puede ocasionar una permuta entre derechos no contiguos no existe precedente jurisprudencial conocido. El supuesto más cercano lo constituye la Sentencia de 25 de enero de 1963, donde, en relación con una posposición entre dos hipotecas, y no ya de una permuta, el Supremo señaló genéricamente lo siguiente: “La alteración y cambio del rango hipotecario, por tratarse de intereses netamente privados y derechos dispositivos –derechos-poderes en beneficio exclusivo de su titular– puede lícitamente pactarse en cuanto no se halla taxativamente por prohibido en la legislación española, al amparo del artículo 1255 y concordantes del Código Civil, y así lo dan a entender las normas de los artículos 420 y 426 del vigente Reglamento Hipotecario (ambos dan cuerpo al actual art. 422), ya que las de los 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, que determinan la prioridad de las inscripciones y demás asientos registrados por la fecha del de presentación, no tienen consistencia tan rígida que los coloque en el área del *ius cogens*, inderogable por la voluntad de los particulares al condicionar sus bienes económicos, mientras, claro es, no se lesionen los del tercero”.

Aquí se habían constituido dos hipotecas: la primera, a favor de un particular; la segunda, tenía por titular al Banco Hipotecario. Más tarde, los acreedores intercambian sus rangos. Sucede que el gravamen antepuesto se ejecuta con adjudicación de la finca al actor, el Banco Hipotecario, y cancelación de todas las demás inscripciones sobre la finca. Sin embargo, la Hacienda Pública formula demanda contra los dos acreedores hipotecarios solicitando se declarara la ineficacia del “contrato de posposición”. Alegaba que el artículo 12 de la Ley Reguladora de la Contribución de Utilidades, de 22 de septiembre de 1922, establecía que donde hubiera hipoteca, ésta aseguraría el cobro de la tarifa sobre los intereses del préstamo, con la extensión, tiempo y forma que el contrato inscrito garantizara el del prestamista, sin que valiera pacto en contrario, y ello con los beneficios de la hipoteca legal que para los impuestos que recayeran sobre el inmueble determinaba la Ley Hipotecaria (cfr. actual art. 194 LH). Al amparo de esa normativa, el Estado no tenía la consideración de titular intermedio, sino que, al participar de una cierta cuota sobre la responsabilidad de la hipoteca pospuesta, debía haber sido llamado por el acreedor al acto de posposición.

Tampoco la Dirección General ha tenido oportunidad de pronunciarse directamente sobre el tema. No obstante, de varias de sus Resoluciones se deduce su preocupación por la debida protección a esta categoría de terceros. Así, en las de 23 y 24 de abril y 3 de junio de 1996 declara

inadmisible la “posposición” entre embargos, aun cuando se autorizara por el Tribunal que haya ordenado el de mejor rango y no existieran “titulares intermedios que pudieran resultar perjudicados”.

Incidentalmente destaca la Resolución de 26 de marzo de 1999. En ella se responde a un recurso contra la decisión de un registrador de rechazar la escritura donde se pretendía modificar con efectos retroactivos una opción ya inscrita. El Centro directivo lo desestima al entender: “a) Que la modificación de un derecho real limitado preexistente, lo mismo que su originaria constitución, se produce jurídicamente desde el momento en que el negocio constitutivo o modificativo tiene todos los requisitos legalmente prevenidos para su eficacia (cfr. arts. 609 y 1261 y ss. CC), sin que en ningún caso puedan los otorgantes convenir que el nacimiento o la modificación de un derecho preexistente se entienda operada jurídicamente y frente a todos desde un momento anterior; b) Que nadie puede disponer de los derechos de otro si no ostenta por ley o por propia voluntad del titular, su representación (cfr. arts. 1259 y 1257 CC), de manera que los derechos constituidos sobre los bienes cuestionados en el ínterin entre la constitución originaria del derecho de opción y su ulterior modificación, en modo alguno podrán verse afectados por esta última si no ha mediado el consentimiento de los titulares respectivos; c) Que el principio de prioridad registral determina que entre derechos reales que no sean incompatibles, el que primero acceda al Registro prevalecerá íntegramente sobre el posteriormente inscrito (cfr. art. 17 LH) en tanto no medie la rectificación del asiento anterior, lo que precisará el consentimiento del titular respectivo o la oportuna resolución judicial (cfr. art. 1 LH)”.

En sus alegaciones, los particulares cuestionaban que el registrador se hubiera arrogado la competencia, estrictamente jurisdiccional, de valorar el perjuicio que hubieran de sufrir los anotantes intermedios si se llegara a inscribir el título presentado. Aquél les contestó señalando que en sede hipotecaria, por la propia naturaleza de la función registral y la aplicación del principio de prioridad, el perjuicio nunca necesita ser probado, ni tan siquiera alegado. Repárese en la utilidad del debate suscitado en relación con la posición de titulares intermedios frente a una permuta de rangos.

Con todo, de las Resoluciones citadas sólo se concluye la impugnación de la teoría de la múltiple posposición, ya que no mencionan en ningún momento a los titulares posteriores, cuya expectativa sobre el rango superior, según ese sector doctrinal, se activaría ante la desocupación, aun voluntaria, de éste. En cuanto a las restantes teorías, la tradicional y la crítica, existen escasos elementos de juicio para considerar la asunción de una u otra. Sin embargo, el hecho de que simplemente se mencione el perjuicio como límite, sin especificaciones, hace pensar en un mayor acercamiento a la segunda.

e) Efectos.

Desde la inscripción de la permuta, cada derecho va a ostentar el rango del otro como si gozara de él desde el principio. Sus efectos resultan irrevocables, a salvo del supuesto excepcional de que se demostrara judicialmente la nulidad del convenio. Los derechos ocuparán su nuevo puesto con total independencia de lo que le suceda en adelante al otro. Así, el titular de rango superior habrá de conservarlo aunque se cancele por cualquier causa el de peor rango.

No sucede lo mismo en el Derecho alemán, donde el párrafo cuarto del § 880 BGB establece que “el rango asignado al derecho que avanza no se pierde por la circunstancia de que el derecho que retrocede sea suprimido por negocio jurídico”. Sobre esta norma, dice WOLFF que “si después de la modificación de rango se extingue el puesto que retrocedió (por ejemplo, el usufructo, por defunción del usufructuario), la modificación se hace ineficaz: los derechos intermedios avanzan siguiéndoles el puesto avanzado por la modificación. Sólo hay una excepción: si el derecho retrocedido se suprime mediante negocio jurídico (declaración de abandono y cancelación), se mantiene el rango preferente del puesto avanzado. Aquí, por cierto, la modificación del rango alcanza también a los titulares intermedios; pero es justo, ya que no tenían derecho alguno a la supresión del puesto retrocedido” (69).

Encontramos aquí un nuevo argumento a favor de la teoría defendida para nuestro ordenamiento. Si se exige el consentimiento de los titulares intermedios en todo caso, se evitaría que la permuta realizada sin su consentimiento, dentro de los límites de responsabilidad de la de mejor rango, pudiera quedar sin efectos para cuando ésta se cancelara previamente.

B) La posposición.

1. Rasgos básicos.

La posposición es la renuncia de rango que hace un titular en beneficio de otro, quien mejora su posición tabular por aplicación del sistema legal de avance de puestos. Es ésta la gran diferencia entre este negocio y la permuta de rangos, cuyos efectos no se producen sin la voluntad concurrente de los interesados. En la posposición, por contra, las partes negocian sobre el rango, pero apoyándose en las reglas del corrimiento de

(69) ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., p. 256.

escalas, sin la cual este tipo carecería de sentido (70). De ello se deduce la esencial contigüidad que deben guardar los derechos participantes, porque, de lo contrario, al avanzar el que hubiera nacido con peor rango no podría ocupar el lugar dejado vacante por el posponente. Por idéntica razón, no resulta preciso contar con la voluntad del favorecido, pues su progresión habría de tener lugar, en todo caso, y como efecto reflejo de la renuncia del titular inmediatamente anterior.

Junto a la nota de correlatividad, se ha de indicar que la posposición opera con efectos registrales aun cuando existen derechos posteriores al que es objeto de anteposición. En cambio, para los valedores de la teoría de la múltiple posposición expuesta para la permuta de rangos, esto no sería posible: o avanzan todos los titulares o no avanza ninguno (71). Si cualquier acto dispositivo sobre el rango provoca, sin que puedan los particulares impedirlo, el automático ascenso de todos los posteriores, no resultará viable la posposición directa en provecho del titular contiguo, sin favorecer igualmente a los demás titulares de peor rango. Así, gravando tres hipotecas, A, B y C, una finca, la posposición de A a B sólo se produciría si A se pospone también a C, quedando la duda de si podría inscribirse el pacto cuando esto último no se hubiera previsto.

El concepto de posposición mantenido, aunque no se corresponde con el seguido tradicionalmente en la doctrina, donde se concibe como la cesión de rango de un derecho inscrito –generalmente, una hipoteca– a favor de otro no inscrito que se constituye simultáneamente o después de consentida la posposición (72), sí se ajustaría a la opinión de ciertos auto-

(70) Se comprende, por tanto, el porqué de la inexistencia de la posposición en los ordenamientos adscritos al sistema de puestos fijos.

(71) Tal como sostienen SANZ (cfr. ob. cit., p. 72) y RODRÍGUEZ LÓPEZ (cfr. ob. cit., p. 970). Más explícitamente, entiende CAMY que la posposición se da cuando “el titular de un derecho real consiente en que el mismo pase a ocupar el último lugar en la escala de preferencia de los derechos reales que graven una finca, conforme al principio de prioridad registral” (*Garantías...*, cit., p. 573).

(72) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 74; CHICO Y ORTIZ: *Estudios...*, cit., I, 2000, p. 328; BONILLA ENCINA: ob. cit., p. 519; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1995, p. 856; CRISTÓBAL MONTES: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, Librería General, 1986, p. 274; MESA LAGO: *La reserva de prioridad*, La Habana [s. e.], 1959, p. 62; PAU PEDRÓN: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, Fundación para la Formación de Altos Profesionales, 1996, p. 85. Desde esta misma perspectiva, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de enero de 1991 quiso distinguir entre posposición y permuta. Como allí se dijo, ambas figuras “se refieren a una alteración de rango, dando preferencia a una posterior, pero se diferencian en que mientras en la de permuta están ya constituidas las dos hipotecas a las que afecta la modificación de rango, cambiando su prelación, adelantando un puesto la que ha sido inscrita con posterioridad, puesto que pierde la que fue inscrita con anterioridad, en la de posposición, la hipoteca que obtiene un grado preferente a la pospuesta es una hipoteca nueva que nace con rango preferente, hipoteca que no estaba inscrita con posterioridad”.

res y, lo que es más importante, a la postura actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Glosando el artículo 241 RH, DE LA RICA ARENAL se pregunta si, no obstante su redacción, estaba permitida la posposición entre derechos correlativos (73). Respondía afirmativamente al entender que el Reglamento se había limitado a ordenar un caso, el de la reserva de rango, sin precluir cualquier otro. Sin embargo, no se decidía a abandonar en su calificación la categoría de permuta. Así, dentro del término genérico de posposición, para él, equivalente a todo acto de disposición sobre el rango, diferenciaba dos tipos: la posposición entre derechos inscritos, denominada usualmente permuta, y la posposición entre un derecho inscrito y otro de futura inscripción, distinguiendo, para esta segunda hipótesis, otros dos supuestos: la posposición estipulada en el momento de constitución del posponente (reserva de rango) y la convenida después de su inscripción (posposición en sentido estricto) (74).

Por su parte, LACRUZ se refiere a la posposición como “el cambio de sitio de dos derechos contiguos, o sea, situados uno tras otro, porque el anterior cede su puesto al posterior” (75). Sin embargo, al apuntar su consecuencia principal, la abdicación por el titular de su derecho *relativamente* a otros que le siguen inmediatamente, no se sabe muy bien si le otorga eficacia real o simplemente un contenido obligacional (76). GARCÍA GARCÍA se aproxima algo más a la tesis propuesta. Bajo su punto de vista, lo que haría especial a la posposición no es el trueque de rangos entre un derecho inscrito y otro que ha de estarlo en el futuro, sino su consustancial unilateralidad (77). Aunque no le falta razón cuando resalta para el negocio esa circunstancia, el autor no logra dar el siguiente paso lógico y otorgar carta de naturaleza a la posposición con respecto a la permuta. GÓMEZ GÁLLIGO y DEL POZO CARRASCOSA no cometen este error, y lo definen como el cambio unilateral de puestos entre dos derechos, situados uno a continuación del otro, advirtiendo su admisibilidad general, pues “no perjudica a los demás titulares de derechos reales sobre la finca, anteriores o posteriores” (78).

Este punto de vista acerca de la posposición parece haber sido asumido por la Resolución de 4 de noviembre de 2000. El supuesto de hecho

(73) Cfr. ob. cit., pp. 427-428.

(74) Ibídem, nota 18.

(75) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: ob. cit., p. 127.

(76) En otro volumen de su *Tratado*, el autor parece inclinarse hacia la opinión mantenida en el texto (cfr. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, III-2.º, Barcelona, Bosch, 1991, p. 379).

(77) *Derecho...*, cit., II, p. 728.

(78) Ob. cit., p. 123.

era el siguiente. Un crédito hipotecario inscrito es cedido a varias personas. Más tarde, se conviene una segunda hipoteca, que en el mismo acto de su constitución se antepone por los cesionarios a su derecho. La hipoteca y la posposición se instrumentan en documentos distintos, pero con número de protocolo sucesivo. Presentada a inscripción la posposición, el registrador la rechaza por varios motivos, alguno de los cuales reseñado en páginas anteriores. El que ahora interesa es el séptimo. En él se sigue literalmente la corriente tradicional y se deniega la posposición al entender que, estando inscritas ambas hipotecas (en realidad, la segunda estaba pendiente de despacho), el negocio en cuestión ya no tenía ese carácter, sino el de una permuta de rangos. Por ello era necesario reflejar, como no se hizo, el consentimiento del titular antepuesto. Ante esta calificación, se interpone recurso gubernativo, en cuyos fundamentos –no muy bien explicados, por cierto–, se reivindica la posposición con base en la falta de inscripción definitiva de la segunda hipoteca (79). Si, aun así, se exigiera el consentimiento del favorecido, éste debía presumirse *facta concludentia*, pues la posposición se había celebrado ante el mismo notario y a continuación de la hipoteca.

El fallo se inclina del lado del registrador, aunque con argumentos muy distintos a los que él había expuesto. En este sentido, se determina que “la posposición de una hipoteca a otra posterior puede ser fruto de un negocio bilateral, si así lo convienen los titulares de ambas hipotecas, pero también de un negocio jurídico unilateral, como consecuencia de la voluntad tan sólo del titular de la hipoteca que se pospone. Sus efectos directos se traducen en la pérdida de rango del derecho de quien voluntariamente lo pospone y sólo de forma indirecta en un beneficio para quien, como consecuencia de ello, ve mejorado el rango del suyo, al igual que ocurre en el caso en que se consienta la cancelación, por cualquier causa, de una hipoteca preferente, al punto que ni tan siquiera cabe configurar aquella declaración de voluntad unilateral como recepticia, condicionada al conocimiento del favorecido” (80).

2. *Requisitos.*

Si se sostiene que la posposición se da entre derechos inscritos carece de sentido aplicar el artículo 241 RH, cuyas previsiones, en cuanto a la necesaria fijación de la responsabilidad máxima que hubiera de garan-

(79) El recurrente seguramente acudió a ROCA, para quien la permuta no puede darse entre títulos simplemente presentados (cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 72).

(80) Acerca del carácter recepticio de este tipo de declaraciones de voluntad debe recordarse, en efecto, que no lo son respecto al favorecido, sino al registrador.

tizar el derecho que vaya a anteponerse y al plazo para su inscripción, sólo encuentran fundamento para cuando ese derecho no existe en el presente (81).

a) Elementos reales.

La posposición tiene lugar entre dos derechos registrados. Según se dice, también resulta viable pactarla, al igual que ocurriría con la permuta, en la escritura del derecho cuyo puesto va a avanzar. En estos casos, estaríamos ante lo que la doctrina tradicional tiene por posposición. Ahora bien, si al presentarse esa escritura, se hubiera inscrito otro derecho, o estuviera pendiente de despacho, llegando a inscribirse después, el registrador no podría admitirla al no constar el consentimiento de su titular. En puridad, si aparece un titular intermedio, dejaría de ser un supuesto de posposición, pasando a considerarse como permuta.

b) Elementos personales.

Es necesario el consentimiento expreso del titular que se pospone. Nada obsta, como bien se dice en la Resolución de noviembre de 2000, a que el titular antepuesto intervenga directamente en el acto, al haberse pactado, por ejemplo, un precio. En estos casos, la posposición tendrá un carácter bilateral, sin que la voluntad del beneficiado repercuta en los efectos registrales que haya de producir el negocio.

c) Elementos formales.

La escritura pública donde conste la posposición deberá motivar una nota al margen del derecho pospuesto y otra al margen del antepuesto. En contra, en el supuesto descrito en la analizada Sentencia de 25 de enero de 1963, la posposición generó un asiento de inscripción específico. Si la posposición se hubiera formalizado en el título del derecho a anteponer, se prescindiría de la segunda de esas notas, haciendo referencia del negocio en la inscripción que para él se hubiera de practicar.

(81) Sobre este particular, señala ALBALADEJO que es posible la posposición a hipoteca no futura, sin más que cumplir con el primero de los requisitos del artículo 241 RH –consentimiento del posponente–, pues los demás no son adecuados, por estar inscrita la hipoteca cuyo puesto se adelanta (cfr. *Derecho...*, cit., III, p. 770).

3. Efectos.

Al igual que la permuta, la posposición implica el cambio definitivo de dos derechos inscritos en cuanto a su rango. Repárese en que, como para aquella hipótesis, no ha de suponer “la producción, ni siquiera momentánea, de una vacante del rango de la hipoteca que retrocede como corolario de la negociación, pues ese vacío sería ontológicamente incompatible con el funcionamiento espontáneo y fluido del sistema de rango de avance o progresivo. Lo que ocurre es un desprendimiento intencionalmente sincronizado del rango correspondiente a cada uno de los derechos que se suplantán en la escala de prioridades en que se ubica el negocio celebrado” (82). Y ese desprendimiento instantáneo encontraría fundamento en la libertad de contratación de los particulares.

C) La reserva de rango.

1. *La reserva de rango en el Derecho Comparado: su regulación en el BGB.*

De los grandes cuerpos europeos, destaca la regulación que ofrece el BGB sobre la reserva de rango. Su parágrafo 881 se expresa del siguiente modo:

“Al gravar la finca con un derecho, el propietario puede reservarse la facultad de hacer inscribir otro derecho, de alcance determinado, con un rango preferente.

La reserva necesita la inscripción en el Registro; la inscripción debe practicarse con el derecho a retroceder.

Si la finca se enajena, la facultad reservada se traspaşa al adquirente.

Si antes de la inscripción del derecho al que está atribuido el rango preferente, ha sido gravada la finca con un derecho sin la reserva consiguiente, el rango preferente no tiene ninguna eficacia en tanto que el derecho inscrito con la reserva, a consecuencia del gravamen inscrito entretanto, sufriese un perjuicio que exceda de dicha reserva.”

En virtud de esta redacción, cuando se pacta la constitución de una hipoteca, el dueño del fundo puede preservar un puesto para otro de futura constitución. La reserva no tiene carácter unilateral, sino que exige un convenio *ad hoc* entre el propietario y el titular del gravamen que tendría derecho a ocupar el rango reservado.

(82) COGHLAN: *Teoría general del Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 175.

La primera cuestión que plantea la reserva de rango hace referencia a su utilidad práctica en un sistema donde se admite la hipoteca de propietario (en puridad, deuda inmobiliaria de propietario o *Eigentum-grundschuld*), pues el objetivo –fomento del crédito territorial– para el que fue creada podría ser cumplido por ésta. Sin embargo, existen entre ambas figuras importantes diferencias (83): a) mientras que la reserva es una facultad vinculada al derecho de propiedad, la hipoteca de propietario se configura como un derecho real independiente; b) la reserva es un negocio bilateral; la hipoteca de propietario, estrictamente unilateral; c) en la reserva, el favorecido es un tercero, en la hipoteca, el dueño; d) la reserva resulta intransmisibile; la hipoteca puede, luego de constituirse, enajenarse por el propietario a uno de sus acreedores; e) la reserva no adquiere completa eficacia hasta la llegada del derecho a cuya disposición se convino; la hipoteca de propietario, como cualquier otro derecho real, es eficaz desde el momento mismo en que se inscribe; f) en consecuencia con esto último, la hipoteca de propietario no se mediatiza en su desenvolvimiento por el llamado rango relativo, como sí sucede respecto a la reserva de rango. En este punto, debe recordarse que el rango relativo es el fenómeno, genuinamente alemán, que se deriva de la limitación de la reserva de rango con respecto a los acreedores que llegaron a inscribir su derecho en el tiempo que va desde la reserva hasta la inscripción del derecho favorecido por ella. Obsérvese el último párrafo del § 881 BGB, en cuya virtud estos titulares no podrán verse afectados por la reserva de un derecho todavía no constituido, por lo que sólo serán inferiores en rango con respecto al montante del gravamen ya inscrito. Esta condición hace del mecanismo de la reserva un verdadero embrollo donde la relación de rango se particulariza hasta límites insospechados (84).

La reserva de rango se extingue de varios modos. Antes de su ejercicio, podrá producirse por la propia extinción del derecho gravado, lo cual es una consecuencia de su carácter bilateral. También, por negocio jurídico, en cuyo caso se discute si basta la simple declaración del propietario ante el Registro o se requiere un acuerdo real; con todo, en este acuerdo no participaría, cuando se hubiera inicialmente designado, la persona a cuyo favor se hizo la reserva, ni siquiera prestando su asentimiento, pues no sería titular de derecho real alguno (85). Después de su ejercicio, cabe

(83) Algunas de ellas señaladas por WEIRICH (cfr. “Der Rang im Grundbuch”, en *Jura* 1993, p. 347).

(84) Cfr. DE REINA TARTIÈRE: *La prioridad...*, cit., pp. 107 y ss.

(85) Para WOLFF, la reserva se extingue por acuerdo e inscripción (cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., p. 260). En el mismo sentido, BAUR (cfr. *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munich-

plantearse si la reserva ha quedado extinguida. La opinión negativa parece unánime en el entendimiento de que puede volver a operar una vez se haya cancelado el derecho que la hubiera aprovechado (86).

La legislación alemana no es la única en recoger la reserva de rango. Destacan, igualmente, la austriaca y la italiana, en ella inspirada, de los *Libri Fondiari*. Sus diferencias con el del BGB quedarían expuestas por dos factores: la primera, su configuración como una auténtica reserva de prioridad, con extensión a toda clase de títulos, no sólo de gravamen, sino también adquisitivos o traslativos. La segunda, el no necesitar de un acuerdo previo con otro acreedor. En estos ordenamientos, la reserva dependerá de la simple voluntad del dueño, quien libremente dispondrá de un puesto para un próximo gravamen o asegurará el estado registral de su finca en favor de un futuro adquirente.

2. La reserva de rango en el Derecho español.

El artículo 241 RH dice:

“Para que la posposición de una hipoteca a otra futura pueda tener efectos registrales será preciso:

1.º Que el acreedor que haya de posponer consienta expresamente la posposición.

2.º Que se determine la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima.

3.º Que la hipoteca que haya de anteponerse se inscriba dentro del plazo necesariamente convenido al efecto.

La posposición se hará constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca pospuesta sin necesidad de nueva escritura, cuando se inscriba la hipoteca futura.

Transcurrido el plazo señalado en el número 3.º sin que haya sido inscrita la nueva hipoteca caducará el derecho de posposición, haciéndose constar esta circunstancia por nota marginal.”

Sobre el alcance de esta norma polemiza la doctrina acerca del concreto supuesto de hecho que identifica. Para la mayoría, se trata de una

Berlín, Beck, 1960, p. 136). SEUFERT entiende que en la práctica bastará el consentimiento formal del propietario (cfr. *Staudigers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, III-1.ª, Berlín, Schweizer, 1956, p. 197).

(86) Cfr., por todos, BAUR, ibídem.

posposición en sentido estricto, esto es, de un negocio sobre el rango entre un derecho inscrito y otro que se constituirá más adelante (87). Otros pocos restringen su objeto en torno a lo que denominan reserva de rango o puesto, en alusión a la hipoteca que se inscribe con la condición de posponerse a otra futura (88). Así, con acierto, apuntan que la omisión en el Reglamento de referencia alguna al asiento donde publicar el negocio en tanto en cuanto no llegara el derecho a anteponer sólo significaría una cosa: su inserción en el asiento de la hipoteca pospuesta, concluyéndose, entonces, que la norma sólo atendería, con carácter expreso, a la posposición de la hipoteca que se inscribiera a otra al tiempo no constituida (89).

En realidad, la discusión entre los autores resulta superflua, pues, según ellos mismos reconocen, el artículo está llamado a regular, ya sea por vía directa, ya por analogía, todas las hipótesis de cesión de rango a favor de derechos futuros, con prescindencia de la situación registral del cedente (90). Es justamente esta circunstancia la que justifica una categoría especial dentro de los convenios sobre el rango. Dentro de ella se clasificarían todos los negocios que anunciaran un próximo cambio en el orden registral, por no accionar sus efectos hasta la inscripción de un determinado derecho. La calificación más adecuada a esa función preparatoria sería la de reserva de rango.

Tanto en la posposición como en la permuta, los derechos ya están inscritos, o al menos, presentados, y simplemente se invierte o intercambia la relación de rango que les corresponde. En la reserva, esa alteración no se realiza desde un principio, simplemente se avisa, por lo que es imprescindible determinar las características básicas del derecho aún no inscrito. En su virtud, la coordinación temporal entre el negocio sobre el rango y el título favorecido resulta un buen indicio para distinguir la reserva de los otros dos tipos. Así, si aquél llega más tarde o ambos se presentan simultáneamente se trataría de una posposición o permuta en los

(87) Cfr. ALBALADEJO: *Derecho...*, cit., III, p. 770; GUILARTE ZAPATERO: "Pactos en la hipoteca inmobiliaria", en NIETO CAROL (coor.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-2.º, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, 1996, p. 160; PÉREZ y ALGUER, en ENNECERUS-KIPP-WOLFF: ob. cit., pp. 257 y 263; BLASCO GASCÓ: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 412; PAU PEDRÓN: *Manual...*, cit., p. 85.

(88) Cfr. BONILLA ENCINA: ob. cit., pp. 520 y ss.; CANO TELLO: *La hipoteca de concesiones administrativas*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 215; LACRUZ BERDEJO *et al.*: ob. cit., III-2.º, p. 379.

(89) Cfr. BONILLA ENCINA: ob. cit., pp. 521-522.

(90) Cfr., entre otros, DE LA RICA Y ARENAL, ob. cit., p. 428; LACRUZ BERDEJO *et al.*: ob. cit., III-2.º, p. 379; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 81; GUILARTE ZAPATERO: "Pactos...", cit., p. 161; CANO TELLO: ob. cit., p. 217; PÉREZ y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., p. 263; GARCÍA GARCÍA: *Derecho...*, cit., II, p. 730.

términos ya explicados. Piénsese en que la práctica demuestra día a día que los requisitos contenidos en los ordinales segundo y tercero del artículo 241 RH, esto es, la descripción del derecho que haya de anteponerse y el señalamiento de un plazo para su inscripción, no resultan imprescindibles para la inscripción del negocio si se hace una sucinta referencia a éste en el título favorecido que ingresa al mismo tiempo. En este sentido, y mucho antes de aparecer la norma reglamentaria, la Dirección General había señalado que la indeterminación en un título de posposición se destruiría “con la presentación simultánea de la segunda y por la identidad de personas, cosas y derechos en ambas relacionado” (91). Lo mismo sucede cuando una escritura de hipoteca incorpora una cláusula especial señalando el consentimiento de otro titular para pasar a peor rango. Repárese en que en ambos casos la “hipoteca futura” de la que habla el Reglamento, y que es el fundamento de la reserva de rango como tal, no aparecería por ningún lado.

Ahora bien, también se comprueba la conveniencia del cumplimiento del precepto también en esos casos. Por ejemplo, con respecto a la hipoteca con cláusula de posposición inserta, cabría preguntarse qué sucedería si el registrador rechaza la escritura por defectos insubsanables no vinculados a esa estipulación; ¿sería inscribible la posposición no obstante? El acreedor sería el primer interesado. Sin embargo, para registrarse independientemente, el negocio debería señalar, al menos, un plazo para la inscripción del nuevo título. En cuanto a la responsabilidad máxima garantizada, cabría entender por tal la cantidad asegurada en todos sus conceptos por la hipoteca presentada, siempre y cuando aquella calificación negativa no hubiera recaído sobre alguno de ellos.

Para destacados autores, la reserva de rango así considerada no debe confundirse con la figura de idéntico nombre regulada en el BGB (92). Afirman que la auténtica reserva sólo podría implementarse en los sistemas de autonomía del rango o de rango fijo, siendo inconcebible en los que lo valoraran con dependencia a un derecho inscrito (93). Ello expli-

(91) Resolución de 5 de febrero de 1915.

(92) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 75-76; COSSÍO Y CORRAL: ob. cit., p. 190; RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit., pp. 961 y ss.

(93) Para RODRÍGUEZ LÓPEZ, “el sistema de reserva, en sus múltiples variantes, presupone como ineludible la aceptación de la figura de la hipoteca de propietario, porque ésta, explícita o implícitamente se halla presente en el fundamento de aquélla” (ob. cit., p. 963). Del mismo modo, COSSÍO Y CORRAL se pregunta, siguiendo la redacción § 881 BGB, si es posible que un propietario, al constituir un derecho real sobre la finca, se reserve la facultad de inscribir después otro de determinado alcance, con rango anterior y preferente. Su respuesta es negativa, dado que la Ley Hipotecaria no ampararía la hipoteca de propietario y no resultaría “muy conforme con su espíritu aceptar una figura de naturaleza tan similar a ella como la reserva de rango, máxime si se tiene en cuenta que ésta puede suponer un derecho real sobre cosa propia, contrario a los principios que informan nuestro CC, que ve en la confusión no sólo un

caría el verdadero significado del artículo 241 RH. Se trataría de una posposición sujeta a la condición suspensiva de que en determinado plazo se constituyera e inscribiera un derecho (94). En este sentido, la reglamentación española se habría alejado de los trabajos legislativos previos a la reforma hipotecaria de 1944-1946, específicamente, de aquel precepto del Anteproyecto PORCIOLES, que facultaba al dueño a reservarse un puesto preferente con motivo de constituir un gravamen sobre la finca.

Difiero de este planteamiento. En mi opinión, entre la regulación del § 881 BGB y el artículo 241 RH existen fundamentales puntos de contacto, que una confrontación meramente superficial de sus textos ignoraría. En primer lugar, ambos cumplen una misma función económica: potenciar las expectativas de financiación del propietario, a quien le será mucho más fácil encontrar personas interesadas en prestarle dinero si les proporciona una garantía de mejor grado.

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, tanto una como otra disposición reflejan la misma hipótesis: una modificación de las reglas generales de la prioridad a favor de un gravamen aun no constituido. Es cierto que en la norma alemana la reserva tiene un carácter bilateral, al prescribir un convenio entre el dueño y el acreedor actual que inscribe su derecho. Sin embargo no lo es menos que en la española ese convenio se encuentra latente, no ya como requisito, sino como presupuesto lógico de la operación. En ese sentido, y no en otro, ha de entenderse su número tercero cuando exige la inscripción de la hipoteca que haya de anteponerse “dentro del plazo necesariamente *convenido* al efecto”. Aunque nada dijera al respecto, es inconcebible la celebración de una reserva de rango a espaldas del propietario, ya que en sus manos estará en definitiva, no ya su validez, sino su eficacia, pues sin su consentimiento no podrá constituirse el siguiente derecho (95). De igual manera, no sería posible desistir de la reserva por la sola voluntad del acreedor pospuesto.

En tercer y último lugar, la reserva, en ninguno de ambos ordenamientos, genera un rango para dejarlo vacío hasta el momento en que deba ser ocupado. Tal efecto, ni siquiera lo produce en el alemán, donde

modo de extinguirse las obligaciones, sino también una causa de extinción de los derechos reales” (ob. cit., p. 190).

(94) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 76.

(95) Cfr. de igual opinión, GARCÍA GARCÍA: *Derecho...*, cit., II, p. 734. Por su parte, PÉREZ y ALGUER (cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., p. 263) llevan este razonamiento más allá. Así, parecen diferenciar en la reserva una doble vertiente: una negocial, que exigiría el acuerdo entre el propietario de la finca y el adquirente del derecho que fuera limitado por la reserva, y otra de tipo registral, para la cual sólo sería preciso acreditar el consentimiento del último de ellos. La primera remitiría al concepto de validez; la segunda, al de eficacia.

no se permite crear un puesto registral sin que exista el correlativo derecho, aun a favor del dueño de la finca. Comparando la deuda inmobiliaria de propietario del § 1196 BGB con la reserva de rango del § 881 BGB, WOLFF advertía que en aquélla la hipoteca se constituía desde el principio como segunda hipoteca, mientras que en ésta lo hacía como primera hipoteca, pero dispuesta a retroceder (96). La hipoteca que se inscribe con reserva goza del rango que le asignan las reglas comunes de la prioridad, como si la reserva no se hubiera convenido, pasando al inmediatamente posterior cuando ésta fuera ejercitada. De lo dicho se deriva una importante consecuencia: que la sujeción suspensivamente condicional, predicada como el elemento diferenciador de la reserva española, no lo sería tanto, pues también caracterizaría a la alemana.

Creo que la histórica reticencia hacia la reserva de rango, según el modelo del BGB, parte del desconocimiento de estos postulados, sobre todo del último de ellos, que la relacionaría con el rango fijo y, lo que es más grave, con la hipoteca de propietario. La reserva se adapta a cada sistema, sin suponer excepción alguna a sus patrones generales. No hay duda de que en los dos sistemas conocidos, el de avance o elasticidad y el de puestos fijos, se comportaría de distinto modo. En el primero, asignando al derecho que se constituye el lugar que le correspondería, con la advertencia de una más que posible posposición andado el tiempo. En el segundo, creando de forma artificial un rango superior al derecho que se constituye. Sin embargo, no es correcto asociar la reserva del Código alemán con este último esquema. Ha de recordarse que el sistema instaurado por ese cuerpo descansa en el principio de avance, y que las excepciones formuladas tradicionalmente a éste se encuentran cada vez más mitigadas. En este sentido, debe recordarse la importante reforma legal alemana de 1977, que estableciera la facultad legal de los acreedores posteriores de solicitar la cancelación de las hipotecas que hubieran pasado a manos del propietario. Pero, aún prescindiendo de este dato, no podrían obviarse las muy variadas diferencias que en aquel ordenamiento existen entre la hipoteca de propietario y la reserva de rango, y que aquí ya han sido resaltadas.

En puridad, esa reserva al estilo germánico de la que tanto se ha hablado sólo aparecería en el Derecho austríaco, donde basta la simple solicitud del propietario, pero sobre todo en el suizo, pues sólo en éste se admite que una hipoteca nazca directamente con un segundo rango sin que exista otra de primer rango (97). Téngase en cuenta que en este sis-

(96) Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., p. 259.

(97) De esta opinión, GUILARTE ZAPATERO, quien entiende que “en rigor” la reserva de rango sólo se da en los sistemas de rango fijo, donde para su constitución es innecesario el consentimiento del titular de la hipoteca inscrita e incluso la existencia misma de hipoteca algu-

tema, además de los de rango fijo, las partes tienen libertad para otorgar el puesto que tengan a bien a su garantía (98). Así lo permite el artículo 813 de su Código Civil (ZGB), que establece la posibilidad de constituir una hipoteca inmobiliaria en cualquier grado, siempre que en su inscripción sea “reservado” el valor de la finca a considerar preferente (99). El artículo 815 ZGB quizá se muestre más transparente cuando refiere las distintas hipótesis en las que puede quedar vacante un rango, a fin de limitar su eficacia en sede ejecutiva: “siempre que un derecho de hipoteca se haya constituido en grado posterior sin que exista uno anterior, o cuando un título de hipoteca anterior no sea utilizado, o un crédito anterior ascienda a una cantidad menor que la inscrita, el remate de la finca, en caso de ejecución, será atribuido a los acreedores hipotecarios según su respectivo grado, sin respetar los puestos vacantes”.

Otro ejemplo de cuanto digo lo representa el segundo párrafo del artículo 3135 del Código Civil argentino, a cuyo tenor “al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar”. Obsérvese cómo el precepto reproduce casi literalmente el primer párrafo del § 881 BGB. De antemano resulta sorprendente que un ordenamiento donde se sigue el avance progresivo otorgue carta de naturaleza a una reserva de rango supuestamente incompatible con las líneas básicas del sistema. Sin embargo, y salvando la voz disconforme de SPOTA (100), la generalidad de la doctrina de aquel país interpreta el instituto con total independencia de la hipoteca de propietario, en la consideración de que tal previsión no presume su reconocimiento (101).

na. En el sistema de rango progresivo, “lo que se puede conseguir es que una primera hipoteca se convierta en segunda si llegara a realizarse la posposición convenida” (“Pactos...”, cit., p. 160).

(98) Cfr. QUESADA GONZÁLEZ: “El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos”, en RCDI, número 641 (1997), p. 1325.

(99) Las partes deben indicar el rango de su derecho, considerándose su falta como subsanable (cfr. SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo comparado con el Derecho español*, Valladolid [s. e.], 1934, p. 142).

(100) El autor destacaba que el precepto, introducido en 1968, rompía con el principio de accesoriedad de la hipoteca: “nos hallamos ante una «hipoteca», pero sin acreedor, a la espera de que surja ese crédito y dentro del máximo convenido” (*Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 93).

(101) ALTERINI cree que el texto del BGB configura la reserva de modo que puede compaginarse con sistemas como el argentino, donde se adopta el rango progresivo: “el acreedor hipotecario que consiente la reserva es inscripto en primer grado, o en su caso en el grado que le corresponda según la prioridad cronológica (segundo grado, si hay una primera hipoteca, tercera si hay una segunda, etc.), y desde ese grado retrocederá cuando se constituya la futura hipoteca beneficiaria de la reserva, o sea que será postergado en la preferencia para el cobro” (ob. cit., p. 2027). Por su parte, ADROGUÉ estima que el propietario no adquiere rango alguno, puesto que es complemento necesario de un derecho que le sirve de soporte (cfr. “Reserva de

En conclusión, debe sostenerse que, desde el estricto plano de la técnica jurídica, no existen impedimentos de peso en el Derecho español para rechazar la reserva de rango, rebajándola a un mero mecanismo de posposición inoponible, incluso, a los titulares que inscribieron sus derechos cuando ya estaba publicada.

3. *La interposición de terceros.*

De los términos en los que ha sido definida la reserva de rango se deriva una consecuencia: lo idóneo de su comprensión desde una perspectiva estática. La reserva supone un estado de expectativa en atención a un próximo derecho, cayendo en el campo de la casuística su dimensión dinámica o negocial. Considerada de ese modo, la cuestión trascendental consiste en averiguar hasta qué punto quedan afectados quienes inscriben su derecho cuando sólo está publicada y pende su ejercicio. Podría decirse que esas personas se “interponen” entre la reserva y el derecho que hubiera de aprovecharla.

Ya conocemos la solución dispensada por el BGB para tan conflictiva circunstancia: ceñir la reserva en cuanto a la cantidad asegurada por el gravamen ya constituido. De esta forma, la reserva actuaría a modo de permuta de rangos anticipada (102). Basta comparar el último párrafo del § 880 con el respectivo del § 881 BGB para comprobar su mismo fundamento: la intangibilidad cuantitativa de los derechos inscritos entre quienes alteran sus rangos. Ahora bien, este principio no se manifiesta por igual en ambos supuestos, dado que el rango relativo, el fenómeno por el que el orden de prelación entre los derechos del Registro se fragmenta, sólo surgirá a raíz de la reserva.

Para nuestro ordenamiento, el artículo 241 RH no ha previsto una disposición similar, pero tampoco qué hacer para cuando se inscriben nuevos derechos sobre la finca. La incertidumbre en la que nos movemos es, pues, total. Sobre el particular puede servirnos de ayuda la siempre juiciosa opinión de don Jerónimo GONZÁLEZ, quien, ante el vacío legal, apuntaba como posibles cinco soluciones (103). Para la mejor explicación

rango hipotecario”, en *La Ley* [Revista Jurídica argentina], t. 137 [1970], p. 966. Para MOLINARIO, el artículo no crea una hipoteca de propietario, sino que contempla “una reserva actual que goza el propietario de la cosa gravada para constituir otra hipoteca y una estipulación a favor de un tercero indeterminado de poder gozar de un rango preeminente respecto de un derecho constituido y receptado por el Registro con anterioridad” (“De la pretendida e inexistente hipoteca abierta en el derecho positivo argentino”, *JA Doctrina*, 1972, p. 10).

(102) Confirmando la tesis expuesta sobre el alcance de la reserva de rango del BGB, WACKE se refiere a ella como permuta condicional o *bedingte Rangänderung* (cfr. *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, 6, Munich, Beck, 1997, p. 213).

(103) Cfr. “Matemáticas...”, cit., pp. 656 y ss.

de cada una de ellas, formulaba la siguiente hipótesis: constitución de una hipoteca A por 10.000, con reserva de primer rango a favor de otra, C, por 20.000, a continuación de la cual se presenta en el Registro una anotación de embargo, B, de 15.000.

— *Primera solución.* La reserva actuaría con plenos efectos, jerarquizando las garantías del siguiente modo: C (20.000), A (10.000), B (15.000).

— *Segunda solución.* Al inscribirse el derecho de un tercero desaparece la reserva. Aquí la protección del titular intermedio llega al extremo de dejar sin efecto la reserva. La prioridad entre esos gravámenes estaría determinada por la regla general de la presentación: A (10.000), B (15.000), C (20.000).

— *Tercera solución.* Hasta su completa materialización, la reserva cerraría el Registro a cualquier otro derecho distinto al esperado. En consecuencia, éste sería el orden: C (20.000), A (10.000).

— *Cuarta solución.* El derecho intermedio se aprovecharía de la reserva, de forma que cobrarían B (15.000), C (por los 5.000 restantes), A (10.000) y C (por los 15.000 que le quedaran).

— *Quinta solución.* La reserva sería eficaz dentro de los términos de responsabilidad garantizados por la hipoteca ya inscrita. La graduación entre los derechos en juego se particularizaría de modo que B fuera preferente sobre C, pero no sobre A, el cual, sin embargo, no lo sería sobre C. El orden entre todos ellos variaría según lo que se obtuviera tras la ejecución. Así, cuando el remate llegara a 20.000, C saldaría su deuda en una cantidad de 10.000; B, en otra de 10.000, y A, no cobraría nada. Pero, si esa cantidad fuera mayor, por ejemplo, 25.000, A cobraría 5.000, pues la reserva sólo había sido por 20.000; B, 15.000, al estar afectado exclusivamente por el capital de A, y C, las 5.000 sobrantes.

De las alternativas propuestas, directamente han de descartarse la tercera y la cuarta. Aquélla, por ser contraria al principio de prioridad, que sólo se manifiesta impidiendo la inscripción de nuevos títulos conforme al artículo 17 LH. Ésta, por resultar inconsistente y radicalmente injusta, al promocionar en rango a una persona distinta de la tenida en cuenta para acordar la reserva. En relación con las otras tres, las cosas no están tan claras.

Con respecto a la primera, don JERÓNIMO también la impugnaba, al considerar que a su través llegaría a admitirse la constitución de hipotecas que no indicaran acreedor, el contenido de la obligación garantizada o su fecha de exigibilidad. Tampoco le parecía ajustado que el embargante, en el caso planteado, pasara a un rango inferior al que le correspondería sin haberlo consentido antes (104). Por estas razones, y en defensa

(104) *Ibidem.*

del instituto, se inclinaba por la última de las soluciones expuestas, la adoptada justamente en el BGB (105). Sin embargo, ha de tenerse muy presente que, cuando el autor se pronunció de esta forma, no existía un artículo como el actual 241 RH. Cabría preguntarse si, de atender a su enunciado, mantendría hoy en día igual punto de vista.

Así parece creerlo DE LA RICA Y ARENAL, quien advierte que cuando aparecen acreedores inscritos entre los derechos intervinientes, tanto para el supuesto por él denominado de posposición –en este trabajo, permuta–, como en el de reserva, éstos no deben salir perjudicados, y si ocurriera que esas hipotecas intermedias no se hubieran pospuesto a favor de la hipoteca futura, la anteposición de ésta sólo tendría prelación sobre aquéllas “hasta una cuantía idéntica a la hipoteca que se pospuso” (106).

RODRÍGUEZ LÓPEZ llega a parecida conclusión, pero por diferentes medios. Recuérdesse su defensa de la posposición como único negocio admitido por nuestro ordenamiento. En desarrollo de esta tesis entiende que cuando figurara publicada en el Registro en espera del derecho reservado y se interpusieran cualesquiera otros, el cambio tendría efectos con respecto a aquél y a los demás que de éstos hubiera expresamente contemplado el posponente, pero nunca en relación con los que no hubiera señalado. Si el acreedor favorecido quisiera ostentar el rango de la pospuesta frente a todos los derechos inscritos, tendría que conseguir que sus titulares accedieran a su propia posposición (107). De este modo, el folio llegaría a reflejar una relativización del orden registral, pues en casi todos los supuestos la ejecución de una hipoteca incidiría sobre los asientos posteriores de distinta forma: cancelando unos, los que se hubieran pospuesto expresamente por sus titulares, y dejando subsistentes otros, aquellos a cuyo favor se hubiera realizado la posposición. En el ejemplo, A sería inferior en rango a C, pero superior a B, el cual, a su vez, sería de mejor rango que C. Llegada la ejecución de A, por ejemplo, se cancelaría B, pero no C. Si la que se realizara fuera B, se extinguiría C, pero no A. Por último, tras la ejecución de C, subsistiría únicamente B.

Frente a la autoridad de estas opiniones, entiendo que una solución al estilo del BGB, sin un precepto que expresamente la habilite, resulta excesivamente rebuscada para ser trasladada sin más a nuestro Derecho. La propia doctrina alemana conviene en resaltar la poca lógica de un sistema que hace posible que cuanto más se logre a través de la subasta, menos cobre el titular de la hipoteca privilegiada con la reserva (108).

(105) Ídem, p. 658.

(106) Cfr. ob. cit., p. 429.

(107) Cfr. ob. cit., pp. 976 y ss.

(108) Cfr. NUSSBAUM: *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, ROCES (trad.), Madrid,

Por lo que específicamente se refiere a la teoría de RODRÍGUEZ LÓPEZ, éste no dice cómo se aplicaría cuando la hipoteca a ejecutar fuera anterior a la que se pospuso en rango. La solución, creo, pasaría por las reglas de la prelación de créditos antes que por las del rango hipotecario.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado habría plasmado una doctrina afín a cuanto aquí se dice en sus Resoluciones de 23 y 24 de abril y 3 de junio de 1996. El supuesto de hecho, idéntico para las tres, propone varias cuestiones interesantes, no sólo desde la perspectiva hipotecaria, sino también procesal. Habiéndose practicado dos anotaciones de embargo sobre unos mismos bienes, el anotante posterior interpuso tercería de mejor derecho contra el deudor-propietario y el primer anotante. La sentencia de la tercería le da razón, de manera que el otro acreedor ya no podría cobrarse del producto de los bienes hasta que el tercerista no fuese enteramente satisfecho. Como el resultado de la ejecución no alcanzaba para los dos acreedores, y en el entendimiento de que la legislación procesal no permitía que un acreedor distinto al ejecutante pudiera instar el apremio de los bienes embargados, el tercerista recurre la calificación negativa del mandamiento judicial, en la parte en que éste ordenaba reflejar en los libros registrales la preferencia del segundo embargo.

El Centro gubernativo rechaza el recurso, al considerar que la sentencia estimatoria de una tercería de mejor derecho tiene por exclusivo objeto la determinación del orden de cobro entre los distintos acreedores y, por ello, no ha de provocar ningún asiento, aunque advierte, eso sí, que su constancia registral –al margen de la anotación decretada en el procedimiento en que se interpuso la tercería– sería conveniente “para general conocimiento”. A su juicio, los intereses del tercerista, cuya pretensión hubiera sido acogida, quedarían suficientemente protegidos, si se le permitiera continuar con la ejecución ya iniciada hasta satisfacerse de su crédito, sin obligarle a esperar, por tanto, a que el otro acreedor accionara sus ulteriores trámites (109).

Revista de Derecho Privado, 1929, p. 40; ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., p. 261; WACKE: ob. cit., p. 217.

(109) A tal desenlace se llegaba, a pesar del silencio de la Ley procesal por entonces aplicable. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco solucionó la cuestión, aunque puede ofrecer una respuesta suficiente a través de su artículo 13, dedicado a la intervención procesal, dado que no habría dudas del cumplimiento en la persona del tercerista del principal presupuesto de este instituto, el “tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”. Sobre el tema, la Audiencia Provincial de Asturias, en el Auto de 24 de enero de 2001, ha creído ver en el actual artículo 616 LEC suficiente fundamento para habilitar al tercerista a continuar con el apremio, una vez hayan sido estimadas sus pretensiones. Sin embargo, y volviendo a la opinión anterior, entiendo que apenas existen diferencias entre la redacción de este artículo y la del anterior 1536 LEC de 1881.

Pues bien, en sus fundamentos, la Dirección General recalca la nítida separación que debe guardarse entre la prioridad tabular y la preferencia crediticia. Es más, directamente parece referirse a los problemas que en nuestro ordenamiento provocaría el llamado rango relativo (110), cuando advierte que una tercería no puede suponer “una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos que en sus respectivos procedimientos pudieron ser decretados a instancia de los acreedores que luego concurrieron en uno de ellos; piénsese lo que ocurriría de aceptar la tesis del recurrente si entre los embargos acordados a instancia de los acreedores concurrentes existiesen anotaciones intermedias de otros embargos acordados en procedimientos distintos a instancia de acreedores que fueran de peor condición que el crédito postergado en esa tercería”. La nota marginal que se practicara no tendría más efectos que los de dar noticia del resultado de la tercería, sin que, por ello, se alteraran las reglas hipotecarias a modo de una especie de posposición forzosa o judicial. La ejecución supondría la cancelación de todas las cargas y gravámenes posteriores al del ejecutante, incluido el del tercerista triunfante, quien cobraría con preferencia sobre el remate obtenido. Pese a ello, nada impediría que cualquiera de esos acreedores posteriores interpusiera una tercería, si se creyera con mejor derecho que aquel primer tercerista, aun siendo de peor que el ejecutante inicial (111). En este caso, el juez sería quien, una vez más, decidiera sobre su concreto orden de cobro, sin poder evitar la cancelación de los asientos de cada uno de ellos.

Descartada, igualmente, la respuesta alemana al problema de la interposición de terceros en la reserva de rango, procede determinar cuál de las dos soluciones restantes muestra mayores signos de aplicabilidad. Repárese en el significado antitético que guardan entre ellas: la una, admitía con plena operatividad la reserva; la otra, la desacreditaba por completo. En cierta medida, era esta última la opción seguida en el primer proyecto del BGB, cuyo texto incorporaba un § 842, según el cual no podría hacerse uso de la reserva sin el consentimiento de los titulares inscritos en el tiempo intermedio (112). La norma sería abandonada en

(110) El rango tiene carácter absoluto cuando proporciona al titular del derecho que lo ocupa un puesto definido frente a todos los demás. Por el contrario, es relativo si un derecho sigue en rango a otro, pero precede a un tercero, el cual a su vez antecede al primero. En Alemania se llega a esta singular situación por un doble camino. De un lado, por la limitación de la reserva de rango respecto a los acreedores intermedios, es decir, aquellos que inscribieron su derecho después de la reserva, pero antes de la inscripción del derecho favorecido por ella. De otro, por la cancelación indebida de un derecho seguida de su reinscripción, dándose la circunstancia de que un tercero de buena fe haya ingresado su título durante el intervalo (cfr. DE REINA TARTIÈRE: *La prioridad...*, cit., pp. 107 y ss.).

(111) Como dice MATA RABASA (cfr. “Anotación preventiva de embargo”, en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998, p. 521).

(112) Cfr. NUSSBAUM: ob. cit., p. 38.

el entendimiento de que privaría a la institución de toda eficacia, pues en la práctica resultaría verdaderamente complicado obtener ese consentimiento.

En la actualidad podría entenderse que si el objeto de la reserva consiste en favorecer al propietario en el mercado de crédito, el hecho de que éste haya constituido otro gravamen distinto al anunciado actuaría como una renuncia a su aprovechamiento. Sin embargo, parecería poco lógica esa restricción al artículo 241 RH, que, recuérdese una vez más, obvia cualquier referencia al respecto, y se refiere tan sólo a la persona del posponente. Para salvar la reserva, no quedaría otra que admitir su oponibilidad frente a terceros, según mantiene la mayor parte del reducido sector doctrinal que hasta la fecha se ha ocupado del tema.

Así, GUILARTE ZAPATERO considera preciso el consentimiento de los titulares de gravámenes inscritos antes de la formalización de la reserva, pero no “si la segunda hipoteca se constituye con posterioridad al consentimiento admitiendo aquélla, pendiente el vencimiento del plazo para la inscripción de la que ha de anteponerse, y así consta en la inscripción de la hipoteca primera o en la nota marginal correspondiente” (113). En este caso, al constar en el Registro la responsabilidad y duración máximas del gravamen futuro, esas personas no se encontrarían legitimadas para alegar perjuicio alguno (114).

REY PORTOLÉS se expresa de igual forma. Cuando la reglamentación estableció esas dos condiciones estaba pensando en quienes inscribieran su derecho más tarde. “¿Para qué subrayar estos requisitos si no es porque, ajustándose a ello, los titulares de cargas intermedias no tienen nada que objetar? Verdad es que no se les menciona, pero no habiéndolos, la autonomía de la voluntad permitiría sin duda una posposición a un gravamen mayor que el inicialmente previsto o fuera del plazo imaginado en un principio y ya precluido. Si algo entrañan aquellas exigencias es que sólo acatándolas puede tener, como dice el artículo 241 *proemium*, “efectos registrales” la posposición o, lo que es lo mismo, puede desplegar toda su eficacia aun contra titulares intermedios perfectamente avisados de aquella alteración de rango” (115).

(113) “Pactos...”, cit., p. 161.

(114) Cfr. GUILARTE ZAPATERO: *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1966, pp. 78 y ss.

(115) “¿El rango registral se altera o pierde si la «mejora de las condiciones del tipo de interés» a que se refieren los artículos 4 y 9 de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios no fuera en definitiva tal mejora? ¿Debe consentir las combinaciones de dicha Ley el hipotecante no deudor que en su caso hubiera?”, en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, Marcial Pons-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, p. 929.

GARCÍA GARCÍA (116) y CHICO Y ORTIZ (117), por su parte, se percatan del supuesto para simplemente señalar la imposición retroactiva del derecho reservado.

Pero si alguna opinión sorprende, esa es la de SANZ, quien, alejándose de sus postulados acerca de la debida protección de los titulares intermedios en los casos de posposición entre derechos inscritos (permuta), afirmaba la afectación de los terceros interpuestos (118).

No les falta razón a todos estos autores. En verdad, el que hubiera inscrito su derecho, pendiente el ejercicio de la reserva, sabía sobradamente a lo que se exponía. Una de dos, o el valor del inmueble era lo suficientemente alto como para sufragar el incumplimiento de las obligaciones garantizadas por todos los gravámenes, esto es, el inscrito, el reservado y el interpuesto, o el titular de este último se había comportado de modo ciertamente temerario, al, por ejemplo, prestar dinero al deudor en tales condiciones. Difícilmente podrían considerarse perjudicados, al estilo de los terceros con asiento entre dos titulares que permutan sus rangos, pues antes de inscribir habrían tenido medios para conocer de la existencia del gravamen y del monto máximo del que la finca hubiera de responder (119). Ese sería el fin perseguido por el artículo 241 RH al prevenir ambos requisitos (120), y no, como se ha querido ver, una mera anticipación del consentimiento del titular pospuesto (121).

Junto a este dato, no debe perderse de vista que cuando la reserva se formaliza e inscribe, el derecho que de ella se va a beneficiar aún no existe, ni tampoco resulta segura su constitución. Para la hipoteca, no habría un precontrato de préstamo que pudiera garantizar; ni siquiera se estaría en condiciones de identificar quién habría de ser el futuro acreedor. Se

(116) Cfr. *Derecho...*, cit., II, p. 734.

(117) Cfr. *Estudios...*, cit., I, 2000, p. 329.

(118) Cfr. ob. cit., p. 78.

(119) El que, no obstante ese aviso, conceda un crédito con garantía sobre la finca “no puede pretenderse dañado *a posteriori* por no haber utilizado los medios que el ordenamiento pone a su alcance para evitar el riesgo de la insolvencia patrimonial de su deudor” (Cfr. CORDERO LOBATO: *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1997, p. 109).

(120) El hecho de que el artículo 241 RH se exprese como lo hace rebate una eventual aplicación analógica de la tesis de la Dirección General sobre la hipoteca flotante. Repárese en las Resoluciones de 27 de julio de 1999 ó 3 de noviembre de 2000, entre otras, donde uno de los argumentos utilizados para corregir el abuso de esta figura habría sido la prohibición de constituir en nuestro Derecho meras reservas de rango. En efecto, extender esta interpretación fuera de ese concreto ámbito desvirtuaría el significado literal del precepto estudiado. En realidad, la prohibición actuaría respecto de ese tipo de hipotecas, en el sentido de evitar su aprovechamiento indiscriminado en relación con una pluralidad de obligaciones de carácter independiente.

(121) Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ: ob. cit., p. 976.

haría necesario, por ello, limitar los efectos de la reserva, si no en todos los casos, en aquellos donde los nuevos titulares no hubieran contratado de forma voluntaria con el propietario. Se trataría de una precaución admitida hasta en el seno de la ciencia hipotecaria alemana (122). PORCIOLES la incorporaba expresamente a su Anteproyecto, cuyo texto decía: “la facultad que corresponde al titular de disponer de los rangos reservados quedará en suspenso si sobre la finca o derechos afectados por aquéllos se hubiera tomado razón de cualquier anotación preventiva de las comprendidas en los números... del artículo 42”. Como se observa, no se especificaba qué anotaciones podrían producir tan importante efecto. Sin embargo, por su naturaleza, no es difícil imaginar la inserción en tal género de las de demanda, embargo, secuestro o prohibición de enajenar. Por idéntica razón, cuando se practicara la nota marginal de haberse despachado la certificación de cargas con motivo de ejecutarse cualquiera de las ya inscritas sobre la finca, incluyendo la pospuesta, la reserva no podría ser utilizada. Si el derecho reservado llegara, no obstante, a inscribirse habría de considerarse posterior al del ejecutante, quedando cancelado como resultado del proceso.

4. *Exégesis del artículo 241 RH.*

Lo primero que debe llamar la atención del artículo 241 RH es lo reducido del supuesto que refiere. Tan sólo habla de la cesión de rango de una hipoteca a otra futura. ¿Significa esto que todos los demás derechos que pueden recaer sobre una finca quedan excluidos de su aplicación? El interrogante queda despejado favorablemente si atendemos a los artículos 225 RH y 233 RH. El primero exige la notificación del procedimiento judicial de ejecución a los *acreedores de cargas o derechos reales* pospuestos a los del actor. El segundo advierte que en el auto de adjudicación habrán de determinarse las *inscripciones y anotaciones* anteriores pospuestas al crédito del actor. Pues bien, en virtud de ambos preceptos, no habría problemas en admitir la reserva de rango de una opción de compra, por ejemplo, a una hipoteca posterior, de tal manera que el comprador que ejercite esa facultad asuma cual tercer poseedor la finca hipotecada (123).

(122) Según NUSSBAUM, “puede ocurrir que la preferencia se frustre por la inscripción de una hipoteca forzosa, que, por su naturaleza especial, se anteponga a la reserva” (ob. cit., p. 38). Como el propio autor indica, por hipoteca forzosa ha de entenderse la hipoteca de seguridad obtenida en vía de ejecución por el acreedor que ostentara contra el propietario una sentencia firme u otro título con fuerza ejecutiva cualquiera (ídem, p. 226). A esta clase de hipotecas se equiparan las llamadas de embargo.

(123) En general, la negociación sobre el rango puede tener lugar entre cualesquiera derechos inscritos, o por inscribir, respecto a una misma finca, no siendo imprescindible que tengan

El segundo dato ya ha ido siendo denunciado en las páginas precedentes. La falta de decisión reglamentaria acerca del tipo de negocio sobre el rango a regular supuso la omisión de datos fundamentales sin cuya comprensión la figura definitivamente plasmada se hace muy difícil. Así, la ausencia de previsión alguna acerca de los terceros que inscribieran sus derechos sobre la finca, tanto antes como después de la reserva, o sobre sus variadas causas de extinción, a salvo de la que alude a su caducidad, suponen una labor costosísima para el intérprete. No es de extrañar, por tanto, la confusión que sobre el significado del precepto se ha mantenido desde siempre en la doctrina.

Destacadas ambas notas, procederé a desglosar el contenido del artículo 241 RH, siguiendo el orden en que dispone los requisitos para la reserva de rango. A continuación, se hará necesario determinar las consecuencias de su cumplimiento.

a) Consentimiento del titular del derecho que haya de posponerse.

El primer requisito para la reserva de rango que se señala en el artículo 241 RH es el consentimiento del “acreedor que haya de posponer”. Ese consentimiento debe manifestarse expresamente. En la Sentencia de 26 de enero del 2000 se discutió sobre la viabilidad del consentimiento tácito. Sobre una finca constaban dos hipotecas, con la particularidad de que en el apartado de cargas y gravámenes de la escritura primeramente inscrita se mencionaba a la otra. El titular de ésta interpone casación con un doble fundamento: la existencia de un negocio sobre el rango tácito y la mala fe del acreedor anticipado. El Supremo desestima sus pretensiones. Por un lado, al recalcar que con esa previsión el acreedor no había querido ceder su rango para cuando, por cualquier circunstancia, la supuestamente preferente llegara más tarde al Registro. Por otro, al considerar que el ingreso posterior de la hipoteca formalizada antes se debió a causas achacables exclusivamente al recurrente (124).

idéntica naturaleza. Más estrictamente, el negocio resulta posible aun cuando en él interviniere hipotecas de distinto tipo. En contra, en cuanto se refiere a las hipotecas legales, podría cuestionarse la negociabilidad de su rango en atención a la finalidad protectora que las caracteriza. Sin embargo, habría de admitirse, dado que estas hipotecas, una vez se han constituido, surten el mismo efecto que las voluntarias (cfr. art. 161 LH).

(124) Un supuesto parecido, referido a un negocio de posposición en sentido estricto, puede consultarse en el BCRP, número 33 (1998), pp. 321-322. En él se cuestionaba si podía interpretarse el consentimiento del acreedor hipotecario a la constitución de una servidumbre como válido para posponer el rango de su hipoteca. La respuesta negativa parecía clara dado el carácter expreso del consentimiento; consecuentemente, la ejecución de ese gravamen conduciría a la cancelación de la servidumbre.

b) Determinación del derecho que va a anteponerse.

Por mandato del principio de especialidad, la escritura de posposición debe contener “la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima”. La referencia habría de trasladarse a otros derechos distintos a los de hipoteca, también reservables, en el sentido de precisar su contenido de modo que pudieran ser reconocidos suficientemente. Tratándose del de hipoteca, la expresión utilizada permitiría la constitución de cualquier tipo de hipoteca, ya fuera de tráfico como de seguridad (en garantía de obligaciones futuras, de máximo, etc.).

Cuando el título anunciado de esa manera se presentara, el registrador deberá comprobar que se trata efectivamente del derecho que se quiere anteponer, y que sus características básicas se ajustan a las descritas en la escritura de reserva y que constan publicadas. Sobre el problema de la identificación a fin de saber cuál de los distintos derechos llegados al Registro ha de cobijarse al amparo de la reserva, puede resultar ilustrativo el caso analizado por el CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS DE CATALUÑA (125): se presenta un título de compraventa con condición resolutoria, condición que se pospone en el mismo acto a una hipoteca futura, la cual queda determinada según lo prescrito en el artículo 241 RH. A continuación llega al Registro una hipoteca, que se adapta a esas previsiones, pero que no hace alusión alguna a la posposición. ¿Podía acogerse a ella?

Se expusieron dos soluciones: la primera negaba tal posibilidad, al entender necesario el consentimiento del acreedor por acta notarial, pues no era completamente seguro que se tratara de la misma hipoteca. La segunda, por el contrario, creía que de las circunstancias concurrentes quedaba suficientemente claro. Así, en la escritura de compraventa se decía que la hipoteca a posponer tenía el número siguiente de protocolo, cosa que cumplía la presentada.

Independientemente de que, a mi juicio, sea más correcta la segunda de las soluciones propuestas, dado el concreto supuesto de hecho, éste aporta dos conclusiones. De un lado, la obligación del registrador de hacer un juicio de correspondencia entre el derecho anunciado y el que demanda su inscripción. De otro, la no necesidad, dada la parquedad del legislador, de que entre los elementos a prefijar se encuentre el de quién haya de ser el titular del derecho a anteponer. Ahora bien, en cuanto a este últi-

(125) *Vid.* “Condición resolutoria que se pospone a una hipoteca”, en BCRE, número 15 (1996), p. 1303.

mo dato, no habría mayor problema en admitir la identificación previa de una persona concreta. Se trataría, entonces, de una estipulación a favor de tercero (cfr. art. 1257 CC).

c) Inscripción en plazo del derecho favorecido. Caducidad.

El artículo 241.3.º RH requiere que la hipoteca a anteponer se inscriba en el plazo convenido al respecto. En primer lugar, sorprende la ausencia de un plazo legal límite. DE LA RICA Y ARENAL criticaba la omisión atendiendo a la incertidumbre que provocaría la concesión de un plazo excesivamente largo (126).

En segundo lugar, ese plazo ha de ser convenido, pero no dice entre quienes. Sobre esta cuestión, debe advertirse que ese convenio no integra el contenido esencial de la reserva de rango, dado que ésta no se origina por la confluencia de dos voluntades, sino sólo por la del titular que empeora de rango. Su mención obedece a la participación, ineludible en la práctica, del propietario, quien habrá instado la celebración del negocio para mejorar, como antes indicaba, sus condiciones de crédito. En la permuta o en la posposición, en cambio, donde están inscritas ambas hipotecas, el interés económico en la operación se desplaza hacia el otro lado, el de los acreedores. Por eso, afirma ROCA que el convenio para el plazo entre el acreedor que se pospone y el dueño no interesa a efectos registrales (127), aseveración válida, en realidad, para todos los negocios sobre el rango, para cuya inscripción dará igual quién recompense al titular perjudicado –el propietario o cualquier otro titular–, pues lo imprescindible será quiénes deben consentir para alterar la jerarquía del Registro.

Si no se hubiera señalado plazo alguno, el registrador rechazará la reserva. En la Sentencia de 30 de noviembre de 1993, el Supremo estimó que no cabe la concesión judicial del plazo “sin que sea correcto entender que se trata de una obligación nacida del contrato de cuya naturaleza y circunstancias el plazo haya querido concederse al deudor o que haya quedado a voluntad del deudor en los términos previstos en el artículo 1128 CC”. Sin embargo, y dado que la reserva figuraba en la propia escritura de la hipoteca favorecida, el Supremo pareció admitir un señalamiento implícito del plazo en atención a la cláusula por la que se esti-

(126) A su entender, un plazo legal de tres años hubiera sido suficiente (cfr. ob. cit., p. 431).

(127) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 76. Díez-PICAZO y GULLÓN, por su parte, entienden que “la posposición no tiene que surgir de un convenio entre el acreedor que se posterga y el que en el futuro será acreedor hipotecario, o entre aquél y el dueño de la casa hipotecada. Es posible una posposición unilateral de la hipoteca, en cuyo caso la escritura pública en que se recoja la voluntad del que consienta su postergación ha de fijar unilateralmente el plazo” (*Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 475-476).

pulaba el vencimiento anticipado de la hipoteca, si ésta no llegaba a inscribirse en los doce meses siguientes. Según sabemos, no era necesario recurrir a este expediente para salvar la inscripción del negocio, pues, constando en una misma escritura, la aplicación de la norma reglamentaria decaería (128).

El plazo se prevé para la inscripción, pero no para la formalización del derecho. En consecuencia, una vez se cumpla el plazo, sin que éste se hubiera inscrito, o, al menos, presentado, la facultad de aprovechar la reserva precluye, aun cuando se hubiera formalizado en este tiempo. Así lo proclama el último párrafo de la norma: “Trascurrido el plazo señalado en el número tercero sin que haya sido inscrita la nueva hipoteca caducará el derecho de posposición, haciéndose constar esta circunstancia por nota marginal”. Por supuesto, esto no impide la inscripción ulterior del derecho anunciado, lo que ocurre es que su prioridad ya no vendrá dada por la reserva, sino por la fecha de presentación.

La caducidad del artículo 241 RH ha de compaginarse con la regulación general de la figura instaurada por el RD 1867/1998 en el artículo 177 RH. En él se estableció que “los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad trascurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento”. En una primera aproximación al precepto, la reserva de rango cumpliría con el supuesto de hecho que describe, pues el plazo para su ejercicio “es convenido” por los interesados. Sin embargo, si se lee detenidamente, se observará que la caducidad referida es la del asiento y no la del derecho publicado, el cual podría seguir vigente “fuera del Registro” (129).

(128) “El plazo ha de ser fijado de común acuerdo –ha de «convenirse» según al Reglamento Hipotecario– y su omisión no puede subsanarse por la vía del artículo 1128 CC, cuanto menos cuando las consecuencias de la no inscripción en un plazo determinado están previstas en la escritura de constitución de la hipoteca y alteración de su rango y dan lugar al posible vencimiento del préstamo garantizado.” En el supuesto resulta sorprendente la escrupulosa actitud del acreedor que habría de anteponerse, quien no llegó a presentar su título a inscripción.

(129) Véase la Exposición de Motivos del Decreto. En este orden de ideas, si la caducidad de la que habla el artículo 177 RH es la del asiento y no la del derecho en él contenido, a la crítica expuesta en la nota anterior acerca de la decisión del Supremo de anular su segundo párrafo, algunos autores añaden la apuntada en el texto (cfr. BERNAL-QUIRÓS CASCIARO y MARTÍN MARTÍN: “Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001”, en BCRE, núm. 70 bis, pp. 1108-1109). En su opinión, cuando el reglamentarista fijó el plazo de caducidad de quince años para la condición resolutoria, se estaba refiriendo a la caducidad de su asiento, plazo que, aun coincidente con el establecido en la normativa común acerca de la prescripción del derecho (cfr. art. 1964 CC), podría ser inferior al señalado en las legislaciones navarra y catalana. Sin embargo, sería poco ortodoxo entender

Con todo, no parece que el artículo 177 RH sea aplicable a la reserva de rango. No tendría lógica que si se acordó en un año el plazo para la presentación de una hipoteca, se hubiera de esperar a que pasaran seis años para declarar caducado el asiento (130). Repárese en que, al contrario de otros derechos con plazo de vigencia convenido (por ejemplo, el de opción), la reserva sólo se realiza a través del Registro, de tal forma que si transcurre el suyo caducará en todo caso la facultad de hacer valer contra los demás la alteración de rango pactada; ya no se trataría de una presunción de extinción del derecho inscrito, sino de su extinción en toda regla. Es más, de las palabras utilizadas en el Reglamento, la caducidad del “derecho de posposición” autorizaría al registrador a cancelar el asiento de la reserva, previa solicitud de cualquier interesado –quien la hubiera consentido o cualquier otro titular de un derecho sobre la finca– o con motivo del despacho de una certificación (cfr. art. 353.3 RH [131]).

d) Ejercicio de la reserva.

Si el derecho favorecido se presenta en plazo, y el registrador no alberga dudas sobre su condición, al haber superado su título ese examen de correspondencia del que antes hablaba, la reserva de rango se materializará, concediendo un mejor puesto al presentante. Del evento se tomará nota al margen de la inscripción del derecho pospuesto, sin necesidad de nueva escritura. Tampoco parece que se requiera solicitud previa.

concluida en la esfera registral una relación jurídica que muy posiblemente se encontrara aún vigente, obligando al interesado, con ello, a defender su derecho. Obsérvese que el artículo 177 RH parte siempre, para dar por caducado un asiento, de la fecha legal o convencional fijada para el vencimiento del derecho.

(130) Con acierto, ÁVILA NAVARRO cuestiona el camino seguido en la reglamentación al decidirse por el plazo de cinco años para la caducidad, calificándolo de contrario al principio de legitimación (cfr. “La cancelación de cargas por caducidad reglamentaria –art. 177 RH– y el principio de legitimación en ROCA-SASTRE”, en RCDI, núm. 651 [1999], pp. 643 y ss.). Si el contenido de los asientos se presume exacto, y no se ha hecho constar el ejercicio del derecho, no se entiende por qué ha de esperarse todo ese tiempo para dar por extinguido su respectivo asiento. Por ello, se plantea la duda de si el registrador podría ignorar la norma y, basándose en los preceptos legales (cfr. arts. 38 y 79 LH), cancelar sin esperar a que se cumplieran esos cinco años.

(131) El artículo 353.3 RH establece que se entenderá siempre solicitada la cancelación de las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o haya caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, “por el solo hecho de pedirse la certificación”. Sostiene GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (cfr. ob. cit., p. 103-104) que con la nueva redacción del precepto, también reformado en 1998, se confirma que se trata de un supuesto de cancelación de oficio por el registrador, pues éste debe advertir a quien le solicitara una certificación que ésta traerá como consecuencia la cancelación de las cargas caducadas. Piénsese, además, que el solicitante nunca podría evitar la adopción de esa medida.

Destaca que el artículo 241 RH reconozca a la reserva “efectos registrales”. Ello no puede tener otro sentido que confirmar uno de los caracteres ya predicados del negocio sobre el rango en general: la “declaratividad” de su inscripción. Si la reserva no cumple con todos y cada uno de los requisitos que señala, actuaría, al menos, *inter partes* (132).

Cabe plantear la posibilidad de un ejercicio simultáneo o sucesivo por varios titulares. En el primer caso, distintos derechos la aprovecharían, a salvo de los límites que en cuanto a la total responsabilidad se hubieran señalado. En el segundo, la cancelación del derecho de quien hubiera ejercitado la reserva en primer lugar, automáticamente la rehabilitaría para un nuevo título. Como argumento favorable a ambas hipótesis podría sostenerse que, entre los criterios de determinación de la hipoteca futura, no habría querido exigirse la concreción de la persona que hubiera de ser titular. Sin embargo, la singularidad con la que se expresa en sus términos –“la hipoteca que haya de anteponerse”, “cuando se inscriba la hipoteca futura”, etc.– y la ausencia de referencia alguna al respecto conducen a su rechazo. Por tanto, la reserva sólo podría ser ejercitada por un titular y para una sola ocasión. Cuestión distinta sería que desde un principio la reserva se hubiera celebrado para dar acogida a varios derechos. Aquí no existirían mayores inconvenientes que el de cumplir con los requisitos generales del artículo 241 RH y el de señalar el orden o rango que hubieran de guardar esos derechos.

Junto al único motivo aludido en el Reglamento, el de caducidad, la reserva de rango puede quedar ineficaz “en sede registral” por otras causas. Así, cuando fuera a inscribirse y aparecieran detrás del posponente derechos sobre la finca inexistentes al tiempo de su formalización. En este caso, sus titulares no tendrían la consideración de terceros interpuestos, sino intermedios, pues no habrían podido conocer de la reserva antes de su inscripción. Su consentimiento, como sabemos, se haría imprescindible.

En cuanto a la renuncia, o mejor dicho, el desistimiento a la reserva, ya decía antes que la mera exigencia del consentimiento del acreedor a posponer no ha de implicar que su exclusiva voluntad pueda darla por extinguida. Tampoco me parece que el propietario pueda renunciar directamente a la reserva (133). Ahora bien, como todo depende de que hiciera uso de ella en el plazo determinado, la mera dejación de esa facultad equivaldría a su renuncia. Por lo dicho, la reserva sólo podría revocarse con carácter expreso previo acuerdo entre el propietario y el acreedor inscrito. Si se hubiera hecho a favor de persona determinada, su revocación

(132) Cfr. PÉREZ y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF: ob. cit., pp. 257-258.

(133) Como sostienen PÉREZ y ALGUER (cfr. ídem, p. 263) o MESA LAGO (cfr. ob. cit., p. 95).

sería posible siempre que ésta no les “hubiese hecho saber su aceptación” (cfr. art. 1257 CC) (134).

Otro motivo consistiría en la cancelación, voluntaria o forzosa, del derecho pospuesto. La reserva nace al amparo de un derecho que debe existir cuando llegue el momento de producir sus efectos. Así, por ejemplo, cuando la hipoteca del acreedor que la hubiera consentido se ejecutara, o se extinguiera por gozar de inferior rango a la del ejecutante, quedaría extinguida de suyo la reserva, sin poder ser ulteriormente utilizada.

Lo que no afecta a la reserva sería la traslación del dominio, pues el nuevo adquirente podría aprovecharla a la hora de contratar un gravamen que cumpliera con las condiciones previstas en el Registro. Es ésta una eventualidad expresamente prevista en el § 881 BGB. Distinta de esta circunstancia sería aquella que originara la presentación de un derecho, acorde con una reserva aún vigente, constituido por el anterior propietario. En estos casos, la reserva no tiene tanta fuerza como para derogar los artículos 17 y 20 LH, no siendo, por tanto, inscribible (135).

D) El convenio sobre la igualdad de rango.

Entendiendo por igualdad de rango la situación que se produce cuando en el Registro dos derechos ostentan el mismo puesto, se ha de comenzar advirtiendo que por largo tiempo el convenio conducente a tal fin apenas se había abordado. Entre los pocos que se ocuparon al respecto, GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO se preguntaban sobre la posibilidad de constituir hipotecas distintas en garantía de diferentes obligaciones para convenir, a continuación, la igualdad de rango (136). Con base en el artículo 241 RH y, sobre todo, en el artículo 227 RH, por el cual se consideran preferentes, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, las cargas y gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor, terminaban inclinándose por la validez del pacto (137).

(134) En este caso, la única alternativa con la que contaría el propietario para evitar que el derecho de ese tercero no gozara del rango superior al ya inscrito sería prescindir de contratar con él.

(135) Era ésta la única excepción admitida por SANZ a la oponibilidad de la reserva frente a terceros (cfr. ob. cit., p. 78).

(136) Cfr. “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, en RCDI, número 566 (1985), p. 210.

(137) Anticipándome a posibles objeciones, el artículo 227 RH trata de un precepto cuya lógica fuerza a entender sobreviviente a la sustitución del procedimiento judicial sumario por el hoy desarrollado en los artículos 681 y ss. LEC, cuerpo donde no se contiene previsión alguna por el estilo. Es, precisamente, en esta dirección que la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de junio de 2004, ha expuesto lo siguiente: “aunque la igualdad de rango carece de específica regulación en nuestro Derecho, salvo el citado artícu-

En sentido similar vendrá a expedirse GARCÍA GARCÍA, para quien, al permitirse la negociación de rango con el efecto de anteposición y correlativa posposición y residir el fundamento para ello en la autonomía de la voluntad, debería aceptarse del mismo modo el convenio de igualdad de rango de dos o más derechos, siempre que quedara definida claramente la situación jurídica que se deseara conseguir (138). También CAMY advertirá sobre la idoneidad del negocio (139).

Sin existir un análisis específico sobre la figura, ni siquiera sobre la igualdad de rango más allá de su coyuntura o fuente meramente convencional, había quien, no obstante, manifestaba la discordancia del pacto con las pautas legales. Era el caso de ROCA. A su juicio, en estricta aplicación del principio de jerarquía entre hipotecas, no cabría hablar de igualdad de rango entre varias garantías de la especie, siendo que el artículo 227 RH no derogaba este principio, pues se refería únicamente a la hipoteca constituida a favor de dos o más personas, es decir, en régimen de cotitularidad (140). Es verdad que, en ediciones mucho más recientes de su obra, se avanza sobre estas reticencias para reconocer el pacto que con tal objeto se celebre “entre varios acreedores hipotecarios, aunque sean por créditos con causa, importe y condiciones parcial o totalmente diversos” (141); sin embargo, sirva el precedente para dejar constancia de esa comentada singularidad que en el contexto más general de la posposición y demás negocios sobre el rango presenta el de igualdad.

Éste era, como digo, el panorama, escaso y, con mucho, meramente doctrinal, hasta que en 1994 se dictara la Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de los Préstamos Hipotecarios, en cuyo espíritu estaba la promoción y simplificación de los trámites para que el deudor pudiera subrogar en su préstamo a una entidad financiera que le ofreciese mejo-

lo 227 RH, no se observa, en principio, cuál sea la razón que determine un tratamiento diferente al de los negocios a los que se acaba de hacer mención [a saber, los de posposición, permuta o reserva de rango], preconizando la doctrina la aplicación analógica de las normas que regulan la posposición. Ello, claro está, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros, precisándose, por supuesto, el consentimiento de los titulares de las hipotecas o anotaciones intermedias, si existiesen, que pudieran resultar afectados por ese pacto”. Y agrega más adelante que si bien el artículo 227 RH es cierto que tiene un predominante alcance procesal, previendo cuál sea la solución a seguir, considerando preferentes las cargas del mismo rango, ello al mismo tiempo “viene a suponer un explícito reconocimiento de la posibilidad de que existan gravámenes con igualdad de rango sin que ello obste a esos principios de determinación y especialidad, y sin que se observe la razón para que merezca un tratamiento diferente esa igualdad cuando está establecida desde el inicio, en el momento de la constitución de las cargas, y cuando tiene su origen en un pacto, siempre y cuando, se insiste, se respeten los presupuestos necesarios para su validez”.

(138) Cfr. *Derecho...*, cit., II, p. 736.

(139) Cfr. *Garantías...*, cit. p. 575.

(140) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., IV-2.º, 1979, p. 652.

(141) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 85.

res condiciones que el acreedor con quien hubiese contratado. En este sentido, su Exposición de Motivos daba noticia de los factores económicos determinantes para su aprobación: la fuerte comisión por amortización anticipada que imponían las entidades titulares de los créditos objeto de subrogación y la duplicación de gastos que suponía para los ciudadanos la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. Para paliar estos inconvenientes, es que se decidía un límite para aquella comisión, que no podría superar ahora el uno por ciento, así como la exención fiscal de las escrituras que documentasen tales operaciones.

El desarrollo económico posterior amplió insospechadamente la capacidad de endeudamiento de los particulares, a quienes en plena bonanza se les ofrecía por las entidades financieras de las que ya eran deudores hipotecarios la concesión de nuevos créditos mediante la constitución de una segunda hipoteca. El pacto de igualdad demostrará frente a tales circunstancias toda su funcionalidad, permitiendo vincular ambas hipotecas al constituirse la segunda, evitando, entre otras cosas, que una tercera entidad se subrogue, por virtud de la Ley 2/1994, en el primer préstamo y que un eventual incumplimiento de éste purgue la hipoteca que, de no ser por el pacto, sería de segundo rango (142).

Pero el pacto no vendrá solo. A él se adherirá, para lograr esa plena equiparación operativa, alguna que otra cláusula; frecuentemente, la atinente a la ejecución simultánea de ambas hipotecas, estipulación lógica si se repara en que, a la postre, lo que las partes habrían pretendido instrumentar resultaría una suerte la ampliación de un crédito hipotecario por medio de una nueva hipoteca, anudada a la primera por la igualdad de rango pactada (143).

(142) A su abrigo, la postura reticente tomó nuevos bríos, como se observa en los trabajos de BONILLA ENCINA y TORRES BOLAÍN (cfr. “El pacto de igualdad de rango”, en BCRE, núm. 107 [2004], pp. 2677 y ss.), SENA FERNÁNDEZ (cfr. “El principio de prioridad y los pactos de igualdad de rango en las hipotecas”, en BCRE, núm. 107 [2004], pp. 2697 y ss.; “La subrogación del acreedor, regulada en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y los pactos que tratan de impedirla”, en BCRE, núm. 87 [2002], pp. 2215 y ss.) y ÁVILA NAVARRO (cfr. “Rango e hipoteca”, en *Academia Sevillana del Notariado* XIII [2003], pp. 29-30). Para una contestación acerca de sus argumentos, siguiendo con la tónica que se expresa aquí en el texto, *vid.* de REINA TARTIÈRE, “La virtualidad del pacto de igualdad de rango tras la reforma hipotecaria de 2007”, en BCRE, número 154 (2009), pp. 213 y ss. Lo que, en resumen, vengo a decir en tal sede es que habría sido la práctica la encargada de vincular el pacto de igualdad con una trama determinada, al límite de la legislación imperativa que entronca con la normativa liberalizadora de los préstamos hipotecarios, lo que explica los recaudos que se alegan contra el tipo. Sin embargo, ello no significa la invalidez del convenio por incompatible con las reglas que hacen a los criterios de ordenación registrales, invalidez *per se* descartada, sino, en su caso, la de la finalidad que pudieran perseguir las partes manifestada precisamente por el juego de las cláusulas añadidas con las que ha solido acompañarse.

(143) Fuera de la explicación del pacto vinculada al fenómeno estrictamente subrogatorio, cuando de dos acreedores distintos se trata, lo que se estilaba es un pacto de signo cierta-

E) La postergación de rango.

En sede registral, la postergación se trata de una figura acuñada por la doctrina italiana, cuyo alcance no puede entenderse sin tomar la igualdad de rango como presupuesto. Para FRAGALI consiste, así, en el cambio entre hipotecas del mismo rango, en el sentido de que unas se pospongan a otras, de modo que los respectivos créditos ya no concurren a prorrata (144).

Entre nosotros, CHICO consideraba viable, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, el pacto por el que se renunciara a la preferencia otorgada para los casos de “simultaneidad” del artículo 227 RH (145). En este sentido, si libremente se renuncia a la subsistencia que este precepto dispone en beneficio de aquellos titulares que comparten puesto con quien ejecuta, se estaría reconociendo la cualidad de rango superior al derecho de éste. Sin embargo, esa cualidad tan sólo aparecería en tal supuesto, pues cuando el rango que estuviera siendo aprovechado por ambos fuera inferior al de la hipoteca en trámites de ejecución, no existiría prelación alguna entre ellos, teniendo que cobrar a prorrata del sobrante que hubiera quedado. Téngase en cuenta que el objeto de la renuncia no es la de terminar con la situación de igualdad en la que se encuentran inmersos distintos titulares, sino prescindir tan sólo, aun siendo el más importante, de uno de sus efectos.

La postergación tiene un carácter esencialmente unilateral, ya que se desarrolla con prescindencia de la voluntad de quien vaya a aprovecharse; no se requiere la comunicación o notificación previa al copartícipe que como consecuencia haya de permanecer en el mejor rango. No obstante, en la práctica resulta difícil de imaginar que este último quede al margen de su formalización, pues seguramente habrá retribuido de alguna manera la decisión del postergante.

En cuanto a los titulares posteriores, su consentimiento es innecesario, en atención a que sus intereses no han de verse afectados por el pacto, habida cuenta de que cuando se presentaron en el Registro conocían sobradamente la existencia de varios derechos de rango único, pero superior. El hecho de que cualquiera de sus titulares instara la “escisión de rango” no les ha de dar derecho, como tampoco sucedía en los casos de

mente inverso: el de postergación automática del titular que no concorra a la ejecución instada por aquel con quien hasta ese momento venía compartiendo rango. En todo caso, sobre el correcto significado y alcance de estos pactos derogatorios, según determinadas circunstancias, de los efectos que se derivan del artículo 227 RH, *vid.* DE REINA TARTIÈRE: “La igualdad de rango hipotecario”, en RCDI, número 706 (2008), pp. 650 y ss.

(144) Cfr. Voz “*Ipoteca*”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Milán, Giuffrè, 1972, p. 820.

(145) Cfr. *Estudios...*, cit, I, 1994, p. 391.

la permuta o la posposición, a ocupar ninguna vacante (146). Sin embargo, ese perjuicio sí se producirá cuando los interesados aprovecharan la ocasión para modificar el contenido de sus derechos, por ejemplo, en cuanto a la cantidad asegurada o las causas de vencimiento, modificaciones éstas no amparadas por el mejor rango.

La postergación se podrá reflejar en el Registro de varias formas. Cuando los derechos ya estuvieran inscritos, bastaría con hacerla constar por nota al margen del asiento común o, si cada uno tuviera uno propio, por haber acordado previamente su igualdad, al margen del postergado (147). Si ninguno de los derechos estuviera inscrito, lo óptimo sería convenirla directamente en la escritura de la que se pretende sea de peor rango, de modo que desde un principio se registre con tal condición.

VII. Supuestos especiales

A) La posposición de la condición resolutoria.

1. *Noción.*

No existe otro negocio sobre el juego de la prioridad hipotecaria con más repercusión práctica que el aquí enunciado. Repárese en la frecuencia con que el vendedor pospone la condición resolutoria explícita que le sirve de garantía por el precio aplazado, a la hipoteca de la entidad financiera que concede al comprador el capital necesario para la adquisición de la finca. Con esta operación, las partes eluden la aplicación del artículo 107.10 LH, que, en otro caso, dispondría la extinción de las hipotecas y demás cargas impuestas por el comprador, cuando la propiedad retornase al vendedor (148).

(146) FRAGALI es de la misma opinión (cfr. ob. cit., p. 821).

(147) Para RUBINO, la postergación puede convenirse antes o después de registrarse los respectivos derechos, pudiendo anotarse en el cuerpo de cada asiento o únicamente en el correspondiente al postergado (cfr. ob. cit., p. 392, nota 27).

(148) La doctrina admite mayormente este tipo de posposición; cfr., entre otros muchos, BONILLA ENCINA: ob. cit., pp. 522 y ss.; ROVIRA JAÉN: “La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad”, en RCDI, número 463 (1967), pp. 1679 y ss.; del mismo autor, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 197-198; RODRÍGUEZ ADRADOS: “Algunos aspectos de la *lex commissoria*”, en RCDI, número 464 (1968), pp. 94 y ss.; GARCÍA GARCÍA: *Derecho...*, cit., II, pp. 744 y ss.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN: *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, Civitas, 1997, p. 77; LÓPEZ FRÍAS: *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 96-97; MOLL DE ALBA LACUVE: *La figura del pacto comisorio*, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 144-145; ALONSO PÉREZ: ob. cit., p. 1028.

Los efectos del pacto, complementario del contrato de cesión de solar por obra futura y favorecedor, por tanto, de la financiación necesaria para el ingente desarrollo experimentado por la construcción inmobiliaria hasta hace bien poco, se basan en que mientras la ejecución de la hipoteca habría de perjudicar la cancelación de la condición resolutoria, el ejercicio de ésta no perjudicará al acreedor, teniendo el readquirente que pechar con el gravamen cual tercer poseedor ordinario.

Fácilmente se observa el perjuicio que el pacto ocasiona en las expectativas del vendedor. Y ello, no sólo para cuando ejercitara su facultad resolutoria. Pensemos que, si antes de ese momento se procede a ejecutar el bien, únicamente tendría derecho a cobrar del sobrante que reste. Por eso, le habría de resultar más beneficioso no esperar al remate y satisfacer antes el crédito hipotecario, de manera de subrogarse en la posición del titular y poder disponer de dos garantías alternativas: la hipoteca y la condición resolutoria (149).

2. Requisitos.

En cuanto a los requisitos necesarios para que el negocio tenga lugar, se deben distinguir los siguientes:

a) Elementos reales.

La determinación del objeto de lo que tradicionalmente se ha calificado como posposición de la condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado es, sin duda, el punto más conflictivo de cuantos plantea la figura. En principio, su denominación conduciría a considerarla como un tipo de convenio sobre el rango donde en lugar de una hipoteca se alteraría la prioridad de otro derecho en función de garantía, el del vendedor a la íntegra satisfacción de lo que se le adeudara.

Ahora bien, las cosas no son tan sencillas. No debe olvidarse que la condición resolutoria es un elemento adicional del contrato de compra-venta, del cual depende existencial y negocialmente, careciendo de un asiento propio y, por tanto, de un rango autónomo (150). La condición resolutoria no tiene una estructura jurídica independiente, no es un derecho

(149) Como le recomiendan RODRÍGUEZ ADRADOS (cfr. ob. cit., pp. 100-101) y MOLL DE ALBA LACUVE (cfr. ob. cit., p. 145).

(150) El artículo 9 LH muestra bien esa dependencia: “Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: 2.^a La naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título”. La condición será copiada literalmente en el cuerpo de la inscripción (cfr. art. 51, regla 6.^a, RH).

real ni personal inscribible por sí mismo, sino que se agrega a uno de tal especie, produciendo, llegado el evento previsto, el cese de sus efectos (151). Como mucho, la denominada posposición de la condición resolutoria consistiría en una limitación de su típica eficacia retroactiva con respecto a una hipoteca de inmediata constitución (152).

A pesar de todo ello, el hecho de que el rango de una condición resolutoria sea ocupado igualmente por el título de compraventa no deja de ser una razón teórica incapaz de poner freno a una práctica de tan contrastada utilidad. Además, no debe olvidarse que el artículo 11 LH equipara, siquiera funcionalmente, la condición resolutoria en garantía por el precio aplazado a la hipoteca, y que es éste justamente el derecho típico donde se manifiesta la negociabilidad del rango.

b) Elementos personales.

Se exige el consentimiento del vendedor, en calidad de titular de la facultad resolutoria que pesa sobre la venta. Aunque algún autor entienda lo contrario (153), no se precisa el del propietario, el comprador. Por otro lado, si al presentarse la posposición se encontrara inscrito o pendiera de despacho otro título distinto de un tercero, sería además necesario su consentimiento expreso.

Comenta ÁVILA NAVARRO que el acuerdo de posposición entre el vendedor y el acreedor hipotecario podría no ser definitivo, cuando el comprador, si es quien presenta los títulos en el Registro, pidiera la inscripción de la condición y la hipoteca por el mismo orden que él los hubiera consentido (154). Con esta interpretación, el único pacto de posposición que garantizaría al acreedor su posición preeminente sería aquel para cuya

(151) En contra, RODRÍGUEZ ADRADOS, para el que la condición inscrita sería un derecho real, pues produce efectos *erga omnes* y se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa misma, cualquiera que sea su poseedor (cfr. ob. cit., p. 97).

(152) Algunas voces han señalado, aunque no categóricamente, la singularidad del pacto aquí estudiado. Así, ROCA SASTRE entiende que “más que de una propia posposición de la condición resolutoria se trata de un pacto de preservación respecto de la hipoteca antepuesta de los efectos resolutorios derivados del pacto de la ley comisaria, es decir, de una exclusión convencional de la retroacción de los efectos de la condición resolutoria cumplida, en virtud de todo lo cual la referida hipoteca se salva del derrumbamiento de la propiedad del comprador o de sus causahabientes” (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., II, 1995, p. 82). Por su parte, GÓMEZ GÁLLIGO estima que nos encontramos ante una renuncia anticipada del vendedor al ejercicio de su facultad resolutoria respecto de la hipoteca futura (cfr. “Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado”, en RCDI, núm. 613 [1992], p. 2487).

(153) Así, BONILLA ENCINA (cfr. ob. cit., p. 524).

(154) Cfr. *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1990, p. 198.

formalización hubieran comparecido los tres interesados (155). Por mi parte, estimo cuestionable que el registrador llegue a autorizar que el comprador disponga de los intereses de terceros de tal forma; en este punto, convendría traer a colación la distinción mantenida entre presentante e interesado a los efectos del desistimiento.

Efectivamente. Para retractarse, en todo o en parte, de la solicitud de inscripción realizada, se precisa de otra solicitud, siempre expresa y, según la clase de desistimiento pretendida, variable respecto a su forma. En cuanto a la legitimación para instar el desistimiento, el artículo 433 RH se la concede al presentante, a los interesados y a las autoridades públicas que hubieran expedido el título de cuya presentación se desea desistir. No obstante, el precepto debe vincularse con las reglas básicas sobre rogación, específicamente, con el artículo 6 LH, que señala quiénes pueden poner en marcha el procedimiento registral: el que adquiera el derecho contenido en el título a inscribir, el que lo transmita y el que tenga interés en asegurarlo, admitiendo que cualquiera de ellos lo haga a través de representante. Luego, el artículo 39 RH completa esta lista, reconociendo una suerte de representación tácita a favor de quien simplemente presente los documentos en el Registro. Pues bien, en alusión a esta persona, y dado que carece como el representante de un poder o título habilitante, parecería lógico que su margen de actuación en cuanto a los trámites que hubieran de seguir se viera restringido. Sin embargo, el Reglamento ha querido dispensarle una serie de facultades más allá del momento de la presentación. Así, la de recibir la notificación de la calificación desfavorable al despacho del documento (cfr. art. 429 RH) o la de solicitar la anotación preventiva por defectos subsanables (cfr. art. 430 RH). Además, y al lado de la posibilidad de retirar el documento en los términos que enseguida se verán, le ha legitimado para desistir del asiento solicitado. ¿Quiere decir esto que el presentante es libre de renunciar a él en todo caso, aun sin contar con los interesados? En absoluto. Obsérvese que tanto la retirada del título como el desistimiento exceden de lo que debe considerarse representación ordinaria, pues aunque en primer término sólo implicarían la abdicación de la instancia previa, ésta traería como consecuencia la inoponibilidad de un derecho frente a otros titulares que, incluso, podrían llegar a excluirlo.

Aún el artículo 433 RH, a pesar de que admite el desistimiento del presentante con carácter expreso, terminaría brindando fundamentos para esta interpretación. En primer lugar, cuando proscribe el desistimiento si existe otro documento presentado que se viera afectado por su aceptación.

(155) Un modelo de escritura de “posposición trilateral” puede verse en ROVIRA JAÉN: *El pacto...*, cit., pp. 329-330.

Para tal hipótesis se admite una excepción: que el “interesado” en la inscripción de ese otro título, y no ya su representante, solicitara, a su vez, su desistimiento. En segundo lugar, al rechazar el desistimiento que perjudique a tercero. En estricta técnica jurídica, los interesados no son terceros respecto a los distintos trámites que rodeen a su inscripción. Sin embargo, sí lo serían, en lógica, respecto de un acto al que no han comparecido y del que tan siquiera han podido tener conocimiento. Por ello, el registrador, al recibir una solicitud de desistimiento, aun parcial, del representante que no tuviera la condición de interesado conforme al artículo 6 LH, debería tomar la precaución de compulsar el sentir de los otorgantes del negocio. Incluso cabe apurar este planteamiento hasta considerar que el desistimiento no sería aceptable en tanto en cuanto se lesionen las expectativas de aquel que haya de resultar favorecido por la inscripción futura “afectada”.

c) Elementos formales.

Como cualquier otro negocio sobre el rango, el retroceso de la condición resolutoria debe instrumentarse en escritura pública. Aquí caben tres posibilidades: que se incorpore a la escritura de venta, que se pacte en la de la hipoteca, o que se pacte después de ambas. La más frecuente se demuestra la segunda (156). Si se hace al tiempo de la compraventa, conviene cumplir con los dos últimos requisitos del artículo 241 RH: en primer lugar, la determinación de la responsabilidad y duración máximas de la futura hipoteca; en segundo, la fijación de un plazo para la inscripción de ésta. En tal sentido, VIDAL FRANCÉS advierte sobre la habitual, pero incorrecta práctica de referirse en el título de compraventa a la “hipoteca que se proyecta constituir” o “que se constituirá ante el propio Notario”, sin especificar una cantidad-tope y un término para su constitución. A su juicio, el pacto de posposición así concluido no sería válido, teniendo que comparecer el vendedor, si a tal situación se quiere llegar, a la formalización de la hipoteca (157).

(156) La posposición se suele pactar en el mismo momento en que se formaliza la venta y se constituye la hipoteca. El supuesto es denominado por MENÉNDEZ HERNÁNDEZ de “falsa posposición”, pues “lo que únicamente existe es una escritura de venta (y tal vez, ni siquiera eso, sino sólo los folios de la matriz, debiendo esperar algunos días para obtener primeras copias) y otra de hipoteca. Como cuando se autoriza la segunda (que lleva inserta la posposición) la primera todavía no está inscrita, por ello no se puede hablar en sentido técnico y real de que se haya producido una posposición de la condición resolutoria a favor de la hipoteca, aunque en el documento notarial así se establezca” (*El Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 121-122). El calificativo resulta exagerado habida cuenta de que la no inscripción de la venta al tiempo de convenirse la posposición se trata de una circunstancia que no altera, en su funcionamiento, la eficacia del negocio.

(157) Cfr. *La problemática de las condiciones en el Registro de la Propiedad*, Barcelona, Atelier, 1999, p. 174, nota 91.

3. *La doctrina de la Dirección General en la materia.*

Sin mayores inconvenientes, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sancionado la posposición de la condición resolutoria equiparándola al negocio ordinario sobre el rango hipotecario. Así, en la Resolución de 25 de octubre de 1979 mantenía que “es de observar que el artículo 241 RH aparece literalmente referido al supuesto exclusivo de posposición entre hipotecas, pero su aplicación resulta viable igualmente a una condición resolutoria pospuesta, dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, al ser semejante en nuestro Derecho el juego de la hipoteca preferente respecto a las segundas y posteriores (art. 131 LH), y el derivado de dicha hipoteca respecto a la condición resolutoria” (158). En el caso, la condición resolutoria se había pospuesto a una hipoteca aún no constituida, la cual sólo quedaba perfilada genéricamente, sin concretar, por tanto, ni su duración ni la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas y otros conceptos. Tal indeterminación se entendió inadmisibles, pues podría perjudicar no sólo a los terceros, sino también a los vendedores que hubieran consentido la posposición (159).

Más próximamente, la Resolución de 16 de septiembre de 1999 ha reiterado esta postura. En el supuesto, el registrador había rechazado la posposición de una condición resolutoria basándose en la distinta configuración registral de ésta. En su decisión, la Dirección vuelve a admitir la inscribibilidad de estos pactos con las siguientes palabras: “si bien, en nuestro Derecho el rango registral no tiene un contenido tan autónomo como

(158) En su informe previo a la Resolución de 1979, el propio registrador reflexionaba sobre las diferencias entre negociar sobre su rango y tasar en su actuación una condición resolutoria: “la limitación de la retroactividad de la condición no implica una posposición del rango hipotecario –como afirma el notario recurrente– ya que en aquel supuesto se producen dos efectos: la no cancelación automática de la hipoteca y la ineficacia frente al titular de la hipoteca de las acciones resolutorias, derivadas del cumplimiento de la condición resolutoria establecida, mientras que en el caso de posposición se producen todos los efectos derivados del principio de prioridad confiriendo a la hipoteca antepuesta una preferencia indiscutible sobre la condición resolutoria pospuesta, con abstracción de la limitación más o menos amplia de su retroactividad, tal y como si se hubiese inscrito aquélla antes que ésta”. Sinceramente, cuesta entender las diferencias que en la práctica guardan uno y otro supuesto.

(159) Entendía el notario autorizante que, dada la condición por parte del comprador-hipotecante de Cooperativa de Viviendas de Protección Oficial, ese requisito quedaba cumplido por remisión a las disposiciones reguladoras de los porcentajes máximos de los préstamos a promotores de este tipo de edificios. La Dirección le respondió directamente: “considerando que la cambiante legislación de Viviendas de Protección Oficial no basta para llenar el vacío que se produciría por la falta de concreción futura, y daría lugar, además, a la posibilidad de que se creara un rango registral sin contenido específico por el simple consentimiento genérico de las posponentes, contrario a todos los principios del sistema”.

en otros ordenamientos jurídicos, la argumentación del registrador consistente en que, siendo la condición resolutoria un pacto meramente personal, sólo ejercitable entre partes, no es posible su posposición, no puede mantenerse. En efecto, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria establece que la condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado surte efectos frente a terceros. Esta eficacia supone que tal facultad del vendedor goza de un rango registral y surte efectos de garantizar el pago del precio aplazado, por lo que su ejercicio, si conservara su rango, traería consigo la cancelación de la hipoteca. Por ello, nada se opone a que se inscriba en el Registro el pacto mediante el cual se establece, con el consentimiento de todos los interesados que, en caso de resolución de la venta, si se da la condición, seguirá subsistiendo la hipoteca. Si no se admitiera tal pacto se restringiría notablemente el crédito hipotecario, pues se dificultaría en gran medida el acceso a tal crédito de los derechos sometidos a condición resolutoria”. El fundamento transcrito hace una lectura sesgada de los argumentos presentados por el registrador en defensa de su calificación. No es que se hubiera dejado de inscribir la posposición al tener por objeto un derecho puramente personal, sino por carecer la condición de rango independiente, circunstancia ésta que, según he expuesto, se muestra insuficiente para negar la virtualidad de esta clase de convenios.

B) El negocio jurídico sobre el rango del embargo anotado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha certificado expresa y definitivamente el carácter declarativo de las anotaciones preventivas de embargo. En primer lugar, su artículo 587 determina que el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, y ello “aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba”. En este último caso, en el que no se haya tomado constancia registral del embargo, éste no podrá afectar al tercero de buena fe, por lo que, si se quiere que el embargo cumpla con su finalidad protectora del crédito, parece muy conveniente que esas medidas sean adoptadas. Ahora bien, mientras que según el artículo 1453 de la Ley de 1881 era preceptivo que el juez librara el oportuno mandamiento al Registro, el artículo 629 del nuevo texto legal establece que la anotación preventiva ha de ser instada por el ejecutante, previsión poco afortunada si se desea la plena concordancia entre el Registro y la realidad.

La voluntariedad de la anotación queda también acreditada cuando el artículo 662.1 LEC define al tercer poseedor como aquella persona que ha adquirido el bien inmueble después de haberse anotado el embargo o *de haberse consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apre-*

mio, a través de la oportuna nota marginal acreditativa que la certificación de cargas ya se ha expedido. Se deroga, por tanto, la previsión del artículo 143 RH, donde expresamente se establecía que esa nota marginal no podría extenderse si antes no se hubiera practicado la anotación preventiva del embargo en ejecución. Por supuesto que los efectos de esta nota marginal no alcanzarán a los de la anotación preventiva, pero sí serán suficientes para impedir el juego de la fe pública registral con respecto a adquirentes posteriores.

Es en este momento cuando cabe preguntarse si, al amparo del artículo 629.1 LEC, el titular de la anotación podría disponer de su rango en beneficio de los titulares de fecha posterior; sería, incluso, imaginable la permuta o posposición entre embargos. Los argumentos a favor se centrarían en recalcar que la finalidad aseguratoria del embargo sería ciertamente similar a la cumplida por la hipoteca, y por ello ese tipo de pacto podría darse, aún cuando se hubiera de establecer alguna especialidad en atención a su carácter coactivo; así, la autorización del juez que decretó el embargo o el consentimiento del deudor si los respectivos créditos no hubieran adquirido firmeza (160). A esta solución contribuiría, de un lado, el artículo 225 RH, que establece la necesidad de notificar a todos “los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor”. Por otro, el hecho de que en el artículo 433 RH se encuentre previsto con carácter expreso la posibilidad del desistimiento con respecto al mandamiento judicial todavía no despachado.

La Dirección General ha contestado directamente a esta tesis en las Resoluciones de 23 y 24 de abril y 3 de junio de 1996, ya observadas en este trabajo a la hora de tratar sobre la protección de terceros frente a la permuta y la reserva de rango.

En su decisión, el Centro directivo habría de postular por la improcedencia de la aplicación analógica del artículo 241 RH, en cuanto “podría argumentarse que, admitidos los negocios de posposición del rango entre las hipotecas, procedería admitir igualmente la posposición de un embargo anterior en beneficio del posterior, cuando es decretado por el propio juez que acordó la traba que se pospone, y no existen titulares interme-

(160) Uno de los pocos autores que se han planteado el supuesto es MAZUELOS CARMONA, quien no encuentra “obstáculo legal alguno que en principio se oponga a los convenios particulares celebrados entre los acreedores y titulares de derechos inscritos y anotados sobre la finca embargada sin la anuencia y conformidad del deudor, por aplicación de la teoría sobre la permuta y la posposición de puestos registrales, reconocidos en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, aunque hay que reconocer que para que dicho concordato sea ejecutivo sin la conformidad del deudor habrá que tenerse presente el carácter más o menos firme de dichos créditos y derechos respecto al apremiado” (“Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas”, en RCDI, núm. 334-335 [1956], p. 152).

dios que puedan resultar perjudicados”. Sin embargo, habría “de reconocerse que la posposición no es una figura que se adapte a la naturaleza específica y diferenciada del embargo respecto de la hipoteca y, menos aún, que tal posposición pueda ser la consecuencia de una sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho, y ello aún cuando de tal posposición de embargos, pueda, en algunos casos, derivarse ventajas”.

Las palabras de la Dirección deben entenderse en sus justos términos. Su rotundidad sólo se explica a partir del concreto supuesto de hecho analizado. Recordemos que se trataba del embargante anotado con fecha posterior que había vencido al embargante-ejecutante en el proceso principal, quien instaba se hiciera constar esa circunstancia a través de una nota al margen de la anotación de este último. Tal pretensión se rechaza, al considerarse que esa nota, aunque útil en cuanto al conocimiento de terceros, podría confundir sobre el orden de prioridad publicado en el Registro. Seguramente, la decisión alcanzada hubiera sido radicalmente distinta si, como allí mismo se dice, un primer embargante hubiera cedido *voluntariamente* su puesto, previa e ineludible autorización judicial, a aquel otro que le siguiera en rango. Ahora bien, el juez no daría su permiso a esa posposición cuando albergara dudas sobre “la suficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de la responsabilidad del ejecutado” (cfr. art. 612 LEC).

C) La negociación del rango durante la fase ejecutiva.

El tiempo idóneo para convenir una modificación de rango de cualquier derecho sobre una finca se produce cuando ésta se encuentra en una fase de seguridad, o si se prefiere, de normalidad. En una etapa posterior, la ejecutiva, conviene que tal posibilidad, difícilmente imaginable en la práctica, se restrinja. Y ello por dos razones: en primer lugar, por la distorsión que ha de provocar en el procedimiento de ejecución, pues el adjudicatario podría encontrarse con la sorpresa de una variación en la finca con respecto al estado jurídico en cuya virtud creyó adquirirla. En segundo, por la específica previsión de un mecanismo alternativo, la *successio in locum*, según el cual los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta podrían hacer uso de la facultad de subrogación, previa satisfacción, claro está, del crédito, los intereses y las costas del actor (cfr. art. 659.3 LEC).

Estimo, concretamente, que el negocio sólo podrá inscribirse con regularidad si se presenta en el Registro antes de que la ejecución quede publicada a través de la nota marginal acreditativa de haberse despachado la certificación de cargas y gravámenes para ese procedimiento (cfr. art. 656 LEC). A partir de ese momento, lo más conveniente sería comu-

nicar el cambio pretendido al Juzgado ejecutante, no pudiendo el registrador practicar los asientos que de ella se derivasen hasta que no reciba la oportuna autorización o, al menos, contestación confirmatoria de que el inmueble aún no se habría enajenado.

Ahora bien, atendiendo al fundamento de esta limitación, se comprende que la misma no sea absoluta. Así, si un predio está gravado por tres hipotecas y la última entra en ejecución, los acreedores de las otras dos podrían intercambiar sus rangos (posposición en sentido estricto), sin que fuera necesario autorización o aviso alguno, pues no se ve cómo ello perjudicaría el resultado de la ejecución en curso. Queda al margen la reserva de rango que, según vimos, quedaría inoperante como consecuencia del proceso.

En la ineludible Resolución de 4 de noviembre de 2000 también se apuntó el problema contemplado. Sin embargo, la Dirección General se abstuvo de emitir un juicio al respecto, al impedirlo el hecho de que el presidente del Tribunal Superior compartiera el punto de vista del registrador, quien ahora recurriría en apelación por todos los demás extremos de su nota de calificación no confirmados. En su nota, el encargado había denegado la inscripción de una posposición por haber sido ya expedida la certificación de cargas por ejecución para la hipoteca que se quería posponer. Justificaba su decisión en la discordancia que se produciría “en cuanto a la prelación de cargas existentes sobre la finca según la certificación dicha y el Registro, al llegar al mismo, la adjudicación y cancelaciones resultado de la subasta, lo que redundaría en descrédito y falta de coordinación entre el Registro y el Juzgado que conoce de la ejecución hipotecaria, amén de irreparables perjuicios al adjudicatario que intervino en el procedimiento confiado en el contenido de la certificación registral obrante en autos que luego se ve defraudado al haber perdido rango la hipoteca ejecutada”. De ahí que concluyera sosteniendo la necesidad de acreditar que el Juzgado había tenido conocimiento de la posposición con anterioridad a la celebración de la subasta (161).

La solución dispensada difiere en cierta medida de la que aquí se sostiene. Mientras que lo mejor sería hacer depender la inscripción de estos negocios de un muy simple mecanismo de colaboración entre profesionales, en el supuesto se valoró la suficiencia de que fueran los propios particulares quienes hubieran de comunicar al Juzgado la posposición, consi-

(161) En su recurso gubernativo, el interesado alegaba, ingenuamente, la suficiencia de la tercería de dominio en defensa de los intereses de quien en pública subasta adquiriera el inmueble: “es evidente que siendo nuestro sistema hipotecario voluntario, si el presunto adjudicatario, que no consta exista en modo alguno, no inscribe su derecho quedará a las resultas del Registro”.

derándose como subsanable la no acreditación en el Registro de esa circunstancia. Aunque por esta vía pueda obtenerse indirecta y posteriormente a la calificación igual resultado, los interesados no están en condiciones de garantizar al juez que el negocio escriturado vaya a inscribirse en todo caso, ni menos esa declaración puede tener la autoridad de modificar el orden de cargas descrito en la certificación de autos. La coordinación –interconexión– entre jueces y registradores se hace, pues, imprescindible, para la cual han de desempeñar una encomiable labor los nuevos medios tecnológicos (162).

(162) La coordinación entre instituciones es justamente la opción seguida en la doctrina gubernativa para dar respuesta a un problema similar, el de la cancelación voluntaria, o más correctamente, extrajudicial, de la hipoteca que se ejecuta. Así, las Resoluciones de 24 de abril de 1991 y 16 de septiembre de 1992 –ambas citadas en su defensa por el registrador de la que ha sido comentada en el texto– mantienen que desde la constancia en el Registro de la pendencia de un procedimiento de ejecución de una hipoteca, no es posible su cancelación sin la consiguiente repercusión en autos, supeditando la operatividad registral del negocio cancelatorio “a las decisiones sobre paralización o extinción de la actuación ejecutiva entablada, que sólo al Juez incumben”. La nueva Ley de Enjuiciamiento ha respaldado este mismo planteamiento en su artículo 688, y ello con las siguientes palabras: “en tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal (la de haberse expedido la certificación de cargas y gravámenes), el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas a la propia ejecución”. En estos casos, el propietario, primer interesado en la cancelación de la hipoteca, debería presentar el título en que se haya instrumentado a fin de lograr la suspensión del procedimiento y, luego, si hubiera lugar, el sobreseimiento de la ejecución, a partir del cual la práctica del asiento de cancelación quedaría expedita (cfr. art. 695 LEC).

TESTAMENTO Y CAPACIDAD: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INCAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho.

*Miembro de la Asociación Española
de Abogados de Familia*

Introducción al tema

El testamento es un acto personalísimo y, para su validez, ha de ser realizado encontrándose el testador en su “cabal juicio”, según la propia dicción de nuestro Código Civil, artículo 663.2 *a sensu contrario*.

Sin embargo, la dicción del Código Civil y su interpretación conlleva muchas interrogantes, y una compleja problemática, ya que el legislador toma conceptos, o términos, que, en realidad, pertenecen al ámbito de la psiquiatría o de la psicología, y, sobre estos conceptos, la doctrina y la jurisprudencia ha de elaborar un *corpus* teórico y práctico al objeto de ofrecer soluciones y vías adecuadas cuando un testamento es objeto de impugnación por falta de capacidad del testador, tema éste que abordo a continuación.

Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador

Uno de los problemas más candentes que se presentan, en sede de testamentifacción activa, es, precisamente si hay que presumir la capacidad de la persona para testar o, al contrario, si hay que probar que la persona que ha testado se encontraba, en ese momento trascendental en su existencia, en su “cabal juicio”, o sea, con sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico –y natural– llevar a cabo, con plena validez, un acto de tanta envergadura jurídica como lo es el testamento.

Para abordar esta apasionante problemática, hay que referirse, en primer lugar, al artículo 662 del Código Civil, pues este precepto expresa que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”.

En este precepto, sin duda importantísimo, se contiene una regla general de capacidad para la testamentifacción activa: es decir, toda persona, en principio, puede hacer testamento, y se la va a considerar capaz para hacerlo con plena validez jurídica. Por lo tanto, la capacidad para hacer testamento es la regla general, al paso que la incapacidad es la excepción. Esta es una de las cuestiones en las que la doctrina española está plenamente de acuerdo, y de forma unánime.

Pero, en seguida, surge otra cuestión: el artículo 663.2 del Código Civil afirma que está incapacitado para testar “el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”

Con este precepto se deja abierta la puerta a la polémica –y a la incertidumbre–, ya que cabe plantearse si la capacidad de una persona para testar se presume –entendiendo que debe ser una presunción, en todo caso, *iuris tantum*–, o, por el contrario, hay que probar que la persona que ha testado se encontraba en su cabal juicio, o sea, en sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico, realizar válidamente dicho acto trascendental y personalísimo.

¿Qué se entiende por “cabal juicio”? ¿Qué significa esta expresión?

Según ha expuesto ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1), la expresión “cabal juicio” significa capacidad natural, suficiente discernimiento del testador acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario. En este sentido, carece de capacidad natural el menor de catorce años, el declarado –por medio de sentencia judicial– incapaz o incapacitado, o el sometido a curatela en atención a su grado de discernimiento, en función de los artículos 200 y 287 y concordantes del Código Civil.

(1) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “Comentario al artículo 665 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

Pero, en seguida, surge otra cuestión: la persona incapaz –pero no declarada incapacitada por medio de sentencia judicial–, ¿puede hacer testamento válido? Porque, si carece de capacidad natural, es decir, si no es capaz de entender –elemento intelectual–, ni de querer –elemento volitivo–, ¿cómo se puede afirmar que, a pesar de no estar incapacitada, es, sin embargo, capaz de otorgar testamento válido?

Aquí, como fácilmente puede comprenderse, comienzan los problemas que hay que debatir. Obviamente, el Código Civil hace intentos para aclarar un poco esta cuestión. En este sentido, observamos cómo el artículo 666 nos ofrece una pauta a seguir, al establecer que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”. Y el artículo 664 del citado *corpus* legal afirma, rotundamente, que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Como puede verse, es la capacidad uno de los temas más controvertidos, al ser, además, el *corpus* civil impreciso en este punto tan relevante.

Desde mi punto de vista, hay una clara presunción de capacidad para testar válidamente, presunción que, en muchas ocasiones, será difícil destruir mediante prueba en contrario, ya que muchas formas de demencia –concepto éste que, en cualquier caso, está bastante desfasado en Psiquiatría y Psicología– y muchos trastornos y alteraciones mentales son solapadas, no evidentes, lo cual abre una vía, quizás demasiado amplia, a la problemática de la validez de los testamentos.

Un autor como César HORNERO MÉNDEZ (2), haciéndose eco de esta compleja cuestión de la capacidad de testamentifacción activa, se preguntaba, perplejo, lo siguiente: ¿cualquiera puede hacer testamento? Y él mismo se contestaba a esta interrogante de una manera negativa, porque, evidentemente, al testador se le va a exigir una capacidad determinada, como no podía ser menos.

Nuestro ordenamiento jurídico respeta y protege la manifestación de voluntad realizada por el causante, pero, lógicamente, al ser el testamento un acto personalísimo y de enorme trascendencia en la vida jurídica –y en la vida de la persona que lo realiza–, deben recogerse, en las disposiciones de última voluntad, la real, libre y consciente voluntad del testador, ajustada al propio entendimiento –aspecto intelectual– y querer interno –aspecto volitivo–. O, dicho en otras palabras, la manifestación externa de la voluntad debe corresponderse con la voluntad interna, y ésta con aquélla, de modo que, cuando se produzca una anomalía o una irregularidad

(2) HORNERO MÉNDEZ, C.: “¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, número 15, 2005.

en este mecanismo intelectual y volitivo, hay que comenzar a dudar acerca de la validez del testamento así emitido.

Puede decirse, sin miedo a error, que la capacidad para testar, y su contrapunto, la incapacidad, son dos caras de una misma moneda. Para que el negocio jurídico *mortis causa* despliegue todos sus efectos, es requisito *sine qua non* que el testador lo haga en forma deliberada y consciente, no concurriendo, en dicho acto, vicios que, de alguna forma, interfieran en la voluntad y en la libertad de esa voluntad testamentaria.

Además de ello, es absolutamente imprescindible que el testador, al realizar tal negocio, tenga plena conciencia de sus propios actos, discurriendo o entendiendo lo que quiere dejar en testamento, así como su finalidad y trascendencia.

Le expresión “cabal juicio” es equívoca y se presta a diversas interpretaciones, a veces no muy claras. Pero, si intentamos acercar este concepto, podría decirse que “cabal juicio” quiere decir completo estado de sana razón, tal como expresa el Diccionario de la Real Academia Española. Esto me lleva a plantearme si, en la actualidad, puede decirse, con exactitud, que una persona se encuentra en completo estado de sana razón. Desde mi punto de vista, habría que entender que el concepto de “cabal juicio” hay que interpretarlo desde un aspecto negativo, o sea, como ausencia de enfermedad mental, o de anomalías o trastornos mentales que incapacitan a la persona para decidir acerca del futuro de su patrimonio una vez que haya fallecido.

No es ésta cuestión en absoluto baladí, ya que, por mi experiencia profesional, he conocido personas que, aun gozando de capacidad para la mayoría, o todos, los negocios de la vida cotidiana, no alcanzan, sin embargo, a comprender, en su plenitud, el sentido y finalidad de las disposiciones testamentarias, ni su trascendencia.

En principio, volviendo al tema de la presunción de capacidad, hay que resaltar que la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues a todo sujeto debe reputársele en su cabal juicio, como atributo normal del ser, según pusieron de manifiesto diversas sentencias en nuestro país y, en concreto, la carismática resolución dictada por el Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 1988. En consecuencia, en lo relativo al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum*, lo que conduce a estimar, inevitablemente, que concurre en el testador capacidad plena y esta presunción sólo podrá destruirse mediante prueba en contrario, prueba que ha de ser evidente y completa, según la dicción de la sentencia de 3 de noviembre de 1951, o prueba muy cumplida y convincente, según la sentencia de 26 de abril de 1995, o de fuerza inequívoca y concluyente, según sentencias de 20 de noviembre de 1975 y 27 de noviem-

bre de 1995. Todas estas sentencias fueron dictadas por nuestro Tribunal Supremo.

En consecuencia, ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura –o, por mejor decir, en terminología más actual, la alteración o anomalía mental–, la Ley requiere, y la jurisprudencia consagra, que la incapacidad que se atribuya a un testador ha de tener cumplida demostración, según sentencias del Supremo de 23 de noviembre de 1944 y 1 de febrero de 1956.

Por tanto, la impugnación de un testamento por incapacidad del testador es una cuestión difícil, compleja y delicada, ya que tanto la Ley civil, cuanto nuestra jurisprudencia, exigen unos requisitos predeterminados y una cumplida y evidente demostración del hecho de la anomalía o alteración mental (siempre, naturalmente, que el testador no haya sido previamente incapacitado para testar por medio de sentencia judicial firme).

En este tema, hay que referirse, ineludiblemente, al momento en que ha de apreciarse la capacidad para hacer testamento (o, en su caso, la incapacidad), cuestión ésta ya citada anteriormente y que hay que abordar con más detenimiento. A continuación parece oportuno hacer una referencia a la problemática que plantean los denominados “intervalos lúcidos”.

Problemática de los intervalos lúcidos

En primer lugar, hay que resaltar que el tema de los intervalos lúcidos es uno de los más complejos y delicados que existen en el marco del Derecho de Sucesiones.

Hay enfermedades mentales y trastornos psíquicos –de cierta envergadura– que permiten al enfermo una relativa lucidez. No estoy hablando de “curación” ni de “remisión” completa y absoluta de la sintomatología. Es evidente, tal como los psiquiatras han puesto de relieve en repetidas ocasiones, que la persona afectada por enfermedad mental puede experimentar una cierta mejoría de los síntomas que padece, en virtud, por ejemplo, y es el supuesto más frecuente, de la instauración de una medicación acertada y oportuna. Pero ello no quiere decir que la persona se encuentre bien física y/o psíquicamente, ni que no vaya a tener, en el futuro próximo, o lejano, una recaída. Este hecho se observa bastante claramente en personas que han padecido una depresión nerviosa: se les instaura el tratamiento oportuno, pasa un tiempo, y logran salir del pozo profundo en el que su vida se ha convertido. Esto quiere decir, no que estén curadas completamente –la depresión es una enfermedad que tiende a recurrir, a repetirse en el tiempo–, pero sí que experimentan un importante lenitivo en su sintomatología y, en consecuencia, van a ser capaces de

realizar los actos jurídicos que la vida requiera, entre ellos, no cabe duda, el testamento.

Es evidente que no se les puede negar a estas personas, tajantemente, su capacidad de testamentifacción activa. Lógicamente, habrá que rodear de ciertas garantías la emisión de un testamento en estas condiciones, es decir, cuando el testador que padece una enfermedad mental, o un trastorno de la personalidad, recobra momentáneamente –es decir, con carácter transitorio– la lucidez mental, entrando en lo que la doctrina ha denominado como “intervalo lúcido”.

El intervalo lúcido, como su propio nombre indica, es un espacio de tiempo, más o menos largo –no suele ser muy extenso, tal como he tenido ocasión de comprobar en la práctica–, en el que el paciente “recupera”, fugazmente, la capacidad mental y, por ende, recobra la capacidad de testamentifacción activa. No se trata, como puede comprenderse fácilmente, de un espacio de tiempo excesivamente largo –aunque, en la práctica, podrían darse casos de hasta meses de intervalo lúcido, si bien con carácter excepcional–, pero, en ese espacio temporal, el paciente– que quiere testar– puede hacerlo válidamente desde el punto de vista legal.

El artículo 665 de nuestro Código Civil expresa que el “demente” –una terminología obsoleta, desfasada– puede hacer testamento en un intervalo lúcido. Es un supuesto previsto para los testamentos notariales, y será el fedatario el que tiene la obligación de designar a dos facultativos que, previamente, reconozcan al testador, no autorizando el testamento sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que han de suscribir los facultativos. Tras la reforma de algunos de los preceptos civiles relativos al Derecho de Sucesiones, en el año 1991, ya no es necesaria la presencia e intervención de testigos en los testamentos notariales abiertos.

Un primer problema, o cuestión importante, que hay que tratar, y que es polémica, es la relativa a qué debe entenderse, exactamente, por la expresión “intervalo lúcido”. Aunque ya he intentado dar respuesta a esta cuestión anteriormente, cabe aludir a los intentos de la doctrina para clarificar este concepto.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS afirmaba que “intervalo lúcido” es aquel estado en el cual el enfermo mental recobra, transitoria y completamente, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural de su enfermedad, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado (3).

A esta tesis, que, a simple vista, es impecable, habría que objetar que es, quizás, demasiado radical, porque si el enfermo ha recobrado total-

(3) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “Incapacidad de testar del que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio»”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo, 1966.

mente, o completamente, la sanidad mental (que, en su día, perdió), estaríamos ante un cuadro de evolución natural de la enfermedad, con una curación absoluta, no siendo ésta la idea que el legislador tenía, desde mi punto de vista, del concepto de intervalo lúcido, si bien hay enfermedades en las que se puede apreciar una remisión total de los síntomas, aunque sea de manera transitoria, lo cual, a veces, lleva a la confusión, porque no se trata, en realidad, de una curación, sino sólo de una remisión de los síntomas de carácter fugaz o transitorio.

Como en tantas otras cuestiones, la jurisprudencia española ha tenido mucho que decir a este respecto. Efectivamente, la sentencia de 18 de marzo de 1988 entró a considerar el problema de los intervalos lúcidos. Pero, ya anteriormente, parte de la doctrina, en nuestro país, había abordado este complejo problema, expresando que el intervalo lúcido tiene más de ilusión que de realidad, censurándose la norma civil como infundada desde el punto de vista psiquiátrico. En todo caso, no deja de ser llamativo que nuestro ordenamiento jurídico permita, a diferencia del ordenamiento jurídico italiano, o del francés, al declarado incapaz por enfermedad mental otorgar testamento en un intervalo lúcido.

Hay que resaltar que la persona judicialmente declarada incapaz puede tener un intervalo lúcido y, por ende, mientras goce de esta situación, transitoria, sin visos de permanencia, podrá otorgar testamento válido, previo reconocimiento de dos facultativos.

La norma civil no especifica si estos facultativos han de ser médicos especializados en Psiquiatría, o basta con poseer el título de Medicina General y Cirugía. Desde mi punto de vista, será siempre preferible la emisión de un dictamen por parte de médicos especializados en Psiquiatría, ya que son ellos los competentes para emitir un informe en el sentido de declarar si consideran que la persona que va a hacer testamento está, o no, capacitada mentalmente para ello. Pero donde la ley no distingue, parece que nosotros, los juristas, no debemos distinguir. En consecuencia, al expresar el Código Civil la dicción de “facultativos”, se está refiriendo a cualquier médico, a cualquier persona que ostente ese título en medicina, sin perjuicio de su especialización.

MANRESA Y NAVARRO sostenía, en los años cincuenta del siglo XX (4), que se imponían dos sistemas al testador: o suponer siempre hecho en estado de “locura” el testamento del “demente” –la terminología es, desde luego, anticuada, pero, en cualquier caso, expresiva de lo que este jurista quería decir–, mientras no hubiere una prueba fehaciente de haber sido otorgado en intervalo lúcido, o, por el contrario, estimarlo otorgado

(4) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario a los artículos 662 y 663 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil Español*, editorial Reus, Madrid, 1951.

en todo caso, y por el solo hecho del otorgamiento, en estado de lucidez, mientras no se justificase lo contrario.

Nuestro Código Civil ha adoptado, en buena lógica, el primero de los criterios expuestos, entendiendo que es más racional, ya que, por lo que respecta a las perturbaciones psíquicas o mentales, el intervalo lúcido es lo excepcional y accidental, por su transitoriedad y fugacidad, siendo, en cambio, la norma general el estado de enajenación mental (de la persona incapacitada, se entiende).

Parece ser que fue el psiquiatra Zachias uno de los primeros médicos especialistas que examinó la problemática de los intervalos lúcidos, al menos desde el punto de vista médico-legal. Por su parte, D'AGGESEAU lo refirió al Derecho Sucesorio, sentando la tesis de que el testamento de una persona enajenada –de nuevo, la dicción es obsoleta– no era válido más que con la condición de haber sido hecho durante un intervalo lúcido perfecto, de duración suficiente para poder ser reputado verdadero, definiendo el intervalo lúcido de la siguiente manera: “es una entera suspensión de la locura, verdadera tregua del furor que no difiere de la paz más que porque su efecto permanece sólo un cierto tiempo. Su naturaleza es una calma real no aparente”, según cita del psiquiatra VALLEJO NÁGERA (5).

Las imprecisiones e inexactitudes de esta declaración anterior han sido puestas de relieve por nuestra doctrina. En especial, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, que ha sido uno de los juristas que se ha encargado de poner un poco de claridad en un tema tan complejo y espinoso como éste (6), afirmó que no había que confundir el intervalo lúcido con una simple mejoría en el proceso de la enfermedad, pero tampoco con una calma aparente.

A mi juicio, no podemos hablar de intervalo lúcido cuando nos queremos referir a una curación total y absoluta, porque la propia noción de intervalo, en cuanto lapso de tiempo que tiene un fin próximo e inmediato, lo impediría. Si hay curación completa del paciente, no hay intervalo lúcido, sino remisión total de la sintomatología y, en consecuencia, habría que revisar la sentencia de incapacitación judicial, reponiendo las cosas al estado que tenían antes de esa declaración de incapacidad. Pero, evidentemente, no es éste el concepto de intervalo lúcido, que será, siempre y en todo caso, un espacio temporal, más o menos breve, y nunca una remisión total de los síntomas padecidos.

Si la persona incapacitada recupera por completo su lucidez mental, deja de estar incapacitado o, mejor dicho, se revoca la sentencia que, en

(5) VALLEJO NÁGERA, Juan Antonio: *Introducción a la Psiquiatría*, Madrid, 1990.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “Incapacidad de testar...,” artículo citado en nota 3.

su día, le declarara incapaz –en el bien entendido que se revocaría la incapacidad para testar que, en su día, se declaró en sentencia judicial, y no otra incapacidad, ajena a nuestro tema actual.

Lógicamente, el tema del “enfermo” mental que recobra su salud temporalmente es un tema eminentemente médico, pero el problema es que hay que incardinarlo, necesariamente, en el ámbito de lo jurídico, por lo que las dificultades y la problemática anexa es importante.

En cualquier caso, serán los facultativos los que determinen si la persona con una enfermedad o trastorno mental ha recobrado la lucidez, es decir, ha entrado en esa fase que se llama “intervalo lúcido”. Son dos facultativos los que deben verificar el reconocimiento, siendo lo más conveniente que sea un psiquiatra el médico que dictamine, tal como ha quedado expuesto anteriormente, o un neurólogo.

Cabe preguntarse si es factible que intervengan más de dos facultativos, al objeto, especialmente, de dirimir los posibles conflictos que pudieran plantearse entre ambos a la hora de emitir un dictamen en relación con el estado mental de la persona que desea hacer testamento, y con respecto a su “intervalo lúcido”.

Estimo que, aunque el fedatario designe a dos médicos, no hay inconveniente en que reconozcan al testador otros facultativos, e incluso es posible que los propios facultativos que vayan a emitir un diagnóstico consulten a sus compañeros de especialización, al objeto de asegurarse de la fiabilidad del dictamen que va a servir de guía para determinar la capacidad o incapacidad del testador, o su intervalo lúcido.

El reconocimiento médico consiste, básicamente, en el interrogatorio del paciente por parte de los facultativos.

No cabe duda que será el notario la persona que pregunte e inquiera de los médicos en torno a la capacidad mental del testador y serán los facultativos los que deban satisfacer las preguntas relativas a dicho extremo, mediante la oportuna emisión de un dictamen profesional y será en esta medida en la que respondan de la capacidad.

La intervención de los facultativos, sobre todo en determinados supuestos, como el de los intervalos lúcidos, se revela como fundamental. A mi juicio, el dictamen de los médicos ha de ser determinante en orden a la apreciación del intervalo lúcido del testador. Son los médicos psiquiatras los auténticamente facultados para la emisión de un dictamen de esta clase, o, en otro caso, los neurólogos.

Una cuestión íntimamente ligada con la que está siendo objeto de estudio es la problemática que puede suscitarse –y que, sin duda, no es baladí– cuando el dictamen de los facultativos no es radicalmente afirmativo de la capacidad del testador. En este supuesto, ¿podría el notario autorizar el testamento ante las dudas, o posibles vacilaciones, de los médicos?

En este supuesto, habría que entender que habría que pronunciarse por la validez del testamento –si ya ha sido realizado–, a favor de los principios del *favor testamenti* y *pro capacitate*, pero ello siempre que se trate de un testador que no haya sido previamente incapacitado. Sin embargo, hay que ser muy cuidadosos en estas cuestiones y estudiar detenidamente caso por caso. Tengamos en cuenta que el tema de los intervalos lúcidos es uno de los más complejos y delicados que tiene planteados el Derecho de Sucesiones.

AGÚNDEZ se planteaba un tema interesante, y poco estudiado, preguntándose qué sucede cuando el dictamen médico, previo al otorgamiento del testamento por la persona en intervalo lúcido –e incapacitada judicialmente–, es favorable a la capacidad, pero el fedatario disiente del mismo (7). Aquí, cabe decantarse por la solución más lógica, entendiendo que, a pesar del disentimiento del notario, éste deberá autorizarlo, si bien con la posibilidad de que haga reservas en este sentido. No se trata, como fácilmente puede comprenderse, de que el notario efectúe, también, una apreciación o valoración del dictamen de los facultativos, porque esto sería absolutamente inadecuado y no es, además, misión del fedatario. Por lo tanto, cabe afirmar que el notario deberá estar, y pasar, por el dictamen emitido por los facultativos competentes para ello, aunque, en su íntimo convencimiento, en su fuero interno, su apreciación le haya llevado a estimar que el otorgante no se encuentra en su cabal juicio –según la dicción del Código Civil–, ni en un intervalo lúcido. Estimo que, a pesar del disentimiento del notario, éste deberá autorizarlo, si bien hay que admitir la posibilidad de que haga sus reservas en tal sentido, porque, de lo contrario, no se dejaría margen alguno para la apreciación notarial de la capacidad del testador, contraviniendo lo preceptuado en el propio Código Civil. Es evidente, a mi juicio, que el notario podrá, en consecuencia, realizar las oportunas reservas, si ello le parece conveniente, y aunque el dictamen de los facultativos tenga un peso legal que, a todas luces, es superior al del fedatario, ya que están preparados para emitir un diagnóstico y, en definitiva, un dictamen sobre la capacidad de la persona en cuestión.

Problemática aparte merece también el tema del momento en que los facultativos han de emitir su dictamen en relación con la persona que se encuentra en un intervalo lúcido. Aquí, como puede comprenderse, hay que ser muy cuidadosos y obrar con mucha cautela. Cuando una persona ha sido incapacitada por sentencia judicial y se le ha privado de la facultad de testamentifacción activa, es complejo elaborar un dictamen posterior –puede que incluso hayan pasado años desde la sentencia– sobre su

(7) AGÚNDEZ, A.: “La incapacidad del enajenado: concepto, declaración e integración”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1958.

capacidad. Naturalmente, los facultativos deberán emitir un dictamen en el momento inmediatamente anterior al otorgamiento del testamento, y no después, ni mucho antes tampoco, sino justo en ese momento, algo complicado, sin duda, pero que el corto espacio de tiempo en el que el testador se encuentra en su sano juicio y, en consecuencia, es capaz de entender y querer lo relativo a la disposición de su patrimonio para después de su fallecimiento, lo hace necesario llevar a cabo de esta forma. De lo contrario, podríamos encontrarnos con muchas sorpresas.

La doctrina española más antigua, representada por SÁNCHEZ ROMÁN (8), se hacía eco de los riesgos y peligros que comporta el testamento realizado por la persona que se encuentra en un intervalo lúcido, haciendo hincapié en la prueba pericial que destruye, en un momento determinado, el estado de incapacidad en que, habitualmente, viene constituido ese testador en cuestión, y cuya capacidad, en todo caso, habrá de apreciarse únicamente atendiendo al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, concluyendo el ilustre jurista que la teoría de los intervalos lúcidos es justa en cuanto respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento en que exista, pero muy expuesta a fraudes.

Cabe ahora plantearse si existen determinadas enfermedades o trastornos mentales, o psíquicos, que no admiten la teoría de los intervalos lúcidos y, por lo tanto, la persona afectada por esas alteraciones no puede hacer testamento en ningún momento de su existencia, no admitiéndose la posibilidad siquiera del intervalo lúcido.

En este sentido, y a pesar de la abundante casuística existente al respecto, estimo que hay que partir de la capacidad natural de la persona. Y no tienen capacidad natural, desde luego, las personas afectadas por el síndrome de Down en grado profundo, ni los oligofrénicos en dicho grado, por lo que no podrán beneficiarse de la norma civil que permite la testamentifacción activa en intervalos lúcidos, porque, por su propia naturaleza, están incapacitadas para hacer testamento y su estado mental no permite ni remisiones ni mejorías.

En cuanto a la esquizofrenia, si es en grado profundo, es decir, cuando el grado es muy intenso, no cabe hablar de remisión de la sintomatología. Tampoco, por el mismo motivo, la paranoia en grado profundo, a menos que el delirio paranoide se cierna solamente a una esfera de actuación y pensamiento, no estando incluida, en esta esfera, lo relativo a la disposición patrimonial *mortis causa* de los bienes de la persona afectada.

Una última cuestión, que me parece muy oportuno traer a colación en este momento, es el relativo a la siguiente interrogante. ¿Es válido, con presunción *iuris et de iure* –que no admite prueba en contrario–, el testa-

(8) SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, Madrid, 1910.

mento otorgado por una persona afecta de enfermedad mental, pero durante un intervalo lúcido, siempre y cuando los facultativos que le reconocieran certificaran la sanidad de su estado mental en ese momento? ¿O, en otro caso, habría que entender que el informe, o dictamen, que emiten los facultativos sobre la lucidez temporal es tan sólo una presunción *iuris tantum*, admitiéndose prueba en contrario?

Esta interrogante no es baladí en absoluto, ya que está referida a la valoración, para la validez del testamento, del informe, o dictamen, de los facultativos que examinaron a la persona cuya intención es hacer testamento.

El Código Civil nada dice respecto a este tema, guardando un completo silencio acerca del mismo. Pero estamos ante un problema práctico, que puede presentarse en no pocas ocasiones. En cualquier caso, entiendo que la capacidad de testamentifacción activa es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al Tribunal Juzgador. Por lo tanto, la declaración de incapacidad –y la de capacidad– es, siempre y en todo caso, una presunción *iuris tantum*, sometida a la posible aportación de prueba en contrario. La doctrina jurisprudencial española se decanta por esta postura, afirmando que la aseveración, dictamen o informe, hecha por los facultativos, en el sentido de haber encontrado que el testador se halla en un momento –transitorio– de plena lucidez mental –o, al menos, con capacidad de entender y querer el contenido de sus disposiciones testamentarias–, no constituye una prueba irrefutable, porque el Código Civil no prohíbe, ni se opone, a que, acerca de la capacidad, o incapacidad, del testador, se aduzcan otras pruebas, decidiéndose, en vista de éstas, la cuestión litigiosa que acerca de ello, se promoviere.

En consecuencia, y tal como una antigua sentencia del Tribunal Supremo puso de manifiesto (sentencia de 2 de junio de 1959), el dictamen de los facultativos acerca de los intervalos lúcidos no constituye prueba irrefutable.

Algún sector doctrinal, en nuestro país, ha criticado esta solución y, con ello, la doctrina jurisprudencial española y, en concreto, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (9), afirmando que resulta un tanto absurdo que el Código Civil rodee de tantas garantías el otorgamiento del testamento de la persona incapacitada en un intervalo lúcido, para, después, no otorgarle plena validez, estando siempre expuestos a una posible impugnación mediante la práctica de una prueba que suele ser siempre compleja y, en ocasiones, peligrosa. Este jurista estimaba que es paradójico que el legislador estableciera un procedimiento para asegurarse, *a priori*, de que el

(9) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “Incapacidad de testar...”, artículo citado en notas 3 y 6.

testador, en el momento de otorgar testamento, se halla en un momento de plena lucidez mental y, una vez adquirida esta seguridad, permite, en cambio, y *a posteriori*, la impugnación de ese testamento.

En realidad, lo que BELTRÁN DE HEREDIA viene a decir es que el demente –aunque la terminología es obsoleta, da una idea bastante expresiva de la idea que se quiere exponer– siempre podrá otorgar testamento cuando se encuentre en un intervalo lúcido en su enfermedad mental, siempre que el fedatario así lo haya estimado, y su capacidad será, en ese momento, *iuris tantum*, es decir, una presunción que admite prueba en contrario.

La teoría sostenida por BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS es acertada, aunque quizás olvida que, cuando una persona está incapacitada para testar, no es bastante con el dictamen, o apreciación del fedatario, acerca de su capacidad o incapacidad, porque el notario no es un profesional especializado en Psiquiatría, ni en Psicología y, por tanto, su apreciación siempre carecerá de la base fundamental en la que debe apoyarse toda pericia, que es, ni más ni menos, el conocimiento especializado de la materia sobre la que versa la controversia.

Por fin, en sede de intervalos lúcidos, me interesa destacar una cuestión que creo que puede ser interesante en la práctica: ¿puede, en la actualidad, lograrse, a través de un tratamiento psiquiátrico adecuado, un intervalo lúcido en una persona afectada de enfermedad mental y, por tanto, incapacitada, en principio, para hacer testamento válido?

Se trata, en definitiva, de inducir un determinado estado mental, cual es el de lucidez, en una persona, de modo que el testamento otorgado en estas condiciones por ella sea válido legalmente.

Hoy en día, con los modernos avances científicos y de la Medicina, parece que es perfectamente posible inducir un estado de lucidez meramente transitorio, si bien algunos de los procedimientos adecuados para ello están aún en fase de experimentación. En todo caso, estos métodos no son aplicables a todas las personas enfermas mentales y tampoco tienen éxito en todos los supuestos. En las enfermedades esquizofrénicas, por ejemplo, se ha obtenido bastante éxito. En cambio, en la paranoia, difícilmente se puede conseguir la lucidez de la persona enferma.

Habría que preguntarse si, con arreglo a la normativa –parca– de nuestro Código Civil es válido, o no, el testamento otorgado en un momento de lucidez inducido.

Estimo que la respuesta a esta interrogante habría que deducirla de la propia normativa del Código Civil, el cual no distingue si el intervalo lúcido se ha producido naturalmente, por remisión de la sintomatología padecida, o por otras causas, como la inducción de un estado de lucidez mental, aunque sea fugaz, provocado por determinados medios médicos.

**NATURALEZA, PERFECCIÓN
Y RÉGIMEN JURÍDICO
DE LOS TESTAMENTOS
(Segunda parte) (*)**

AGUSTÍN ROMERO PAREJA
Doctor en Derecho

(*) Completamos en este número la publicación de este trabajo (apartado III y bibliografía consultada), cuya primera parte publicamos en el número anterior (RJN núm. 71, julio-septiembre 2009, pp. 237-296).

SUMARIO

ABREVIATURAS.

INTRODUCCIÓN.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TESTAMENTOS.

1. Concepto y naturaleza del testamento.
2. El testamento: “negocio jurídico” con efectos *post mortem*.
3. Testamento y forma en el CC.
4. Solemnidad y forma.

II. PERFECCIÓN DE LOS TESTAMENTOS.

1. La capacidad para disponer por testamento.
2. Testigos.
3. Idioma del testamento.
4. Identificación del testador.
5. Del testamento abierto notarial.
6. De los testamentos cerrados.
7. Un modelo de referencia: la Ley Uniforme sobre la Forma del Testamento.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TESTAMENTO: LA VOLUNTAD DEL TESTADOR COMO LEY DE LA SUCESIÓN.

1. Los antecedentes históricos y la desolemnización del testamento.
2. La libre voluntad y su exteriorización: contenido y caracteres del testamento.
3. Formas testamentarias y su clasificación.
4. El testamento como documentación de la voluntad.
5. Relación entre forma e interpretación del testamento.

5.1 *Interpretación jurisprudencial: la forma del testamento como seguridad jurídica con margen de equidad.*

- I) El *favor testamenti* individualizado conlleva a la atenuación del rigor en las formalidades testamentarias.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Abreviaturas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BGB	Código Civil Alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CCI	Código Civil Italiano
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal Español de 1995
D, 29, I	Digesto, Libro XXIX
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed.	Editorial/edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LN	Ley Orgánica del Notariado
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
n.	Nota
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada en bibliografía consultada
p./pp.	Página/s
Párr.	Párrafo
R.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RN	Reglamento Notarial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	(y) siguientes (páginas)
Trad.	Traducción
T./t.	Tomo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	Volumen
VVAA	Varios autores

III. Régimen jurídico del testamento: la voluntad del testador como Ley de la sucesión

“En el Código Civil tenemos como regla básica la de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión. Principio básico en Derecho Romano, transmitido por el derecho común y reconocido por nuestra jurisprudencia” (167).

1. Los antecedentes históricos y la desolemnización del testamento.

Procede la palabra **testamento** de la voz latina *testamentum*. Definida como “declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de los bienes y asuntos que le atañen para después de su muerte”. También se dice del “documento donde consta en forma legal la voluntad del testador”. Acerca de su etimología se discute por los autores si procede de *testatio mentis*, en sentido de testimonio de la voluntad. Más valor tiene la raíz etimológica de *testubus mentio*, que se apoya en la consideración que tuvo el testamento como declaración hecha ante testigos.

Con todo, la legislación romana nos presenta variadas formas de testar, propias unas del antiguo Derecho y otras del Derecho justiniano. Corresponden al antiguo Derecho, como testamentos públicos, el *in calatis comitiis* (testamento hecho ante el pueblo convocado en comicios) y el *in procinctu* (ante el ejército equipado y armado), y como testamentos privados el *per aes et libram* (venta ficticia acompañada de la declaración escrita u oral de la voluntad del testador, en presencia del *libripens*, el *familiae emptor* y cinco testigos) y el pretorio (testamento otorgado en presencia de siete testigos, que lo signaban con sus sellos). Del mismo modo, a la época justiniana corresponden, como testamentos públicos, el *principi oblatum* (entregado al Emperador y protocolizado en su archivo) y el *apud acta oconditum* (hecho y protocolizado ante el Magistrado); y como privado, el *tripartitum*, en sus dos formas de oral y escrito (otorgado en ambos casos ante siete testigos rogados, capaces y en unidad de acto). Además de estas formas ordinarias reguló el Derecho romano otras extraordinarias, como el testamento militar, el hecho en tiempo de epidemia (*pestis conditum*), el hecho en el campo (*ruri conditum*) y el otorgado a favor de los hijos o nietos (*parentum inter liberos*).

No obstante, el testamento que regula hoy el CC no es el mismo ins-

(167) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer”, tomo I, “Las legítimas”, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, volumen LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 3 y 4.

trumento que conoció el DERECHO ROMANO, en el que lo característico era la institución de heredero. En Roma, en efecto, la institución de heredero es lo esencial, lo sustancial del testamento: sin ella, en principio, no vale éste. Por tanto, no era concebible un testamento compuesto exclusivamente por disposiciones a título singular, ni siquiera si comprende toda la herencia (168). Tardíamente, con todo, se desarrolla, destinado a estas atribuciones singulares, el instituto del *codicilo*: negocio jurídico *mortis causa* que por requerir **menos formalidades** cobra auge en aquella lejana época; pero que acaba extendiendo su régimen más libre y sencillo al testamento (inexigencia de redacción en latín, eliminación de las palabras solemnes, etc.) (169). Y será, quizá, precisamente esta simplificación de formalidades la que más aceptación práctica tuvo y la que, por tanto, socavó el testamento romano clásico.

En cualquier caso, un concepto amplio del *favor voluntatis* existía ya en el Derecho Romano. Como se extrae de las constituciones imperiales se favorece la voluntad del testador, “*ya si se dijese que hay un testamento comenzado y no acabado, o un codicillo, o una carta del ascendiente; ya si de cualquier otro modo se hallaran dejadas escrituras con algunas palabras o indicios... aún si tal disposición estuviese destituida de las solemnidades de las leyes*”, dijo el emperador Constantino (170). “Valgan las últimas voluntades” repiten también los emperadores León y Antemio, ya se hagan éstas “por testamento, hecho en cualquier forma de derecho o por codicillo, o por sola manifestación verbal, o por legado, o fideicomiso, o donación *mortis causa*, o cualquier otra última voluntad” (171). “Subsistan de todos modos válidas y firmes... quedando suprimidas para el futuro toda duda en las disposiciones de última voluntad” (172).

(168) Históricamente, se ha distinguido también entre solemnidad interna y **solemnidad externa** del testamento. Por su parte, **solemnidad interna** se llamaba a la necesidad de la institución de heredero en el testamento, propia del Derecho Romano; exigencia vigente hoy, únicamente, en Cataluña y Baleares (en el art. 136 del Código de Sucesiones de Cataluña; y en el art. 109 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares), y cuya ausencia provoca la ineficacia del testamento, aunque permita que pueda valer como codicilo. En suma, este requisito, propio del Derecho Romano, no lo ha sido del Derecho castellano (excepción hecha de **Las Partidas**; 6, 3, 15), ni, posteriormente, del Derecho Civil común. Así resultaba del **Ordenamiento de Alcalá** (19,1), y así fue tomado por el **Proyecto de 1851** y por el Código Civil, que, en su artículo 764, establece que “el testamento será válido aunque no contenga la institución de heredero...”, y, en su artículo 891, admite la herencia distribuida en legados.

(169) GARCÍA GARRIDO, Manuel J.: *Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid, 1991, pp. 818 y ss.

(170) *L. Inter omnes* (C. 3.36, 26). El que sean válidas las últimas voluntades es algo que se debe no sólo a los hombres, dice el jurista Paulo (D. 29.3.5. *De Testam, quemadmodum aperiuntur*), sino por razones de utilidad pública.

(171) *L. IUBEMUS*, C. 1.2.14. *De sacros, eccles.*

(172) *L. Generaliter sancimus*, C. 1.2.13. *De sacros, eccles.*

En definitiva, se procura el mantenimiento de la validez del testamento. Y originariamente los juristas se esforzaron siempre en mantener su eficacia, dada la preferencia que concedieron a la sucesión testada sobre la intestada, por ser ésta inevitablemente esquemática y rígida, mientras que aquélla podía tener en cuenta las circunstancias que concurrían en cada caso concreto. Se trata de salvar la última voluntad del testador, no simplemente el valor formal de un acto jurídico. Así, el formalismo del testamento va dando paso a la primacía de la voluntad individual y concreta del causante, tratando de dotarla de plena validez y eficacia por sí misma. Y este *favor voluntatis* avanzó por diversas vías: la legislativa [como en la constitución de Constantino del año 320 (173)]; la pretoria; y la jurisprudencial, que impulsaron los oradores forenses.

Más adelante, la admisión del comentado *codicillo ab intestato* y especialmente de la cláusula codicilar, para dar valor de codicilo al testamento inválido como tal, significó un notable refuerzo del *favor voluntatis*; pues, además del defecto de forma del testamento, la cláusula codicilar salvaba la falta de institución de heredero (174). Por ese camino siguió avanzando el derecho medieval (175). Así, el testamento ineficaz como tal, por las dos razones expresadas, se aceptó como codicilo en los derechos de Castilla (176), Barcelona (177) y Tortosa (178). Y estas conversiones se inspiraron en la voluntad del testador, sobreponiéndola a los requisitos jurídicamente técnicos.

Por ello, con el devenir histórico, el testamento romano no se impuso entre nosotros más que en Cataluña y Baleares. En el resto del país el testamento, que tiene su origen precisamente en disposiciones a título singular, y de modo principal en las donaciones piadosas y a favor de los parientes, no exige para su validez que en él se instituya un sucesor universal, pues si las **Partidas** contienen tal exigencia, recibida directamente de los textos romanos, el requisito en cuestión fue suprimido por el mismo cuerpo legal, que impuso la vigencia de las leyes de Alfonso X “El Sabio”, el llamado **Ordenamiento de Alcalá**; de modo que la institución

(173) Cod. 6, 23, 15. En *L. Habeat* (C. 1.2.1. *De sacros, eccles*), el emperador Constantino determinó: “No sean nulas las últimas voluntades, porque nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de la última voluntad”.

(174) D. 23, 3, 12 § 2.

(175) Además de la cláusula codicilar, en el Derecho común se admitió la validez, como tal, del testamento falto de institución de heredero o viciado de preterición, entendiéndose, para ello, instituidos herederos los llamados por otro título o cuando contuviera instituciones de herederos a término cierto o bajo condición resolutoria, que se entendían sometidos a sustitución fideicomisaria a plazo o condicionada a favor de los herederos legítimos.

(176) Ley 1, título XIX, del Ordenamiento de Alcalá.

(177) Constitución de Pedro el Ceremonioso de 14 de noviembre de 1339.

(178) Costum. 2, rubr. IV, libr. VI, del *Codic de les Costums de Tortosa*.

de heredero no fue necesaria para la validez del testamento en la legislación vigente en Castilla.

Retomando el análisis histórico, respecto al DERECHO GERMÁNICO –dice PÉREZ PRENDES (179)–, la sucesión voluntaria, es decir, la que se apoya en un acto dispositivo unilateral y personalísimo, llamado *testamento*, fue un concepto ajeno al planteamiento sucesorio del Derecho germánico, “*nullum testamentum*”. En efecto, en el Derecho sucesorio germánico, por mor del principio de religiosidad, la sucesión se considera regida por la voluntad divina, que determina unos acontecimientos de vida entre las personas, cuyo efecto resulta ser la existencia de unos herederos natos, con expectativas que no podían ser eliminadas ni reducidas. Dentro de ese contexto, la voluntad sólo tuvo un pequeño espacio para ser atendida, pero sin destruir el sistema hereditario, sino complementándolo. Era la denominada “*affathmonia*” o “*adoptio in hereditate*”; esto es, la inclusión de una persona en el “*fathum*” o círculo estricto del parentesco.

Como afirma MINGUIÓN (180), los germanos no conocían la propiedad privada, sino en cuanto a las cosas muebles. El jefe o patriarca era considerado más como administrador que como dueño, y ni aun en vida podía disponer de los bienes fuera de la familia, al menos entre ciertos pueblos bárbaros. Era natural, pues, que a la muerte del jefe su parte acreciese a los demás miembros de la familia, siendo administrado el haber común por el que le sucediese en la dirección del grupo familiar. No obstante esta ignorancia del testamento en el Derecho germánico, la interrelación de los bárbaros con el mundo romano dio a conocer a aquéllos los beneficios de la sucesión testamentaria.

Otro factor que tuvo capital importancia en la introducción del testamento entre los pueblos bárbaros, junto con el Derecho de Roma, fue la Iglesia. Las liberalidades a favor de ésta y las emancipaciones de siervos en actos de última voluntad eran consideradas por quienes se hallaban en trance de muerte como una expiación de sus culpas para merecer la divina misericordia (181).

Por lo que se refiere a la regulación legal de las sucesiones, el DERECHO VISIGODO se nos aparece como la confluencia de dos sistemas suce-

(179) PÉREZ-PRENDES, José Manuel y otros: *Lecciones de Historia del Derecho Español*, CEURA, Madrid, 2.^a edición, 1993, p. 165.

(180) MINGUIÓN, Salvador: *Historia del Derecho Español*, Cuaderno séptimo, Zaragoza, Ceres, 1924, pp. 46-47.

(181) En definitiva, este casi desconocimiento del testamento por los germanos, debido al carácter familiar que tenía la propiedad entre ellos, excluye el estudio del testamento en el Derecho germánico. Pero el testamento no desapareció, al menos de momento, conservado en el Edicto de Teodorico y en la Lex romana *Burgundiamun*. (PEÑAS VÁZQUEZ, Julio: *Del Testamento*, Ceres, Valladolid, 1975, p. 39.)

sorios, el romano y el germánico, que estaban ya en franco proceso de desdibujamiento respecto de sus caracteres generales; cuya conjunción nos lleva a encontrar en sus instituciones soluciones intermedias o eclécticas. Así, en el Derecho sucesorio visigodo existieron dos clases de testamentos: los comunes y los especiales. Como regla general se exige catorce años (diez en caso de enfermedad) para testar, sin distinción de sexo, y la capacidad para otorgar testamento podía perderse por cometer determinados delitos. El testamento común debía ser escrito, con la firma del testador y los testigos. Los testamentos especiales tenían tres modalidades: el testamento ológrafo, el oral y el otorgado por el viajero. Este último testamento, usado por quienes estando de viaje o alejados de su población se ven en la necesidad de disponer el destino de su patrimonio, se otorgaba *oralmente*.

En consecuencia, fue su más profunda romanización lo que motivó que los visigodos acogieran fácilmente el testamento (182); de suerte que la ley visigoda constituye una excepción entre las demás leyes bárbaras, por cuanto admite y regula esta forma de suceder en el sentido romano (183). Así, en el Derecho visigodo aparecen dos formas de testamento, oral y escrito, otorgados ambos ante testigos (184).

Posteriormente, en el *Liber Iudiciorum* (185), encontramos una modalidad de testamento **alejada de todo formalismo**, pues es suficiente la mera expresión de la voluntad del testador (186). Para estos casos se dispone que si el testador no tuviese junto a sí hombres *ingenuos* (nacido libre, en contraposición al siervo y al esclavo liberado) consigne por escrito su voluntad, y si así no lo hiciera, que la exprese *de palabra* a sus sirvientes; los cuales, mereciendo fe del juez y del obispo, por no haber cometido nunca fraude, deberían prestar juramento acerca de la última voluntad del testador (187).

(182) MORENO CASADO: "El testamento...", RGLJ, año CI, tomo XXVI, Madrid, 1953, p. 480.

(183) Sin embargo, la principal norma del Derecho visigodo es el *Breviario o Código de Alarico*, que tan fielmente refleja la influencia recibida del sistema sucesorio romano; también llamado *Lex Romana Visigotorum* fue promulgada por Alarico en el decreto de la Autoridad Real de 2 de febrero del año 506, disponiendo que quedasen derogados todos los demás cuerpos legales romanos y que sólo se sentenciase según los preceptos de esta Ley (TORRES LÓPEZ: *Lecciones de Historia del Derecho Español*, V. II, Salamanca, Est. Tipog. Comto, 1936, p. 111).

(184) Se prevé, en tal sentido, que en caso de que el testador no pudiese firmar ni sellar habría de hacerlo un testigo por él; siendo requisito para la eficacia de toda clase de testamentos que éstos sean declarados y registrados ante la autoridad judicial o religiosa en el plazo de seis meses a partir del fallecimiento del testador.

(185) "... si bien no se conoce exactamente la fecha de publicación, desde luego no pudo ser antes del 18 de febrero del 654, aunque probabilísimamente se dio ese año." (TORRES LÓPEZ: *Lecciones de Historia del Derecho Español*, ob. cit., 1936, p. 114.)

(186) *Liber Iudiciorum*, Ley 13, título V del Libro II.

(187) A raíz de esta argumentación es oportuno recoger una breve observación de polí-

En resumen, con este análisis, en el que estudiamos los antecedentes histórico-legislativos del testamento, observamos que progresivamente se reducen las formalidades para su validez. Así, unas veces a causa de la jurisprudencia y otras por el legislador, se suprimen algunos de los requisitos (comparecencia de testigos, mayoría de edad de éstos, etc.) necesarios para declarar la validez del otorgamiento. En esta selectiva discriminación no se procede al azar, sino que se sigue una concreta orientación consistente en adaptar el régimen jurídico testamentario a la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse, compaginándolo con los principios permanentes o básicos de la institución jurídica; como el de facilitar y conservar la libre voluntad del testador:

— Conservarla, porque es necesario algún soporte físico que preserve las disposiciones hasta que las revoque o fallezca su autor.

— Facilitarla, porque el legislador prefiere deducir la sucesión a través de la voluntad del disponente antes que recurrir subsidiariamente a la disposición de la Ley.

En definitiva, la evolución del Derecho histórico presenta, hasta la Codificación, un régimen testamentario que se despoja, poco a poco, de algunas de las formalidades; bastando, en su caso, la simple expresión oral. Ello como base del verdadero fundamento jurídico del testamento: recoger y preservar la verdadera, última y cabal voluntad del testador. Y con posterioridad a la Codificación siguió el legislador esta línea de evolución.

Así, antes de la Ley de 1 de abril de 1939, sobre intervención de testigos en la autorización de escrituras públicas, el Código Civil exigía que los testigos del testamento tuviesen la calidad de vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento y que los testigos de conocimiento no fueran los instrumentales. Dicha Ley varió el Derecho en este punto y dispuso, en su artículo 2.º, que los testigos instrumentales podían ser al mismo tiempo testigos de conocimiento y que no sería necesario que tuvieran vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento. Lo mismo disponen los dos últimos párrafos del artículo 180 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

Pero es interesante observar que entre la vigencia del primitivo precepto del Código Civil (arts. 681, núm. 3.º, y 685) y la reforma introducida

tica legislativa, ya que el referido *Liber Iudiciorum*, procedente de Chindasvinto, se promulgó imitando a la Novela 20 de Valentiniano III, Novela que en casos de necesidad y no existiendo personas libres que pudieran ser testigos admite el testamento ológrafo. El *Liber Iudiciorum* sobrepasa, sin embargo, los límites de su modelo, permitiendo al testador que no sepa escribir el poder declarar de palabra su última voluntad.

por la referida Ley de 1939 media una interpretación jurisprudencial que en ocasiones rebajó la categoría de aquellos requisitos de forma y en otras los consideró cumplidos con un criterio muy flexible (188). En esta línea interpretativa, en relación a si los testigos instrumentales podían serlo de conocimiento (189), fue la *sentencia de 27 de mayo de 1914* la que **cambió el criterio** rígido que hasta entonces había prevalecido y lo sustituyó por una interpretación del artículo 685 ajustada a su verdadera finalidad (190).

Por poner otro ejemplo llamativo, hasta la reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958, el artículo 682 no incluía entre los inhábiles para testificar al cónyuge del instituido, aunque la lógica jurídica consideró que debía hacerse extensiva la prohibición de atestiguar también a éste, lo que acabó siendo legislado así. Más recientemente, la reforma del CC de 1991 (Ley 30/91) reduce igualmente el requisito de los testigos en número y cualidad. Pero en la jurisprudencia y en la doctrina anterior a la reforma de 1991 cuando, por ejemplo, había intervenido un número de testigos mayor al requerido por la Ley y alguno resultaba inidóneo, el testamento era considerado válido pese a ese defecto, porque había testigos idóneos suficientes y con ello había quedado cumplida la solemnidad (191).

A mayor abundamiento, la total enumeración de los bienes sucesorios, la mención de la religión a la que se pertenece, la expresión “éste es mi

(188) Así, la STS de 21 de noviembre de 1899, en la que fue tenido por mayor de edad un testigo que no lo era; en la STS de 30 de abril de 1909 se resuelve “premonitoriamente a la Ley de 1939”, sobre la innecesaria vecindad de los testigos, etc.

(189) Antes de la **Ley de 1 de abril de 1939**, el Código Civil exigía que los testigos que intervenían en un testamento tuviesen la calidad de vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento y que los testigos de conocimiento fueran diferentes de los instrumentales. Dicha Ley varió el Derecho en este punto y dispuso, en su artículo 2.º, que **los testigos instrumentales podían ser al mismo tiempo testigos de conocimiento** y que no sería necesario que tuvieran vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento “*cuando aseguren que conocen al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos*” (lo mismo disponen los dos últimos párrafos del art. 180 del **Reglamento Notarial**).

(190) La STS de 27 de mayo de 1914, en el sexto considerando, afirma que: “Tampoco tiene aquí exacta aplicación la doctrina que se invoca en el fallo recurrido, porque en los asuntos a los que las dos decisiones se refieren no se ofreció al Tribunal Supremo motivo serio, como aquí, **para fijar la verdadera inteligencia del artículo 685** del Código Civil, dado que en ninguna de aquéllas se podía aceptar el conocimiento de quienes habían testado: en la del 31 de mayo de 1893, porque aunque el notario sí, ninguno de los testigos instrumentales conocía al testador, y en la de 1.º de junio de 1901, porque ni el notario ni los testigos, también instrumentales, conocían al otorgante, al punto de que, por su propia iniciativa presentó el fedatario otros dos que, según ellos, respondían del conocimiento, con lo cual la identificación en el primer caso era defectuosa y en el segundo absolutamente incompleta”.

(191) Por parte de la jurisprudencia tenemos las SSTS de 26 de septiembre de 1862, 6 de febrero de 1866, 27 de octubre de 1877 y 26 de diciembre de 1891. Por parte de la doctrina: MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Revista de Legislación, tomo V, 3.ª edición, 1910, p. 643.

testamento” y otras denominaciones, no afectan a la validez del testamento; ni aun cuando se hubieren considerado dichas manifestaciones preceptivas. Pues aquí, para la configuración del testamento como acto jurídico unilateral no recepticio, entra en juego la **autonomía privada**. Es más, si el causante, por ejemplo, declara ante el fedatario estar casado y en verdad no lo está, ello no vulnera la eficacia del testamento; pues tal manifestación no atenta contra la esencia formal de éste y el *animus testandi* no se ve afectado, en principio, por tales elementos ajenos al fondo de la institución testamentaria.

Pero, llegados a este punto, en cuanto a la **desolemnización**, la comentada evolución histórica explica el desenvolvimiento del testamento como institución jurídica. Pero la justificación de esta disminución de formalidades debe encontrarse hoy en otro punto: el amplio alcance práctico que subyace en la jurisprudencia es un buen indicador de la decadencia de algunos principios sucesorios o normas tradicionales [por ejemplo, la incongruente legítima del cónyuge posterior separado (192) o tras la ruptura de la unión de hecho (193)] y la aparición de otros nuevos [la cada vez más amplia presunción de capacidad, la preterición del hijo extramatrimonial no implícita (194), la flexibilidad en el requisito de la firma (195) o en la unidad de acto (196), etc.]. Pero la jurisprudencia instituye unos

(192) Así, la profesora CAÑIZARES LASO se ha cuestionado qué ocurre en aquellos casos en los que se instituye heredero al cónyuge si posteriormente **se disuelve el matrimonio sin haberse revocado el testamento**. Entre las soluciones que el legislador se ha planteado en los distintos ordenamientos, comenta CAÑIZARES, ha optado en unas ocasiones por determinar legalmente la ineficacia de la disposición testamentaria y, en otras, por determinar una presunción de revocación de dicha disposición, como consecuencia de la disolución del matrimonio. Ambas soluciones se encuentran respectivamente recogidas en *La Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón* y en el *Código de Sucesiones de Cataluña*. En sentido parecido regulan estos supuestos el **Código Civil Alemán** y el **Código Portugués**. El fundamento de esta regulación está en “la configuración del error en la formación de la voluntad, ... realmente se declara lo querido, pero lo querido se quiere por error... Así, existe un error en la formación de la voluntad, error en los motivos para realizar la institución; esto es, una causa falsa del artículo 767 del CC” (CAÑIZARES LASO, Ana: “Disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y divorcio posterior”, pp. 114 a 118, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, 2001, editado por la Facultad de Derecho de Málaga con motivo de su XX aniversario).

(193) La SAP de Málaga (secc. 4.^a) de 12 de noviembre de 1999 concede los derechos sucesorios del cónyuge viudo a un homosexual, pareja de hecho del fallecido. Al respecto, véase ROMERO PAREJA, Agustín: “Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales”, diario *La Ley*, número 5757, 9 de abril de 2003, pp. 1 y ss.

(194) La STS de 23 de enero de 2001 resuelve que el nacimiento de un hijo extramatrimonial posterior al otorgamiento del testamento no implica la preterición de éste.

(195) La STS de 29 de mayo de 1999 estima que no constituye causa de nulidad de un testamento la circunstancia de que la testadora no sabía firmar; pues ésta padecía arteriosclerosis.

(196) La sentencia de 23 de noviembre de 1904 considera que pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes al testador enfermo no suponen ruptura de la unidad del acto.

criterios interpretativos tan amplios en base al actual y verdadero espíritu del formalismo testamentario: dar cauce a una última y cabal voluntad del testador. El *rigor formal*, como dice FERNÁNDEZ DOMINGO, “tiene cometidos que miran a las garantías de libertad y autenticidad” (197); pero probablemente pensando más en la seguridad y fehaciencia ante los terceros interesados que en el propio testador (198).

Así, como consecuencia de esta particular singladura, se conservan en el testamento unos principios sucesorios (acto no recepticio, *post mortem* y unilateral) y se prescinde de algunos requisitos (fecha del testamento, redacción de puño y letra, comparecencia de testigos, etc.). En esta selectiva discriminación, la jurisprudencia y el legislador no proceden al azar, sino que siguen una concreta orientación: las modificaciones del régimen testamentario deben corresponderse con los usos y valores renovados y, al tiempo, compaginar con los principios permanentes o básicos de la institución jurídica; como el de la libre *voluntas testatoris*.

Y a esta conclusión se llega también bajo la aplicación del **criterio constitucional del derecho de sucesiones**; pues nuestro ordenamiento considera a la sucesión *mortis causa* como un valor constitucionalmente protegido: el artículo 33 de la Constitución Española “*reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes*”.

En este precepto el legislador constituyente, con la aproximación que realiza entre *propiedad y herencia*, decide alinearse entre los que contemplan en ésta una continuación de aquélla (199). Así, bajo un ordenamiento en el que se propugna como valor superior *la libertad*, cualquier traba legislativa que suprimiera la sucesión en los bienes sería inconstitucional, como atentatoria a la libre voluntad y al derecho a la propiedad privada.

Con todo, reconocido constitucionalmente el derecho a causar y reci-

(197) FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús I.: *Actualidad Civil*, número 19, mayo de 2002, “Comentario a la STS de 27 de junio de 2000”, p. 660.

(198) Como señala el profesor BERCOVITZ, en el Derecho sucesorio actual es destacable “la dificultad que existe en propiciar la eficacia de la voluntad testamentaria hasta el último momento de la vida de las personas, haciéndola compatible con la necesidad de garantizar que esa voluntad ha sido verdaderamente manifestada con un grado de conciencia suficiente”. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Revista Aranzadi Civil*, Sección Tribuna, núm. 12, “Testamento...”, octubre de 2000, p. 11.)

(199) Al respecto nos dice LACRUZ BERDEJO: “Todo derecho sucesorio ha de conformarse con la índole social de la propiedad; mientras el Derecho de sucesiones cumple una función esencial de garantía de normalidad de la vida económica y de la continuidad moral y espiritual de la especie humana mediante la perpetuación de las relaciones jurídicas más allá de los límites de la vida del individuo, es un instituto tan de Derecho natural (pero no más) como el Derecho de propiedad. Fuera de estas funciones su justificación es discutible”. (GARRIDO DE PALMA, Víctor M.: “Reflexiones ante el Derecho de sucesiones en la obra de Lacruz Berdejo”. *Estudios en Homenaje al profesor Lacruz*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 373 y ss.).

bir herencias, el Código Civil y las restantes leyes de desarrollo disciplinan el fenómeno sucesorio con arreglo a los siguientes **principios y criterios**:

Primero. Destino de una parte de los bienes del difunto a la comunidad, que se detraen mediante el impuesto de sucesiones.

Segundo. Derecho de los parientes en línea recta (hijos, nietos, etc.; o bien padres, abuelos, etc.) y el cónyuge a recibir una parte del patrimonio del causante; como expresión del deber que tiene éste de compartir sus bienes con los miembros próximos de su familia, a los que acaso estaba obligado eventualmente a prestar alimentos (200).

Tercero. A falta de disposición *mortis causa* es la Ley la que destina el patrimonio del causante (sucesión intestada), llamando sucesivamente a los parientes más próximos en línea recta, al cónyuge y a los colaterales hasta el cuarto grado y, en su defecto, al Estado.

Cuarto. **Libertad** de disponer por causa de muerte y la subsiguiente **autonomía de la voluntad**.

De estos cuatro criterios, el primero, el impuesto de sucesiones, está en franca desaparición, pues de hecho algunas Comunidades Autónomas ya lo han suprimido y es previsible que desaparezca del mapa nacional. El segundo criterio es el de la *legítima*, que está íntimamente unido a las obligaciones entre parientes y limita de forma excepcional la voluntad del disponente; por lo que pensamos que vulnera en cierto modo la libertad dispositiva del causante y socava la voluntad y el dominio sobre la propiedad.

El tercer y el cuarto criterio se refieren a la intención del testador (*animus testandi*); pues la sucesión intestada no es más que la presunta **voluntad del causante**; que se constituye en principio básico y preeminente del régimen testamentario.

2. La libre voluntad y su exteriorización: contenido y caracteres del testamento.

La afirmación de que los negocios jurídicos son expresión o manifestación de poder puede parecer insólita. Aunque comúnmente se dice que son manifestación o ejercicio de libertad, o que son actos de ejercicio del derecho subjetivo, no es usual que la autonomía privada sea considerada como poder; pero tampoco es del todo raro que esto ocurra. Así, se ob-

(200) Este derecho se extiende lo mismo a los parientes por matrimonio que a los extramatrimoniales, y en igual medida.

serva que la validez de los negocios jurídicos tiene su fundamento en una potestad jurídica concedida por el ordenamiento jurídico, reconociendo una “esfera de poder individual”. Y la palabra poder es usada frecuentemente, con referencia a los negocios jurídicos, bajo la expresión “poder de disposición”. En tal sentido, el testamento es, por su naturaleza, **dispositivo**, y lo es precisamente porque es un acto de ejercicio del poder de disposición; pues a propósito del testamento la Ley habla de *disponer* o de *disposiciones* en numerosos artículos.

Al hilo de esta argumentación, el poder de disposición es la plasmación de la autonomía privada que puede válidamente ejercitarse, pero las concretas manifestaciones de este poder están condicionadas en cada ocasión por determinadas circunstancias. Así, potencialmente se puede realizar cualquier negocio jurídico, pero la conclusión válida de este o de aquel negocio requiere la presencia de ciertos presupuestos de hecho o de derecho. Por ello, el poder de disposición, en el sentido indicado, es la materialización de la **autonomía privada que un sujeto puede ejercitar válidamente en determinadas circunstancias**.

Piénsese en las prescripciones que establecen que el testamento debe otorgarse según determinadas formas. La observancia de las prescripciones de forma se convierte aquí en deber jurídico. De tal modo que las opciones creadas por la **autonomía privada** tienen un contenido propio delimitado por las normas vigentes, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas “materias”, ciertos grupos de relaciones que el legislador reserva a su regulación, dejando espacios en los que puede insertarse la actividad normativa de los particulares. No obstante, se perfila un problema: el de los límites formales y sustantivos de la autonomía privada, la cual no es, evidentemente, una actividad originaria, sino una actividad que encuentra la fuente de su validez en las normas legales y que de éstas recibe las fronteras, formales y sustantivas, de su actuar (201).

Al examinar tal problema se comprueba que la autonomía privada no es un poder al que corresponda una función. El legislador no ha indicado fines, no ha propuesto intereses a los que este poder deba servir; se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es, límites negativos. A pesar de ello, está muy difundida la opinión de que la actividad negocial debe perseguir fines socialmente apreciables. Esta idea, que hace verosímil el anteriormente comentado artículo 33 de la CE, tiende a transformar la autonomía privada en un poder-función; esto es, en un poder al

(201) Como afirma TORRES GARCÍA, T., cualquier límite a la libertad de disponer, que constituye contenido esencial del derecho de propiedad, ha de tener el fundamento de la función social. TORRES GARCÍA, Teodora: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, ob. cit. (2).

que la Ley propone la consecución de un fin. Con todo, el interés superior o público representa un límite de la autonomía privada, pero no en el sentido de directriz, fin u objetivo de la misma autonomía, sino en el sentido de frontera del obrar autónomo, esto es, de límite a su ejercicio.

En cualquier caso, el punto de partida de cualquier negocio jurídico consiste en la declaración de voluntad, en cuya virtud una o varias personas quedan sometidas a las obligaciones dimanantes de la autonomía privada. Consiguientemente, la voluntad dispositiva no producirá efectos jurídicos si subsiste como mera decisión personal internamente asumida, sino que debe ser exteriorizada: si la voluntad del testador no se manifiesta no podrá producir consecuencias jurídicas. De otra parte, dado que el acto jurídico testamentario se asienta en la autonomía privada, la voluntad debe haber sido libre y consciente; formada con la cabal intención de originar el nacimiento del negocio jurídico en cuestión.

Tales consideraciones imponen contrastar, de una parte, los medios de declaración de la voluntad (las distintas formas o tipos de testamento); y, de otra, la adecuación entre tales presupuestos y la declaración de voluntad (para ver si ha sido libremente emitida o se encuentra “viciada”), así como la posible discrepancia entre la verdadera voluntad (*animus*) y la voluntad declarada.

Por lo demás, nuestro Código Civil regula la sucesión entre los diferentes modos de adquirir la propiedad, junto a la ocupación y la donación, sin destacar su carácter *mortis causa*, que la diferencia de los modos adquisitivos *inter vivos*. Por esta razón entendemos que sería preferible que el Código dedicara un libro independiente a la sucesión por causa de muerte, como hacen otros países (el Código alemán, el italiano o el portugués). Pero veamos ahora el posible contenido del testamento y sus caracteres.

A) Contenido del testamento.

Respecto al contenido del testamento, establece el Código que el testamento es un acto por el cual una persona dispone de todos o de parte de sus bienes (art. 667). Definición que la doctrina ha criticado por no incluir los caracteres del testamento. Por ello, completando la descripción del artículo 667, explica la STS de 8 julio de 1940, “*que tanto de la declaración general contenida en el artículo 658 del Código Civil, al decir que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, como de la definición consignada en el 667 del propio cuerpo legal, indicando que el testamento es «un acto», se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad sujeta a todas las reglas concernientes a las*

*manifestaciones de voluntad, con efectos jurídicos y que, ante todo, exige y presupone una voluntad expresada en forma inteligible”. Y “que igualmente nos enseña el indicado artículo 667, en relación con el 668 del Código sustantivo, que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte”, llegando el TS, en cuanto a la voluntad del causante manifestada en aquél, a las siguientes conclusiones: “1.ª **Que al ser esencialmente el testamento un acto de disposición de bienes o derechos**, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, puede dudarse si constituye un simple esbozo y no un acto definitivo, o en el que el otorgante se limite a aconsejar o rogar con respecto al destino de su patrimonio, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen; 2.ª **Que siendo el testamento un acto por el que alguien dispone para después de su muerte no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar**, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante; 3.ª **Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y los términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición mortis causa en sus palabras**”.*

Nosotros pensamos que el testamento, sustancialmente, es un acto de disposición de bienes, aunque puede contener disposiciones de carácter no patrimonial: personal, familiar, etc. Por lo demás, el propio Código ordena que la revocación testamentaria no afecta al reconocimiento de un hijo (art. 741), precepto que si bien puede servir de argumento a la posibilidad del **testamento no patrimonial** (sólo reconociendo hijo, por ejemplo), también pone de relieve lo excepcional de dicha disposición *mortis causa*, que deja de ser esencialmente revocable (art. 737).

Así, consideramos válido **el testamento que contenga como únicas disposiciones las de carácter no patrimonial**; pues, aunque semejante testamento no encajaría en la definición del artículo 667, parece lógico admitir su eficacia. Lo contrario llevaría a la consecuencia de que quien careciera de bienes no podría en testamento, por ejemplo, designar tutor encargado de la guarda de sus hijos. Y este “testamento no patrimonial” será válido si se deduce clara y expresamente que esa era la cabal intención del testador, como implícitamente manifiestan las conclusiones 1.ª a 3.ª de la supradicha sentencia de nuestro Alto Tribunal.

Por lo demás, a efectos prácticos, el testamento puede contener los siguientes extremos:

1. Lugar, fecha y hora.
2. Nombre y apellidos del testador, número de DNI o pasaporte, fecha y lugar de nacimiento, estado civil y, en su caso, hijos.

3. Estado intelectual del disponente y capacidad legal, si es posible, a juicio de los testigos y del notario que da fe del otorgamiento.
4. Nombramiento de albaceas (202), funeral, entierro y mandas pías, etcétera, si el testador quisiera disponer respecto a estos extremos (203).
5. Nombramiento de tutores, si procede (204).
6. Legados, a opción del testador (205).
7. Mejoras (206).
8. Institución de herederos (207), sustituciones (208) y desheredaciones (209), en su caso.
9. Expresiones de ser el primer testamento que otorga, o derogación total o parcial de los que se hubieren otorgado anteriormente.
10. Firmas.

El precedente esquema, que puede ampliarse, demuestra que es posible incluir en el testamento actos jurídicos muy variados que adoptarán la naturaleza *mortis causa*. Por lo que las disposiciones de última voluntad, independientemente de que sean más o menos típicamente testamentarias, por el hecho de estar incluidas en el testamento comportan la aplicación de unos vínculos formales cuya eficacia frente a terceros sólo surgirá después del óbito de su autor (210).

(202) Sección undécima, “De los albaceas o testamentarios”, artículos 892 a 911 del CC.

(203) Debe tenerse en cuenta que, según el **artículo 752 del Código Civil**: “No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del Sacerdote que en ella le hubiere confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su Iglesia, cabildo, comunidad o instituto”.

(204) **Artículo 223 del CC**: “Los padres podrán en testamento... nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”.

(205) Artículos 858 a 891 del CC.

(206) Artículos 823 a 833 del CC.

(207) Artículos 763 a 773 del CC.

(208) Artículos 774 a 789 del CC.

(209) Artículos 848 a 857 del CC.

(210) Como dice FERNÁNDEZ DEL MORAL, si el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de realizar un acto que el testador ha introducido en un testamento valiéndose de otras reglas formales, en caso de que el testamento sea nulo por defecto de forma, pero los requisitos formales del referido acto sean suficientes para reconocerlo como válido, puede admitirse su eficacia como acto jurídico: se tratará de un acto válido que, de acuerdo con la voluntad manifestada tácitamente por su autor al elegir intencionadamente la forma transmisiva del testamento, sólo producirá efectos diferidos o *post mortem*. (FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: *Autonomía privada y testamento en Derecho común*, Comares, Granada, 1996, p. 64.)

B) Caracteres del testamento.

Reza nuestro texto legal que “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento*” (art. 667). Definición que otros preceptos complementan al proclamar sus caracteres esenciales; así, es un acto *unilateral*, al no permitirse la intervención más que de una persona (art. 669); es un acto *personalísimo*, pues no puede realizarse por mediación de un tercero (art. 670); es un acto *formal*, pues ha de otorgarse en la forma prescrita (art. 687); y es un acto esencialmente revocable (art. 737) (211). Y esta última cualidad identifica y diferencia al testamento en el sentido de que el cabal testador puede siempre y en cualquier momento modificar o derogar lo que en él dispuso, aunque haya expresado la resolución de mantenerlo sin modificaciones; pues el testamento ha de ser revocable para que la voluntad del testador que prevalezca sea la última.

Pero el testamento es revocable *ad nutum* (es decir, sin causa que aparentemente lo justifique). Por todo ello, dispone el Código en el párrafo 1.º del artículo 737 que: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas”. El testador no puede declarar con eficacia que determinado testamento contiene la voluntad que en definitiva será la última. Y aunque así lo haya dicho puede cambiar en cualquier momento de voluntad y alterar su testamento. Y ello para dar preeminencia a la voluntad del disponente *tempore testamenti*.

En cualquier caso, históricamente, el otorgamiento testamentario ha sido un acto **solemne**, en el sentido de que la expresión y constancia de la voluntad del testador debía revestir las formas necesarias para su eficacia. Este rigor se justificaba en atención a una doble contingencia: 1.ª Por la trascendencia e importancia de sus disposiciones; 2.ª En base a la seguridad jurídica, porque sus efectos se producen una vez fallecido su autor. Igualmente la jurisprudencia ha insistido en que el testamento es nulo si en su otorgamiento no se han observado las formalidades establecidas en la Ley.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo que declaran con toda nitidez la importancia del aspecto formal del testamento destacamos las siguientes:

(211) En definitiva, para el Derecho común español vigente (después de ser excluidos los testamentos mancomunados, los realizados por comisario, los de confianza y con cláusulas derogatorias), el testamento se caracteriza, como dijimos, según se desprende de diversos preceptos diseminados por el Código Civil y complementados por la jurisprudencia, por ser un acto *mortis causa*, unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable.

— Sentencia de 8 de marzo de 1975: Dado el carácter esencialmente solemne que el testamento abierto presenta en nuestro ordenamiento jurídico se hace preciso, para que el mismo sea válido y eficaz, que se hayan observado en su otorgamiento cuantas formalidades se establecen al efecto en el capítulo I, título III, del libro III del CC, según se hace constar expresamente en el artículo 687 de dicho cuerpo legal, al extremo de que el incumplimiento de cualquiera de ellas provocaría su nulidad.

— Sentencia de 21 de junio de 1986: 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 CC, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto; inobservancia de formalidades que implica, conforme el artículo 687 del mismo, la nulidad de la disposición testamentaria.

— Sentencia de 9 de mayo de 1990: Es reiterada doctrina la que establece que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa* es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma (SS de 10 de junio de 1944; 27 de septiembre de 1968 y 8 de diciembre de 1975, etc.).

Estas sentencias, y otras de similar resolución, se alejan en ciertos aspectos del principio *favor testamenti*. Y siendo este principio un reflejo del fundamento del testamento, la voluntad del testador no debe supeditarse a la validez formal del testamento o al cumplimiento de todas las formalidades, sobre todo si refleja con fidelidad e indudablemente la voluntad de aquél; supeditando, pensamos que erróneamente, la validez del acto al cumplimiento riguroso de todos los requisitos de carácter formal; convirtiendo éstos en elemento esencial del otorgamiento y desvirtuando la voluntad como esencia de la referida institución jurídica. Pues el testamento es un acto unilateral en el doble sentido de ser individual su otorgamiento y de que la voluntad de la que es portadora no es recepticia; surgiendo la ambivalencia:

1.º *Ser individual en su otorgamiento.*

La unilateralidad o individualidad del testamento debe entenderse en el sentido de que para otorgarlo no concurren dos partes, sino únicamente el testador; cuya sola voluntad origina el testamento. Así, el testamento contiene únicamente la voluntad de su autor, permaneciendo ajeno al mismo toda idea de acuerdo de voluntades.

Así, en cada acto de testar interviene un solo testador: “*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*” (art. 669) (212). El Código, insistiendo en ese carácter unilateral de la disposición *mortis causa*, incluso niega validez al testamento mancomunado otorgado por los españoles en país extranjero, “*aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado*” (art. 733). Por ello, en caso de otorgamiento mancomunado de un testamento, incumpliendo el transcrito artículo, cuando se solicitare la elevación a escritura pública y la protocolización siguiendo los trámites de la LEC, conforme al artículo 704 del Código (213), el juez estimará la posible eficacia del testamento. No obstante, según la STS de 13 de febrero de 1984, el testamento abierto no pierde su carácter individual por el hecho de que el testador manifieste el “acuerdo con su consorte” respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes que tenía pro indiviso con su cónyuge. En coherencia con lo expuesto hasta ahora cabe entender que la voluntad recogida en el instrumento testamentario es unilateral y libre, sin coacciones ni acuerdos vinculantes de terceros.

2.º *Ser una declaración de voluntad no recepticia: acto personalísimo.*

La declaración de voluntad del causante es eficaz por sí sola para dar vida al testamento, sin la concurrencia de ninguna otra; es una declaración de voluntad que no ha de ser enlazada con otra. La voluntad del testador, declarada en el testamento, se basta por sí para hacerlo eficaz, siendo el testamento un acto perfecto desde el instante en que esa voluntad se emite con las formalidades requeridas por la Ley: La declaración testamentaria es no recepticia.

Ello significa que no se trata de una declaración dirigida a un determinado sujeto como parte de la relación jurídica; pues la recepción o aceptación de un tercero no es imprescindible para que la declaración despliegue efectos jurídicos: el testamento está perfeccionado con anterioridad, *tempore testamenti*, y si unas personas no lo aceptan serán sustituidas por otras, dando continuidad a las relaciones jurídicas del finado (214). Por

(212) El **Código Civil de los Países Bajos** recoge esta idea en su artículo 977: “*Ninguna última voluntad puede ser hecha por dos o más personas, ya sea en provecho de un tercero, ya a título de una disposición recíproca o mutua*”.

(213) **Artículo 704 del CC**: “*Los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

(214) DÍEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, p. 297.

ello, el principio en virtud del cual la declaración testamentaria no está dirigida jurídicamente a ninguna persona en concreto, sino a la generalidad o a un grupo más o menos determinado, constituye un elemento configurador del modo o medio de manifestación de la voluntad *mortis causa* (215).

Así, la **aceptación** sólo es necesaria para la efectiva adquisición de los bienes hereditarios, pero no para la validez de la declaración testamentaria como tal. La aceptación por parte de herederos y legatarios constituye un acto jurídico independiente que no afecta a la perfección del testamento (216). En definitiva, el carácter personal es un rasgo fundamental del testamento, por cuanto no puede dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero (217), ni hacerse por medio de comisario o mandatario (218).

En cualquier caso, debemos tener presente que el carácter **unilateral y personal** del acto testamentario se ha explicado siempre a la luz de la preocupación del legislador por garantizar la plena libertad e independencia de la formación autónoma de la voluntad; y ello por tratar precisamente de dar cauce y asegurar la sucesión *mortis causa* del propio

(215) Ante las afirmaciones anteriores se ha planteado la duda de si es posible incluir en testamento actos que sean recepticios, pero en nuestra opinión es erróneo plantear de esta manera la cuestión. En realidad el interrogante se debe formular en el sentido de preguntarse por el régimen jurídico de un acto recepticio incluido en testamento, no sobre la posibilidad de incluirlo o no como contenido de éste. Pese a ello, evidentemente, en relación a este tipo de actos, la apertura del testamento no implica el momento de producción de efectos; se habrá exteriorizado una manifestación de voluntad, pero ésta no por ello ha sido recibida ni producirá efectos jurídicos. Únicamente constituirá un estadio del “iter” formativo del acto si el ordenamiento consiente que la transmisión de esta declaración de voluntad y, por tanto, la perfección del mismo sea concluida por terceros.

(216) De lo que se deduce que el otorgamiento del testamento abierto, como acto **personalísimo**, exige comparecer directamente ante el fedatario, quedando excluida la posibilidad de disponer en última voluntad por medio de representante. Al respecto, el **Código Chileno** dispone en su artículo 1003: “*El testamento es un acto de una sola persona. Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona*”. El artículo 1004 continúa diciendo: “*La facultad de testar es indelegable*”.

(217) Así lo dispone terminantemente el artículo 670 del Código Civil: “*El testamento es un acto **personalísimo**: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente*”.

(218) Esta regla general está confirmada por el artículo 830, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar, con la excepción del artículo 831, reformado por Ley de 13 de mayo de 1981. También son excepciones a dicho carácter personalísimo los artículos 775 y 776, referentes a las sustituciones pupilar y ejemplar; del mismo modo, son excepciones, aunque de menor trascendencia, las de los artículos 671, 747, 875, párrafo 3.º, y 876, todos ellos del Código Civil.

autor (219). Sin embargo, en principio, ello podría excluir su aplicación a los actos que, si bien están contenidos en un testamento, no presentan, en esencia, los caracteres de unilateral y personal. No obstante, una observación más atenta nos lleva a conclusiones diferentes. En efecto, estos caracteres no sólo configuran el testamento como acto jurídico, sino también condicionan y configuran este acto en su aspecto de vehículo de manifestación de la voluntad. En este sentido, todos los actos que se pretendan incluir en un testamento consistirán necesariamente en la manifestación de una sola persona; pues, como dijimos, no es admisible el testamento mancomunado.

Con estas limitaciones entendemos que un sujeto tiene libertad para introducir en su testamento **cualquier disposición** que considere oportuna. Numerosas decisiones del Tribunal Supremo reconocen validez a disposiciones *mortis causa* que no forman parte del típico contenido de este acto; es decir, disposiciones sobre las que la Ley no señala expresamente la posibilidad de incluirlas en testamento. La autonomía de la voluntad en este sentido nos introduce, una vez más, en una materia llena de posibilidades para el desarrollo de la libertad del individuo. Por lo que interpretamos válida la inclusión en el testamento de disposiciones que no son de plena naturaleza *mortis causa*; aun cuando la Ley en relación a ellas no prevea expresamente la forma testamentaria. Y ello será factible siempre que reúnan determinados requisitos, así; en primer lugar, deberán, de acuerdo con el vehículo de manifestación empleado, constituir disposiciones unilaterales. Además, deben tener efectos después de la muerte de su autor, si ello no es vetado por el ordenamiento o contrario a la propia esencia del acto (los derechos personalísimos no pueden transmitirse, por ejemplo). **Es posible**, pues, respetando tales limitaciones apenas señaladas, **incluir en un testamento cualquier tipo de disposición unilateral**.

Todo ello nos demuestra cómo en un momento en el que hay quien defiende la aparente crisis del testamento (se han acentuado las críticas al principio prohibitivo de los pactos sucesorios; se manifiesta un creciente interés por la búsqueda de mecanismos de transmisión del patrimonio di-

(219) Sobre esta institución jurídica reza nuestro Código (art. 667): “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento*”. Definición que otros preceptos complementan al proclamar sus caracteres esenciales: es un acto *unilateral*, al no permitirse la intervención activa más que de una persona (art. 669); es un acto *personalísimo*, pues no puede realizarse por mediación de un tercero (art. 670); es un acto *mortis causa*, pues sus efectos surgen tras el fallecimiento del testador, y es un acto esencialmente *revocable* (art. 737). Y esta última cualidad identifica y diferencia al testamento en el sentido de que el testador puede siempre y en cualquier momento modificar o derogar lo que en él dispuso, aunque haya expresado la intención de mantenerlo sin modificaciones; pues el testamento ha de ser revocable para que la voluntad del testador que prevalezca sea la última.

ferentes del testamento, etc.) éste cobra importancia y es cada vez más relevante como instrumento utilizado para un uso diferente del de la simple regulación de la sucesión *mortis causa* del patrimonio del causante.

En tal sentido, no hace falta insistir en que los otorgamientos incluyen en ocasiones disposiciones sobre el reconocimiento de un hijo o su tutela y curatela; sobre la constitución de una fundación; la revocación de un testamento precedente; la designación del beneficiario de un seguro de vida; cláusulas sobre sufragios y funerales del testador; reconocimiento de deuda, etc. Estas y otras posibles disposiciones incluidas en el testamento abocan a tratar el régimen de éste con particular cuidado y amplitud: El testamento no es sólo un acto unilateral de voluntad, sino que estamos ante un acto jurídico de trascendencia frente a terceros.

3. Formas testamentarias (220) y su clasificación.

El testamento puede ser común o especial (221); el **testamento común** exige las solemnidades generales previstas por el legislador como las adecuadas a quien goza de una testamentifacción ordinaria (222). Por tanto, el testamento común es aquel que no precisa para ser otorgado cualidades o circunstancias especiales en el disponente.

(220) **Precedentes históricos** acerca de las clases de testamentos: En el *Derecho de Castilla anterior al Código Civil* había también profusión de formas testamentarias, clasificadas tradicionalmente del modo siguiente:

- Formas generales: testamento abierto y nuncupativo y testamento común cerrado.
- Formas excepcionales: codicilos, testamentos mancomunados, por comisario, con fideicomiso de instrucciones reservadas, con cláusulas *ad cautelam* y memorias testamentarias.
- Formas especiales: testamento del ciego y testamento militar.

(221) **FORMAS QUE ADMITE EL CÓDIGO:** El Código Civil español se refiere a la forma de los testamentos en los artículos 676 y siguientes, preceptuando que el testamento puede ser común o especial y que el primero puede ser ológrafo, abierto o cerrado. Como testamentos especiales regula el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. Pero, además, al regular el testamento común abierto incluye como variantes de esta forma testamentaria el testamento del que fuere enteramente sordo (art. 697), el del ciego (art. 698), el testamento de quien se hallare en inminente peligro de muerte (art. 700) y el otorgado en tiempo de epidemia (art. 701). Como variantes del testamento común cerrado también regula el testamento de los sordomudos y el de los que no pueden hablar pero sí escribir (art. 709). Además, se consideran como variantes del testamento abierto el del incapacitado por enajenación mental que lo otorga en intervalo de lucidez (art. 665) y el otorgado en lengua extranjera (art. 684). Por ello es corriente encontrar sistematizadas las formas testamentarias del Código Civil de esta manera: a) testamentos comunes **ordinarios**: ológrafo, abierto y cerrado; b) testamentos comunes **extraordinarios**: el otorgado en lengua extranjera, el otorgado por demente en intervalo de lucidez, por sordo, por ciego, por quien no puede hablar pero sí escribir, el otorgado en peligro de muerte y el hecho en tiempo de epidemia, y c) testamentos **especiales**: testamento militar, marítimo y otorgado en país extranjero.

(222) Por un lado tenemos aquellas que puede y debe observar quien se encuentra en una situación de normalidad y quiere utilizar una forma testamentaria discreta y muy cómoda,

Desde este punto de vista, los tipos de testamento que encierran las peculiaridades derivadas de encontrarse el disponente en una situación excepcional o no voluntaria pueden calificarse de especiales. Pero este criterio de distinción, no excesivamente científico y en desacuerdo con la clasificación legal del artículo 677 del Código Civil, permite agrupar bajo el común epígrafe de testamentos especiales a las formas testamentarias en las que la especialidad consiste en algo más que en la adopción de unas cautelas para asegurar la autenticidad de la disposición testamentaria o la fiel apreciación de la capacidad para testar. Éstos pueden ser el caso: del testamento abierto de quien no sabe o no puede leer o firmar; del testamento abierto del sordo que no sabe o no puede leer; de quien se expresa en lengua que el notario no conoce; de quien está incapacitado por sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad; del testamento cerrado de quien no puede expresarse verbalmente, pero sí escribir, etc. (arts. 697, 684, 665 y 709 del CC).

En efecto, la peculiaridad de los testamentos especiales es el encontrarse el testador en una situación anormal, que determina, amén de otras de menos trascendencia, una singularidad fundamental, que es elemento común: el notario, autorizante ordinario, es sustituido por un autorizante, o autorizantes, especial/es.

No obstante, llegados a este punto, creemos conveniente aportar un **juicio crítico al CC en orden a las clases de testamento**. Pues pensamos que desde el punto de vista sistemático es censurable el Código Civil por hacer una enumeración incompleta de los testamentos especiales, no incluyendo entre ellos a muchos que tienen solemnidades no comunes. Únicamente disculpa la nomenclatura del Código la consideración de que los testamentos que menciona como especiales (militar, marítimo y hecho en país extranjero) pueden adoptar, indistintamente, cualquiera de las formas comunes (especialmente la abierta y la cerrada), y por ello el Código los regula en sección separada, mientras que los demás testamentos, o son modalidades exclusivas del testamento abierto (como sucede con el testamento del ciego) o variedades del cerrado (como pasa con el del mudo o sordomudo). Es pertinente también incluir el testamento ológrafo entre los comunes y no entre los especiales; pues dicho testamento tiene un carácter normal; ya que las formas comunes están a disposición de cualquier sujeto de derecho no afectado por ninguna anomalía, ni objetiva ni subjetiva. En cambio, las formas especiales o extraordinarias (pues cabría atribuir al grupo que ahora caracterizamos una u otra denomina-

pero jurídicamente insegura (el testamento ológrafo); por otro lado, tenemos una forma menos cómoda, pero que ofrece garantías de protección (testamento notarial abierto o cerrado).

ción) son las que el legislador ha habilitado para poder ser utilizadas por quien se encuentre en las circunstancias definidas en su regulación.

En otras palabras, hay que considerar las circunstancias de una persona normal; esto es, al individuo mayor de catorce años, no incapacitado, que no está afectado por deficiencias físicas o psíquicas notables, que sabe leer, escribir y estampar su firma y que es español y se expresa en este idioma o en otra lengua cooficial en España. Será un sujeto con capacidad suficiente para testar y, si el sistema jurídico que le afecta (el español) le permite hacerlo en más de una forma, todas estas posibles maneras de testar, a las que podrá recurrir indistintamente, deberán considerarse testamentos comunes ordinarios. Pero puede tratarse de un español que sufra discapacidades o que se encuentre en circunstancias que estén fuera de lo normal. Puede estar judicialmente incapacitado; puede no saber o no poder firmar (o pueden adolecer de este inconveniente los testigos que intervengan); puede tratarse de un sordo, de un ciego o de un sordomudo; puede tratarse de un extranjero que pretenda otorgar testamento en España, o puede ser, inversamente, un español que otorgue testamento en el extranjero; puede consistir la anomalía en hallarse el testador en peligro de muerte, en tiempo de epidemia, en situación de actividad militar o durante un viaje por mar, etc.

Todas las situaciones indicadas han sido tenidas en cuenta por el Derecho español para ampliar hasta el máximo las posibilidades de otorgar testamento a quienes tengan para ello la suficiente capacidad. Pero estas previsiones en unos casos introducen cambios en alguna de las formas ordinarias de testar, para que se adapten a las circunstancias en que se halle el testador; mientras que en otros casos la previsión del carácter especial o excepcional de tales circunstancias obliga a establecer una forma distinta de otorgamiento: testamento especial o excepcional.

Respecto a **los criterios para su clasificación**, corresponde a la política legislativa elegir los distintos tipos testamentarios, de manera que ofrezcan diversas modalidades de expresar la última voluntad al tiempo que señalen sus respectivas formalidades, para que su cumplimiento sea garantía de autenticidad (223). Desde esta perspectiva es interesante volver la mirada sobre la diferenciación entre **el testamento en sentido material**

(223) Pero, ¿cómo clasificar los distintos tipos o formas de testar? Puede atenderse a diversos criterios. Se habla, por ejemplo, de testamentos **públicos y privados**, según que se exija o no la intervención de un funcionario público; o, en ocasiones, se contraponen los testamentos públicos a los **secretos**, según que el testador manifieste su última voluntad ante otras personas o, por el contrario, pueda hacerlo por sí solo, sin intervención de nadie más. Para CASTÁN, “es difícil hacer una clasificación racional de los testamentos. Las varias divisiones que de ellos hacen los Códigos y los autores adolecen de poca precisión o son arbitrarias. La clasificación tradicional en nuestro Derecho y que ha pasado al Código Civil, divide los testamentos

o sustancial y el testamento en sentido formal. En efecto, la normativa contenida en el título III del libro III del Código Civil se refiere a un concepto de testamento en sentido sustancial, que se identifica con la disposición que puede hacer un sujeto del conjunto de sus bienes y derechos, y que tendrá efectos sólo después de su muerte (224).

No obstante, para nosotros, el testamento, como **vehículo formal** de manifestación de una voluntad –y esta es su función principal–, debe ser contemplado por la Ley como una institución que contiene una serie de actos jurídicos que responden y reflejan la libre intención del testador. En este sentido, **la forma, como soporte material de una voluntad, debe adaptarse a las múltiples posibilidades que imponga la libre disposición del testador.**

4. El testamento como documentación de la voluntad.

Como sabemos, para la validez del testamento, a las condiciones ínsitas de la voluntad (capacidad, libertad, *animus* y discernimiento) hay que agregar el factor externo, es decir, la forma. A través de estos dos presupuestos (la forma y la sustancia o el fondo) el causante establece una autorregulación de sus intereses para después de su muerte, como cauce necesario para asegurar su voluntad *post mortem*.

Pero si los testamentos están sujetos a la observancia de determinadas formas es porque contienen una declaración unilateral del causante, que sólo puede producir efectos después de su muerte, por lo que el jui-

en comunes y especiales. Aunque estos términos son de gran vaguedad, y no todos los autores les dan igual sentido, puede decirse que testamentos comunes u ordinarios son los que la Ley regula para que sean otorgados en circunstancias y con las formalidades normales, y testamentos especiales o excepcionales –llamados también, aunque con poca propiedad, privilegiados– son los que se establecen para situaciones de excepción (en que no sería posible hacer uso de las formas comunes de testar), y que requieren unas veces más solemnidades, y otras menos, que los ordinarios. Los testamentos especiales se subdividen por algunos autores, atendiendo a esta última idea, en testamentos que exigen mayores solemnidades que los ordinarios y testamentos que las exigen menores. Otros autores clasifican los testamentos especiales por los motivos o causas en que se funda la excepción. Así, LÓPEZ R. GÓMEZ y VALVERDE hacen de ellos cuatro grupos, según sean especiales por razón de la persona del testador (el del loco, el del sordomudo, el del ciego, el hecho en lengua extranjera y el otorgado en inminente peligro de muerte), por razón del lugar del otorgamiento (el marítimo y el hecho en país extranjero), por razón del tiempo (el otorgado en tiempo de epidemia) y por razón de las tres circunstancias reunidas, o sea, por razón de las personas, lugar y tiempo (el militar)". (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI, vol. II, *Los particulares regímenes sucesorios*, Reus, Madrid, 1979, pp. 468 y ss.).

(224) En cualquier caso, el testamento es un acto jurídico que requiere de unos determinados requisitos para tener eficacia; es, como dice OSSORIO MORALES, "el negocio jurídico (al) que el Código reviste de mayor número de formalidades" (OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Politécnicos, Madrid, 1957, pp. 31-32).

cio sobre la eficacia de la declaración se considera en un momento en el que el disponente ya no puede intervenir. La exteriorización y conservación documental de tal declaración es el mejor camino y la única garantía que tiene el testador para que su voluntad sea eficaz tras su fallecimiento. Hasta aquí estamos de acuerdo, pero lo que no compartimos con la jurisprudencia y con la doctrina tradicional es la necesidad de unas formalidades tasadas e inflexibles que no se adaptan a la actualidad ni a la necesidad práctica del hipotético testador. En este sentido, recientemente los Tribunales y la doctrina han mitigado o “templado” (225) el rigor de los preceptos legales relativos a las formalidades.

No obstante, para la correcta interpretación de la opinión que defendemos, se debe tener en cuenta que una cosa es la necesidad de cumplir los requisitos formales para la validez del acto y otra cosa diferente es la plasmación fáctica, observable, de tal elemento formal; que en este caso es el documento testamentario como tal. Pero estos aspectos van a venir entrelazados e inseparables en la configuración conceptual del testamento como voluntad, del testamento como documento y del testamento como forma: el elemento formal puede determinar la validez del acto jurídico; mientras que el documento es el objeto o soporte en el que viene a plasmarse la declaración de voluntad. Por ello debe resaltarse la importancia y la interconexión de la voluntad, de su declaración y de su conservación en un documento. Y acaso el olvido de esta conceptualización haya sido motivo de imprecisiones doctrinales y legales, por no haberse valorado la existencia de una doble vertiente formal y sustancial; lo que ha llevado con frecuencia a soslayar la diferencia entre el “testamento como documento” y el “testamento como acto jurídico”.

Así, es necesario distinguir el acto de manifestación de la voluntad testamentaria del acto de documentación de dicha manifestación. Por ejemplo –nos dice ALLARA–, en el testamento ológrafo el acto de documentación coincide con el de la manifestación; en el testamento público la documentación constituye un acto distinto de la manifestación y es una formalidad requerida para la validez del acto (226). Para nosotros, esto no es así; pues entendemos que el negocio o acto dispositivo podría ser civilmente válido, sólo que pugnaría con normas imperativas (de índole administrativa o jurídico-pública) que imponen al notario, por ejemplo, observar determinadas solemnidades cuya infracción acarrearía como consecuencia,

(225) La expresión “templado” es utilizada por PUIG PEÑA al enumerar los casos en los que la jurisprudencia ha matizado esta exigencia de formalidad, entre los que señala el hecho de que no se haya redactado el testamento en unidad de acto (PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, vol. I, ed. 1954, p. 139).

(226) ALLARA, Mario: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1936, p. 256.

en su caso, una sanción administrativa (de tal tenor, entendemos, son los arts. 712 y 715 del Código) más que la nulidad civil del acto del otorgamiento, al menos si queda constancia clara de la voluntad del otorgante.

En parecido sentido TRABUCCHI manifiesta que: “El testamento es el conjunto de una forma y una voluntad. El elemento textual que se requiere para la relevancia jurídica de la última voluntad es un elemento determinante de la eficacia del acto” (227). Igualmente D’AVANZO establece la doble vertiente del acto, referida a la manifestación de voluntad y al documento como destinado a hacer conocer la primera (228). También parece adecuado referirse al momento de perfección del testamento y al de su eficacia (haciéndola depender del momento de realización del testamento o del óbito del testador, respectivamente), pues será de enorme trascendencia, según el criterio que se adopte, saber a qué momento ha de referirse la interpretación de las disposiciones testamentarias, como así lo ha defendido una parte de la doctrina española (229). Para BIGLIAZZI (230), como dijimos, la peculiaridad del testamento radica en ser un negocio perfecto desde el momento de su formación, pero sin efectos, respecto a terceros, hasta el momento de la muerte de su autor (231).

Pero volviendo a la referencia documental del testamento, el artículo 715 se puede considerar como un caso de conservación negocial establecido por la Ley, que contiene un ejemplo de la llamada conversión formal; pues al actuar a través de la modificación de la forma se pretende que la esencia del acto produzca los efectos perseguidos: dar eficacia a la voluntad del testador. Pero el artículo 715 del CC no es una excepción, sino la expresión de un principio general que puede darse en otras situa-

(227) TRABUCCHI, A.: “Il rispetto del testo nell’interpretazione degli atti di ultima volontà”, en *Scritti giuridici in onore de E. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, p. 668.

(228) D’AVANZO, Walter: *Istituzioni di Diritto Civile*, Roma, Utet, 1950, p. 243.

(229) Esta teoría es seguida, entre otros, por LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, *Sucesiones*, Bosch, Barcelona, p. 209; y CAPILLA: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 103.

(230) BIGLIAZZI GERI, Lina: *Successioni*, Turín, Utet, 1982, p. 22.

(231) En tal sentido, JORDANO BAREA hace una enumeración de las diferentes teorías que se han establecido sobre el momento de eficacia del testamento: como acto imperfecto, como proyecto, como negocio *in divenire*, etc., así como las teorías que distinguen entre perfección y eficacia. Después de analizar las distintas teorías y hacer una crítica de las mismas se inclina por adherirse a la teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. En la esfera interna, de cara a su autor, es un negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere carácter definitivo apenas formado; para la generalidad, en cambio, el testamento es, como tal, jurídicamente irrelevante en la etapa *ante mortem*. En resumen, la tesis de JORDANO, voluntarista, es reflejo, en una vuelta a la concepción medieval, de la voluntad como causa del testamento. (JORDANO BAREA: “El testamento”, RDN, 37-38, 1962, p. 57.) No obstante, en el apartado dedicado a la *naturaleza jurídica del testamento* se profundiza en este tema.

ciones a las que daremos una solución similar; es decir, la prevalencia de la voluntad sobre la forma.

Con todo, el momento de redactar el testamento es el momento de su perfección, como acto jurídico, para el disponente. Así, en la interpretación que hace DE CASTRO del referido artículo, se trata de un documento en el que consta el otorgamiento, como negocio que carece de algún requisito necesario para la validez de la forma elegida, pero que valdrá como expresión de la voluntad del causante conforme a otra forma de documento cuyos requisitos reúna (232). También DÍEZ SOTO señala cómo el cambio de calificación en el testamento no implica un cambio en los efectos a los que conduce la disposición (233).

En conclusión, es perfectamente lógico que el ordenamiento, que al imponer un rígido formalismo en materia testamentaria trata de garantizar la efectividad de la voluntad del testador, decida, ex artículo 715 del CC, valorar las formalidades efectivamente cumplidas en función de otra forma testamentaria, quedando intacta la consistencia de la voluntad manifestada a través de ella, lo que ha de ponerse en conexión con el principio de prevalencia de la voluntad sobre la forma.

5. Relación entre forma e interpretación del testamento.

La ejecución del negocio jurídico (esto es, llevar a la práctica el conjunto de derechos y obligaciones deferidas del mismo) no siempre es pacífica, sino que frecuentemente se plantean problemas interpretativos de la voluntad de los sujetos intervinientes (234). Así, en nuestra acepción, interpretar es desentrañar o averiguar el significado, alcance y sentido de la norma jurídica aplicable o del propio negocio jurídico (*lex privata*). Por ello, del artículo 675 del CC (235) debe deducirse que en el caso de los testamentos prevalece la interpretación subjetiva, referida a la voluntad del disponente.

En cualquier caso, es indudable que la *voluntad* es la base sobre la que reposan los actos jurídicos. Por otra parte, es en los *contratos* y en los

(232) CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1997, p. 487.

(233) DÍEZ SOTO: *La conversión del contrato nulo*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 55.

(234) Conviene advertir que la exacta determinación del contenido del negocio y, por tanto, la efectiva ejecución del mismo puede, excepcionalmente, en casos de sujetos particularmente meticulosos y previsores, hacer ociosa la interpretación del negocio, en cuanto la expresión formal de las declaraciones de voluntad contengan todos los datos y extremos necesarios para la total y completa ejecución de la (última) voluntad.

(235) Dispone el **artículo 675 del CC** que “*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor de mismo testamento*”.

testamentos donde descuella la importancia que tiene el libre albedrío en la expresión de voluntad, toda vez que constituye la “*presente*” intención de los individuos en el primer caso y las voluntades de “*futuro*” en el segundo. No obstante, su declaración, cuyo objeto es la exteriorización de dicha voluntad, resulta diametralmente distinta para una y otra institución jurídica (236). Así, mientras en los contratos tal intención comporta una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes para lo sucesivo y por un tiempo más o menos limitado, durante y después del cual ellas pueden discutir sus efectos, en los *testamentos* la referida voluntad no representa otra cosa que una *expresión unipersonal* destinada a tener efectos *después del fallecimiento* de su autor.

Esta distinción es de por sí fundamental y produce una lógica derivación, ya que mientras en los contratos puede no concordar la voluntad con la plasmada declaración (237), tal cuestión no puede, en principio, trasladarse a los testamentos, donde ya no se enfrentan dos voluntades que podrían eventualmente tergiversar la terminología de su expresión, sino que *existe sólo una*, la *última voluntad* del causante, con arreglo a la cual lo *querido* por el otorgante no persigue otra finalidad que dar a conocer esa *intención* que exterioriza su voluntad postrera.

En definitiva, en el testamento, el *ánimo interno prevalece* sobre la forma de su materialización; y ello será así si dicho *animus* ha tenido *algún cauce o soporte físico de manifestación o expresión en el contexto de la declaración expresa* (238) y *no recepticia* (239) y siempre que, además, sea segura la procedencia de esa declaración de voluntad (del tes-

(236) La voluntad puede manifestarse o exteriorizarse de muy diversas formas, dependiendo de las propias circunstancias del sujeto y del tipo de negocio de que se trate. Puede, en efecto, exteriorizarse la voluntad negocial oralmente o por escrito; mediante carta o a través de la publicidad; en documento público o mediante una declaración unilateral ante cualquier autoridad; por télex o fax; mediante gestos o hechos en sí mismos relevantes de la intención de generar cualquier negocio jurídico, etc.

(237) Toda vez que el aceptante del contrato, por ejemplo, puede ser frustrado en sus esperanzas por mala fe, culpa o ligereza de quienes consienten expresiones sin sopesar debidamente su falta de adecuación a la real manifestación de su voluntad.

(238) Las declaraciones *expresas*, como las testamentarias, son aquellas exteriorizaciones de voluntad dirigidas de forma directa e inmediata a manifestar el designio negocial, siendo intrascendente el mecanismo o vehículo de semejante exteriorización: disponiendo por escrito, manifestando verbalmente la voluntad ante el notario, etc. Por el contrario, las declaraciones *tácitas* consisten en la realización de actos o en la observancia de ciertas conductas que, aunque no estén dirigidas principal y directamente a manifestar el ánimo negocial, permiten deducir la existencia de éste.

(239) Es común atender a la contraposición establecida a consecuencia del valor jurídico de una declaración, que cambia según haya de ser conocida o no por personas diferentes al declarante. Así, se distinguen las declaraciones recepticias de las no recepticias:

tador) y tal circunstancia se acredite por cualquier medio probatorio (240).

Con todo, los testamentos dan lugar a dudas, incluso los otorgados ante notario; bien porque el propio fedatario no haya sabido traducir adecuadamente la voluntad del testador; bien porque lo que el declarante afirma no se corresponde con la realidad; bien porque existen acontecimientos anteriores, coetáneos o posteriores que pueden incidir en el entendimiento de la declaración testamentaria; o bien porque, a pesar de tratarse de un testamento abierto, se ha otorgado según minuta imprecisa facilitada por el testador (241). Sea como fuere, lo cierto es que son muchos los testamentos que han dado lugar a litigios por cuestiones interpretativas. Por eso afirma VAQUER ALOY (242) “que no hay cláusula clara por naturaleza y el testamento notarial no garantiza el descanso del intérprete”.

Por ello, este apartado pretende incidir en la importancia de la interpretación de las cláusulas que se pueden encontrar en un testamento, al hilo de ciertos requisitos de forma que la Ley exige. Para ello trataremos de utilizar las pautas y los criterios existentes en esta materia. Y, como es lógico, también acudiremos a la ayuda que nos presta la jurisprudencia.

A) Son *declaraciones recepticias* aquellas manifestaciones de voluntad que no producen efecto jurídico alguno mientras no son conocidas y consentidas por personas diferentes al declarante.

B) Las *declaraciones no recepticias* son exteriorizaciones de voluntad que pueden llegar a producir efectos jurídicos por el mero hecho de ser emitidas; sin necesidad, por tanto, de que su contenido sea conocido o aceptado por otras personas; circunstancias que, como dijimos, concurren en el testamento.

(240) Valgan en este sentido las palabras de la sentencia de la AP de La Coruña, sección 4.^a, de 22 de noviembre de 2000: “Si el sentido literal no cuadra con la voluntad del testador ha de prevalecer ésta cuando aparezca claramente, y otro tanto en caso de duda, observándose lo más conforme a su intención”.

(241) En este sentido, y como ejemplo de lo dicho en el texto, puede verse el dictamen de SEPÁN CONTRERAS (“Interpretación de cláusula testamentaria”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, febrero-marzo, 2000, pp. 2769 y ss.). En éste se trataba de interpretar la siguiente cláusula de un testamento abierto: “En el remanente de todos sus bienes, derechos, acciones, presentes y futuros, instituye herederos a sus hermanos B. C. B. y M. C. B. y a los seis hijos de su hermana S. C. B., heredando éstos por estirpe una vez deducidos y satisfechos cuantos gastos de participación y ejecución de mis disposiciones testamentarias se ocasionen”. El problema era determinar a qué tipo de gastos se refería la testadora. El referido autor considera, analizando sistemáticamente el testamento, que la testadora se refería a todos los gastos (notariales, impositivos y registrales), porque el notario autorizante se había limitado a recoger la minuta presentada por su cliente y, por tanto, la palabra gastos había que entenderla en sentido vulgar y no técnico (algo que, por otro lado, se desprende de la redacción entera del testamento).

(242) *La interpretación del testamento*, Cálamo, Barcelona, 2003, p. 106.

5.1. Interpretación jurisprudencial: la forma del testamento como seguridad jurídica con margen de equidad.

La forma es el modo de manifestación de la voluntad negocial. Tal manifestación es el objeto de la interpretación, aunque ciertos elementos y circunstancias que la preceden, la acompañan o la siguen puedan suministrar un valioso auxilio al intérprete. Así, la declaración constituye la forma de la voluntad, el modo de su conservación y manifestación; pero el objeto de la interpretación es el documento, el cual no es más que la materialización de la declaración. Ahora bien, el espíritu que anima la declaración y que el intérprete debe descubrir es la voluntad subjetiva o real del testador. El auxilio de elementos ajenos a la declaración actúa sólo dentro de los límites en que puedan ayudar a iluminar su espíritu. Por ello, aun cuando la interpretación realiza una función integradora, no tiene tampoco un carácter creador, porque su función sigue dependiendo de la voluntad declarada (243).

La interpretación literal del CC nos llevaría a pensar que el rigor formal es una característica esencial en la institución testamentaria y, conforme a este principio, el artículo 687 establece la nulidad para el testamento en cuyo otorgamiento no se hubieren observado las formalidades respectivamente establecidas en el capítulo relativo a los testamentos, sin establecer diferencias por la categoría en que pueda encuadrarse cada testamento, según los artículos 676 y 677 del CC, referentes a la forma de los mismos. Pero, incluso en materia formal, se hace palmaria la pugna entre el rigor estricto y la flexibilidad o adaptación. Así, una observación atenta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite advertir que por lo general se afirma el rigor de los preceptos que imponen solemnidades (244) y exigen requisitos formales para el otorgamiento de los tes-

(243) Frecuentemente se califica el testamento como un **negocio jurídico** formal, por cuanto su eficacia está supeditada a que la voluntad negocial se exteriorice a través de las solemnidades legalmente establecidas. La justificación de este carácter formal se encuentra, como dijimos, en la necesidad de **asegurar que aparezca y conste indubitadamente como testamento** lo que se corresponda con la auténtica y cabal voluntad del disponente para después de su óbito; tiempo en el que éste ya no tendrá posibilidad de confirmar o especificar su última disposición, en evitación de posibles simulaciones, equívocos, coacciones o fraudes.

(244) La *sentencia del TS de 10 de julio de 1944* declaró en su primer considerando: “Es uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa* que la forma es esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la ley como garantía de la libre manifestación de la voluntad del testador y de su segura conservación y prueba; y si bien la propia ley, para proveer a circunstancias extraordinarias, establece formas especiales y simplificadas mediante las que facilita la expresión de la última voluntad a ciertas personas en determinadas circunstancias, el uso de tales formas está subordinado a la concurrencia de los supuestos y requisitos previstos para cada una de ellas, sin que sea lícito sustituir unas por otras

tamentos (245); pero, a veces, también se valoran ciertas circunstancias que aconsejan la racional flexibilidad interpretativa. Veámoslo:

D) *El “favor testamenti” individualizado conlleva a la atenuación del rigor en las formalidades testamentarias.*

Existen algunas sentencias que atenúan el rigor de las solemnidades que exige la Ley para el otorgamiento. En efecto, si bien es cierto que el rigor formal que caracteriza a la institución testamentaria es puesto de relieve frecuentemente por el Tribunal Supremo (246), también es verdad que no faltan sentencias de dicho Tribunal en las que se atenúa el rigor de las solemnidades, sobre todo cuando representan formalidades intrascendentes, externas y ajenas a la voluntad del testador, atendiendo a las circunstancias individuales de cada caso.

a virtud de la aplicación de pretendidos criterios de analogía”. La *sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1968* declaró que “por no ser de tráfico los negocios jurídicos *mortis causa* tienen carácter eminentemente formal, exigiéndose por tanto en su constitución determinados y preceptivos requisitos cuya inobservancia provoca su nulidad absoluta, sin posibilidad de ulterior convalidación –sentencia de 24 de octubre de 1963–, requisitos que la de 24 de mayo de 1927 califica de esenciales, la de 19 de junio de 1958 de preceptivos e inderogables, determinando la de 3 de octubre de 1962 que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, supeditando la sentencia de 28 de octubre de 1965 su validez al exacto cumplimiento de las solemnidades legales, todo ello en concordancia con lo preceptuado por el artículo 687 del CC, que ciertamente estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observaran las solemnidades establecidas...”. La *sentencia del TS de 6 de febrero de 1969*, después de referirse al artículo 687 del Código Civil, cita las sentencias de 10 de julio de 1944, 4 de enero de 1952 y 10 de junio de 1966, expresando esta última “la necesidad de que las referidas formalidades sean observadas como garantía de la realidad del testamento, dada la trascendencia jurídica de este acto, por el que una persona dispone de sus bienes para después de su muerte; y en las sentencias de 1.º de diciembre de 1927 y 28 de octubre de 1965 se declaraba que ni siquiera en el caso de que racionalmente no pudiera dudarse de que lo consignado en el testamento sea fiel expresión de la voluntad, valdría como tal testamento el que no se hubiese otorgado en alguna de las formas y con todos los requisitos esenciales que en cada caso han de concurrir”. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 16 de mayo de 1974 y la de 8 de marzo de 1975.

(245) La STS de 21 de junio de 1986 (R. 3788) afirma, siguiendo a otras anteriores, que para la validez de todo testamento es necesario que se cumplan todas las solemnidades esenciales establecidas en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, y cuya inobservancia determina, conforme al artículo 687, la nulidad. La STS de 25 de junio de 1990 (R. 4892), respecto al juicio sobre la capacidad del testador que ha de hacer el notario (art. 695), dice que “tal disciplina tan contundente y de inexcusable observancia no se puede doblegar o flexibilizar *ope sententiae* aunque la omisión padecida respondiera a un, en su caso, lamentable *lapsus calami*”.

(246) Sentencias de 16 de febrero de 1891, 23 de mayo de 1905, 7 de junio de 1923, 24 de mayo de 1927, 1 de diciembre de 1927, 6 de noviembre de 1929, 19 de junio de 1958, 3 de octubre de 1962, 24 de octubre de 1963, 28 de octubre de 1965, 27 de noviembre de 1968, 6 de febrero de 1969 y 16 de mayo de 1974, entre otras.

En efecto, nuestro Tribunal Supremo ha excepcionado de la regla inexcusable del artículo 687 algunas deficiencias formales por ser irrelevantes (247). Así, ha venido declarando que “no todas las **solemnidades** tienen el mismo valor, por lo que **su falta no siempre produce el mismo efecto**” (248). En este orden de cosas hay que destacar la aclaración hecha por el Tribunal Supremo de que determinados requisitos formales del otorgamiento son prescindibles, por no venir exigidos por la Ley, en efecto:

La sentencia de 15 de febrero de 1991 considera que la falta de constancia expresa, en el testamento, de que el testador manifestó su voluntad ante el notario y los testigos no es esencial si del texto del documento se desprende que el testador declaró las disposiciones que el testamento contiene, que las aprobó y que, después de leído, lo ratificó (249).

En igual sentido se manifestaba ya la sentencia de 26 noviembre 1968 (250) respecto a la falta de rúbrica del juez y el secretario en el documento de averación del testamento ológrafo, por no ser defecto formal del testamento, sino procesal (251). Y esto es una cuestión a debatir muy importante, ya que lo mismo podría decirse de cualquiera de los defectos formales en que incurren los funcionarios públicos, en tanto la voluntad testamentaria esté clara; pues, dado el caso, será más una cuestión de infracción o sanción administrativa o jurídico pública en lo que respecta al

(247) Con anterioridad al Código Civil, la STS de 28 de enero de 1887 consideraba que la mera omisión del nombre de las dos hijas del testador no puede alegarse como causa de nulidad. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de noviembre de 1870.

(248) Debiéndose “tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidos, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión” (STS de 30 de abril de 1909). También las SSTs de 30 de septiembre de 1907, 1 de enero de 1910 y 11 de febrero de 1929. En igual sentido, ST Superior de Justicia de Cataluña de 7 de enero de 1992.

(249) La STS de 5 de diciembre de 1950 (R. 1872) no consideró requisito formal inexcusable la falta de expresión de la hora en un testamento ológrafo, por no venir exigida por el artículo 688. Del mismo modo, para la STS de 3 de febrero de 1951 (R. 252) no fue causa de nulidad la falta de expresión de la hora en el testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o la no consignación del motivo por el que el testador no firmó.

(250) R. 5542.

(251) A tal efecto, haciendo un resumen esquemático, la STS de 6 de abril de 1896 establece que no invalida el testamento: –El no haberse expresado en el testamento que fue leído en alta voz, pues “debe inferirse que el notario realizaría la lectura para que se enteraran los que con su firma habían de autorizar el documento”; –El “no haber dado fe el notario de haberse cumplido todas las formalidades prevenidas en la sección 5.ª, capítulo 1.º, libro 3.º del Código Civil, cuando la da del conocimiento y cualidades del testador y resulta, además, que dichas formalidades se han observado”; y –El haberse consignado que “al notario y los testigos les parecía que el testador tenía la integridad de sus facultades intelectuales y la capacidad legal, añadiendo al final del documento que éste era el juicio de los testigos”, pues la Ley no exige que se haga un párrafo especial con las palabras “a su juicio” para dar constancia de la capacidad del testador.

fedatario y prescrita en los artículos 705 y 715 del CC, que una situación que conlleve a la invalidación de la disposición.

Mas, en definitiva, el comentado giro jurisprudencial supone una flexibilización de las formalidades del otorgamiento testamentario (252); flexibilización formal en pos del principio *favor testamenti* (253). Podemos deducir de ello que hay requisitos testamentarios que son ínsitos al propio testamento (como la capacidad del testador, su libre voluntad de disponer y la preservación de ésta por medio de algún medio de prueba) y otros que, en determinadas circunstancias y ante la evidente claridad dispositiva del cabal otorgante, no son sustanciales para la eficacia del otorgamiento [firmas de adveración, unidad de acto, competencia del fedatario, identificación de algún testigo (254), fecha, escritura en papel, etc.].

Así, en apoyo de la interpretación que propugna la primacía de la voluntad sobre la forma, existen sentencias que atenúan el rigor de las solemnidades que exige la Ley para el otorgamiento. En efecto, nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, respecto a la **fecha**, manifiesta que ésta se puede designar con cualesquiera palabras que la puedan identificar; como Lunes Santo de 2000, mi cumpleaños de 2002, etc. Por lo que para la perfección del testamento no necesariamente se requiere la expresa mención

(252) Acerca de si los testigos instrumentales podían serlo de conocimiento, la *sentencia del TS de 27 de mayo de 1914* cambió el criterio rígido que hasta entonces había prevalecido y lo sustituyó por una interpretación del indicado artículo 685 ajustada a su verdadera finalidad. En el *sexto considerando* afirmó: “tampoco tiene aquí exacta aplicación la doctrina que se invoca en el fallo recurrido, porque en los asuntos a los que las dos decisiones se refieren no se ofreció al Tribunal Supremo motivo serio, como aquí, para fijar la verdadera inteligencia del artículo 685 del Código Civil; dado que en ninguna de aquéllas se podía aceptar el conocimiento de quienes habían testado: la identificación en el primer caso era defectuosa y en el segundo absolutamente incompleta”. En el *considerando séptimo* afirma la misma sentencia que el Tribunal que dictó la recurrida, “al preferir, sin distinguir los casos y circunstancias, la severidad del precepto legal interpretado, menos necesario ese rigor de ritualidad hoy que antes si se tiene en cuenta el alto nivel de aptitud profesional y reconocida de la fe pública, incurre en las infracciones legales que para obtener la casación de la sentencia se invocan en el recurso”.

(253) Debe destacarse la sentencia de dicho Alto Tribunal de 30 de abril de 1909, cuyo primer considerando dice: “... si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo 687 del Código Civil, será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla de buen criterio, dada la naturaleza y significación de aquél, **tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar**, con relación a su trascendencia, **el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas**, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión”. En el referido caso se discutía el hoy inexistente requisito de la vecindad de un testigo. El recurso de casación prosperó en un sentido tal vez precursor de la señalada reforma legislativa de 1939.

(254) La STS de 11 de febrero de 1929 considera que no anula el testamento la falta de rogación expresa por la testadora a los testigos para que firmen por ella, porque, al hacer constar que no podía firmar, implícitamente rogaba que lo hicieran por ella. En igual sentido, la STS de 18 de diciembre de 1934 (R. 2187), en la que se establece que la omisión del nombre de un testigo no significa la invalidez del testamento.

del día, mes y año; pues finalísticamente la falta de fecha no afecta a la validez del testamento cuando no está comprometida la capacidad del otorgante o la concurrencia con otros testamentos; solución que ya fue incorporada al artículo 979 del Código Civil francés por la Ley de 1950.

A igual conclusión se llega respecto a otros requisitos formales de validez, como la designación del **lugar de otorgamiento**. Pues afirma el Alto Tribunal que los preceptos de forma, en materia de testamentos, deben interpretarse con flexibilidad, atendiendo a las circunstancias de cada caso y en virtud del criterio interpretativo teleológico del artículo 3.1 del Código Civil (255).

En este sentido se manifiestan también, entre otras, la sentencia de 20 de abril de 1972 (256) en referencia a la relación entre un testigo y el notario autorizante, consistente en haber utilizado éste, como oficina, una habitación de la casa de aquél, por no considerarse esta circunstancia como relación de trabajo. La sentencia de 21 de junio de 1986 (257) considera dispensable la falta de consignación, en el testamento abierto ante notario, del juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad de la testadora, dado que tal requisito no se establece en el artículo 685 del Código Civil, “cuando el notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales” (258).

Del mismo tenor es la afirmación vertida por el Tribunal Supremo de que los preceptos de forma, en materia de testamentos, deben interpretarse en sentido restrictivo (259). Y esta **atenuación del rigor de las so-**

(255) Entre otras de posible cita puede destacarse la STS de 21 de noviembre de 1899, relativa a un caso en que fue tenido por mayor de edad un testigo que no lo era, en virtud de una interpretación flexible de un rígido precepto, aunque no expresamente formal. Declara, en efecto, el segundo considerando: “estando tenido este testigo por mayor... semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor, los mismos efectos que si realmente hubiese tenido la edad cumplida, por ser aquélla una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida, cuando concurren condiciones tan especiales como las del caso actual, ya que tampoco es la mayor edad del testigo determinante en absoluto de su capacidad moral y legal para poder dar fe consciente del acto en que ha intervenido, y tratarse de un acto que no afecta a sus intereses”.

(256) R. 1858.

(257) R. 3788.

(258) La STS de 28 de diciembre de 1918 declara que no rompe la unidad de acto la momentánea salida del notario autorizante de una habitación a otra. Para la STS de 19 de enero de 1928 no da lugar a la nulidad el no determinar los minutos que duró la lectura y tampoco es una causa de inhabilitación la amistad entre el testigo y el heredero.

(259) STS de 21 de octubre de 1915. La STS de 21 de noviembre de 1889 no aprecia defecto de forma por la falta de mayoría de edad en un testigo del testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte (art. 700), más cuando a ese testigo le faltaban unos meses para ser mayor de edad y era tenido ya por tal; porque semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron su intervención, los mismos efectos que tener la

lemnidades hecha por el Tribunal Supremo –dice PUIG BRUTAU– se funda en criterios de equidad que tienen justificación en las circunstancias especiales de cada caso (260). Por su parte, TORRES GARCÍA ha entendido que el Tribunal Supremo, en estos supuestos, ha considerado que se trataba de solemnidades testamentarias cuya inobservancia no afecta a la validez del acto (261).

Y, desde luego, también ha optado por la validez del testamento, en caso de inobservancia de solemnidad, numerosa jurisprudencia menor. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de enero de 1992 resuelve que la exigencia de la **firma** de los dos testigos testamentarios (requerida por el antiguo art. 101, párr. 1.º de la Compilación de Cataluña) no integra una *solemnidad fundamental*. Se trata –dice– de una mera formalidad o, con mejor tecnicismo, de un formalismo o **ritualidad** sin relevancia esencial (262).

En definitiva, el testamento tiene como función propia la de servir de medio material para la proyección de las relaciones y situaciones jurídicas que surgen con el fallecimiento del causante o que desde este momento adquieren naturaleza autónoma. Ello enmarcado en el ámbito de la libertad individual y personal y bajo el principio de la autodeterminación; por lo que es conveniente salvar la última voluntad del testador, no el valor formal de un acto jurídico. En tal sentido, el formalismo del testamento debe dar paso a la primacía de la concreta voluntad del causante. Y este *favor voluntatis* debe estar avalado por diversas vías: la legislativa, la doctrinal y la jurisprudencial. Mas, en cualquier caso, la libertad de testar es una manifestación de la libertad constitucional, por lo que el ordenamiento confiere la posibilidad de disponer para después de la muerte, y es natural y esencial que esta declaración de voluntad se manifieste con libre capacidad de obrar: la voluntad debe haber sido libre y consciente; formada con la cabal intención de originar el nacimiento del negocio jurídico en cuestión.

Por ello, con el propósito de facilitar el soporte material a la manifestación de la voluntad del testador, el legislador ha establecido diversas

edad cumplida. En igual sentido, para la STS de 4 de abril de 1895 no son defecto formal causante de nulidad las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, no salvadas por el testador bajo su firma; pues no afectan a la nulidad del testamento ológrafo, sino a la eficacia de dichas palabras.

(260) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen 2.º, ob. cit., p. 48.

(261) TORRES GARCÍA: *El testamento ológrafo*, ob. cit., p. 174, n. 81.

(262) En el supuesto de autos, el motivo del recurso denuncia infracción de los artículos 101 y 242 de la **Compilación catalana** (hoy modificados e integrados en el Código de Sucesiones) y del 687 del Código Civil; apreciación que se acentúa en casos en los que, como el de autos, los intervinientes son empleados de la notaría en la que se otorgó el testamento.

modalidades testamentarias, todas ellas igualmente válidas para otorgar relevancia jurídica a su última voluntad y según su libre opción. Ello aunque frente a terceros la declaración de última voluntad testamentaria, hasta la apertura de la herencia tras el fallecimiento del *de cuius*, carece de eficacia jurídica.

Pues la disciplina del testamento se justifica esencialmente por la función *post mortem* que está destinada a desarrollar; ya que el testamento tiene por finalidad propia la de servir de medio material para la proyección de las relaciones jurídicas que surgen tras el fallecimiento del causante, y la vía que debe seguir el otorgante para dejar constancia eficaz de sus disposiciones es reproducirlas en algún soporte material que las conserve en su redacción original y sirva, tras el óbito del disponente, como prueba documental de su otorgamiento. Por ello, las formalidades del testamento sirven para asegurar la mayor seriedad y ponderación de la voluntad, y constituyen una función procesal de prueba a través del documento (público o privado), particularmente relevante para los testamentos, que están destinados a producir su eficacia cuando ya no puede ratificarlos el disponente.

Pero el elemento formal puede determinar la validez del acto jurídico; mientras que el documento es el objeto o soporte en el que viene a reflejarse la declaración de voluntad. Por ello debe resaltarse la interconexión de la voluntad con su declaración y con su conservación en un documento. Mas siendo la voluntad del testador un principio básico en el régimen jurídico testamentario, la forma no debe sobreponerse a la voluntad, sino ser un vehículo para ésta. Por lo que el régimen testamentario de la documentación o plasmación de la libre voluntad de testar debe adaptarse a las variadas y cambiantes realidades sociales actuales. Por lo que, para poder cumplir tales cometidos, la facultad de testar y los requisitos de forma deben articularse sobre una base más flexible. Por ello, consideramos, en la posible evolución de nuestro régimen jurídico sucesorio, que quizá sea necesario reinterpretar sus requisitos de forma y conceptualizar el otorgamiento como simple acto de documentación y prueba de la voluntad del testador.

Bibliografía consultada

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y otros: *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, tomo III, Trivium, Madrid, 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo IX, volumen 2, artículos 706 a 743, EDESA, Madrid, 1983.
- *Curso de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2.^a edición, 1987; 3.^a edición, 1991; 4.^a edición, 1994.
- “Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos”, RDP, tomo LI, enero-diciembre 1967, pp. 3-12 y 195-202.
- “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”, ADC, 1954, p. 319.
- *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- “Ineficacia e invalidez del negocio jurídico”, RDP, tomo XLII, 1958, p. 603.
- ALBÍEZ DOHRMAN, Klaus Jochen: *Negocios atributivos “post mortem”*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- ALLARA, Mario: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1936.
- *Principi di diritto testamentario*, Turín, 1957.
- *L’elemento volitivo nel negozio testamentario*, Turín, 1964.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, Civitas 1990.
- ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio: *Formularios de actos y contratos*, Editorial Comares, Granada, 2.^a edición, 1988.
- APALATEGUI ASÚA, Octavio de: *Mortis causa sucessionis*, Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, 1990.
- ASTRALDI: *Le nullità formali del testamento ológrafo*, Padova, 1940.
- ASÚA GONZÁLES, C.: *Designación de sucesores a través de terceros*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BACARDÍ, Alejandro de: *Nuevo Colón*, tomo I, 2.^a edición, Tipografías Narciso Ramírez, Barcelona, 1864.
- BALLESTER GINER, Eladio: *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, EDESA, Madrid, 1988.
- BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1944.
- BARTIN: *Théorie des conditions illicites*, París, 1887.
- BECQUART: *Les mots á sens multiple en droit civil français*, Lille, 1928.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Reconocimiento de hijo natural en testamento”, RDP, marzo 1965, pp. 183 y ss.
- “Incapacidad para testar del que habitualmente o accidentalmente no se hallase en su cabal juicio, RDP, L, 1966, pp. 247-261.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: “Testamento”, *Revista Aranzadi Civil*, Sección Tribuna, octubre de 2000, número 12.
- BEUDANT: *Cours de droit civile français*, París, 1906.
- BIGLIAZZI GERI, Lina: “La volontà nel testamento e l’interpretazione”, *Trattato Diritto Privato*, Dir Resigno, Turín, Utet, 1982.
- *Successioni*, Turín, Utet, 1982.
- BINDER, J.: *Derecho de sucesiones*. Traducción y anotación LACRUZ B., Ed. Labor, 1953.

- BIONDI BIONDI: *Sucesión Testamentaria y Donación*. Traducido por FAIRÉN. Bosch, Barcelona, 2.^a edición, 1960.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: “Comentario de los artículos 694 a 705”. Varios autores. *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1753-1792.
- BLOCH RODRÍGUEZ, José M.: “Los testigos en los testamentos notariales”, RDN, V-15, 17 y 18, 1957.
- BONET CORREA, J.: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Madrid, Civitas, 1987.
- BONILINI, Giovanni: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1995.
- CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994.
- CÁMARA GARCÍA, Fernando de la: “Comentario de los artículos 716 a 721”. Varios autores. *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: “Solemnidades y formalidades según la doctrina del TS”, RDN, XXVI-números 101 y 102, julio-diciembre de 1978, pp. 139-170.
- CAÑIZARES LASO, Ana: *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, 1990.
- “Disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y divorcio posterior”. En *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*. Editado por la Facultad de Derecho de Málaga, 2001, VVAA, pp. 114 y ss.
- CAPILLA RONCERO, F. y otros: *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, 1987, pp. 3-88.
- CARAMAZZA, G.: “Delle successioni testamentarie”, *Comentario teórico-práctico al Codice Civile de V. Martino*, Ed. Pem, 1973.
- CÁRDENAS HERNÁNDEZ, Luis: “Un caso original de testamento”, RDN, XV-53 y 54, 1966.
- CARIOTA FERRARA, L.: *Le Successioni per causa di Morte*, Napoli, Morano, 1959.
- *El negocio jurídico*. Traducción y notas M. ALBALADEJO, Aguilar, 1956.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Uthea, Argentina, traducción y notas de A. ALCALÁ ZAMORA.
- CARRASCO PERERA: “Comentario a la sentencia de 25 de abril 1991”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, 1991, pp. 525 y ss.
- CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro: *La nulidad parcial del testamento*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo sexto, *Sucesiones*. Reus, Madrid, 1989.
- Ídem, Volumen segundo. *Los Particulares regímenes sucesorios*. Reus, Madrid, 8.^a edición, 1979.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La interpretación del testamento”, *Revista de Derecho Privado*, abril 1973, pp. 281 y ss.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión de 1997.

- CASTRO Y BRAVO, Federico de: “Declaración unilateral de voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, XXX, 1997, pp. 194-207.
- CICU, Antonio: “El Testamento”. Traducido por FAIRÉN. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto: “La sanatoria excepcional de disposiciones testamentarias nulas en Derecho español”, RDP, tomo LXI, enero-diciembre 1977, pp. 626-648.
- COING, Helmut: *Derecho privado europeo* (Derecho común más antiguo 1500-1800), tomo I, traducción de Antonio PÉREZ MARTÍN, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de y otros: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, *Derechos Reales... y Derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1988.
- “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1962, pp. 277 y ss.
- CRIADO, Enrique y otros: *Herencias, testamentos y donaciones*, Editorial Planeta, 1994.
- CRISCUOLIO, G.: *Il testamento*, Padova, Cedam, 1991.
- CUTILLAS TORNOS, José María: *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- D’ANTONIO: *La modificazione legislativa del regolamento negóciale*, Padova, 1974.
- D’AVANZO, Walter: *Instituzione di Diritto Civile*, Utet, 1950.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Una propuesta de Política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, febrero de 2006.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a: *El negocio jurídico per relationem en el CC*, Madrid, Cóllex, 1982.
- DÍAZ SOLER, Ángel: “El contador-partidor testamentario”, *Libros jurídicos*, Madrid, 1996.
- DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: “El Testamento Militar Español”, *Revista de Derecho Notarial*, año XII- número XLIII, enero-marzo 1964, Colegios Notariales de España, Madrid, pp. 145-213.
- “La unidad de acto”, RDN, XXI-75, 1972, pp. 55-86.
- “La supresión de los testigos en los testamentos”, RJN, abril-junio 1992, pp. 43 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Sistema de Derecho civil*, volumen IV, *Familia y Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 3.^a edición, 1983; 6.^a edición, 1994; 8.^a edición, 2001.
- “La pluralidad de testamentos”, RDN, año VIII-número 27, enero-marzo 1960, pp. 7-97.
- “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, ADC, tomo XIV, octubre-diciembre 1961, pp. 809-833.
- *La Doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1962.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Bosch, Barcelona, 1994.
- DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón: *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano*, Imp. H. de Rodríguez, Valladolid, 1877.

- D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, y otros: *El Digesto de Justiniano*, tomo II, libros 20-36, Aranzadi, Pamplona, 1972.
- DUPEYRUX: *Contribution á la théorie général de l'acte á titre gratuit*, Toulouse, 1955.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: *Cuestiones conflictivas en el Régimen de la Nulidad y Anulabilidad del Contrato*, Editorial Aranzadi, 1999.
- EQUIPO JURÍDICO DVE: *Cómo se hace testamento*, Editorial de Vecchi, Barcelona, 1991.
- ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: "De la data indirecta en los testamentos notariales", RDP, tomo XLII, enero-diciembre 1958, pp. 847-850.
- ESPÍAU ESPÍAU, Santiago: *El error en las disposiciones testamentarias*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ESTHER VILALTA, A. y otros: *Acción de impugnación de la desheredación*, Bosch, Barcelona, 1998.
- FALCÓN, Modesto: *El Derecho Civil Español, Común y Foral*. Sexta edición. Tipografías La Publicidad, de Tobella, Barcelona, 1902.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *Testamento per relationem en el Derecho civil común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: *Autonomía privada y testamento en Derecho común*, Editorial Comares, Granada, 1996.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús I.: "Comentario a la STS de 27 de junio de 2000", *Actualidad Civil*, número 19, mayo de 2002.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel: *Los testamentos*, Comares, Granada, 2000.
- FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, Servando: *El Testamento Militar y su proceso histórico*, Huecograbado Arte, SA, Bilbao, 1957.
- FERRANDO MIGUEL, Ignacio: *Formularios de Sucesiones*, Edita PPV, Barcelona, 1996.
- FERRI, Luigi: *La autonomía de la voluntad*. Traducción y notas de SANCHO MENDIZÁBAL. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- FUENTESECA, Pablo: *Derecho Privado Romano*, Imprime: E. Sánchez A. Gráficas, SL, Fuenlabrada (Madrid), 1978.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*. Traducción de BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALICIA AIZPURÚA, Gorka: "Cuándo hay peligro de muerte a efectos testamentarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, número 693, 8 de diciembre de 2005, pp. 6 y ss.
- GARCÍA ALGUACIL, M.^a José: *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, 2004.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: "Formalismo jurídico y documento notarial", *Revista de Derecho Notarial*, 1962, tomo XXXVI, pp. 37 y ss.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 5.^a edición, 1991.
- GARCÍA GIL, F. J.: *Jurisprudencia familiar y Sucesoria*, Pamplona, Aranzadi, 1992.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Reflexiones ante el Derecho de sucesiones en la obra de Lacruz Berdejo", *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Lacruz*. Barcelona, Bosch, 1992, pp. 373 y ss.

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los Derechos civiles forales*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- GASPAR LERA, Silvia: *La acción de petición de herencia*, Editorial Aranzadi, 2001.
- GIAMPICCOLO, Giorgio: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milán, Giuffrè, 1954.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Instituciones de Derecho notarial*, Reus, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, volumen I-B (arts. 694 a 705), Edersa, Madrid, 1987.
- GORDILLO CAÑAS, A.: “El error en el testamento”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-sept. 1983, pp. 746 y ss.
- GRACIELA MEDINA: *Nulidad de testamentos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, Tecnos, 1969.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto: *Derecho sucesorio*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- GUTIÉRREZ-SOLAR Y BRAGADO, Eduardo: *Testamentos especiales*, Edersa, Madrid, 1996.
- “El Testamento Militar: su realidad y su futuro”, *Revista Española de Derecho Militar*, número 43, 1984, pp. 39-61.
- “Comentario a la STS de 14 de mayo de 1996”, RDP, 1997.
- HEINRICHS: *Bürgerliches gestzbuch*, de Palandt. Munich, 1988.
- HEREDIA Y LARREA, Publio: *El testamento fonográfico*, Imprenta de la “Revista Política”, Madrid, 1895.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores: *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995.
- HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.
- HERNÁNDEZ GIL, Félix: “Aspectos formales del requisito de la fecha en el testamento ológrafo”, AC, número 48, diciembre de 1989, pp. 3829-3842.
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: *La sucesión por el Estado*, Bosch, Barcelona, 1995.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano, historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, undécima edición, 1994.
- ISÁBAL, Marceliano y otros: “Testamento...”, pp. 761-764. *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo vigésimo noveno, Francisco Seix, Barcelona.
- JORDANO BAREA, J. B.: “Interpretación del Testamento”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo IX, volumen 1, A (art. 675), Edersa, Madrid, 1991, pp. 206 a 283.
- *El testamento y su interpretación*, Granada, Comares, 1999.
- “El testamento”, RDN, 1962, números 37-38.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La sucesión en el ius delationis*, Civitas, 1990.
- JORGE O. MAFFÍA: *Manual de Derecho Sucesorio*, tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3.^a edición, 1987.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*. José María Bosch, Barcelona, 5.^a edición, 1993.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, tomo séptimo. *Sucesiones*. Trivium, Madrid, 1998 y Marcial Pons, Madrid, 2003.
- LEÓN ALONSO, José R.: “Pervivencia de la forma nuncupativa, unidad de acto y testamento como documento y como negocio”, *Revista de Derecho Notarial*, año 32 - número CXXV-CXXVI (jul.-dic. 1984, pp. 173-195), Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Ruiz de Alarcón, 3, Madrid.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- LUNA SERRANO, Agustín: “Proyecciones de la libertad de testar”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Lacruz*. Barcelona, Bosch, 1992, pp. 549 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: *Derecho de Sucesiones*, volumen IV, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.
- MANIGK: “Studi di diritto italiano”. En *Anuario di diritto comparato*, 1942, pp. 138 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, tomo V. Imprenta: Revista de Legislación, Madrid, 3.^a edición, 1910.
- MARÍN PADILLA, M.^a Luisa: *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1990.
- “Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Lacruz*. Barcelona, Bosch, 1992, pp. 563 y ss.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús y otros: “Juicio de testamentaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997.
- MARTOS CALABRÚS, María Angustias: *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 1998.
- MAYER-MALY: *Munchener Kommentar zum BGB*, tomo I, Munich, 1984.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el CC español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MENÉNDEZ PIDAL, Ramón: *La España del Cid*, Editorial Plutarco, Madrid, 1929.
- MENGONI: *La divisione ereditaria*, Milán, 1950.
- MESTRE RODRÍGUEZ, M.^a Luisa: *La interpretación testamentaria*, Universidad de Murcia, 2003.
- MIRABELLI: “Dei contratti in generale”, en *Commentario del Codice Civile*, Turín, 1967, tomo IV, volumen 2.^o
- *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955.
- MORENO CASADO, J.: “El Testamento Militar en España desde la Recepción”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CI, tomo XXVI, pp. 475-499. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.
- MORENO QUESADA, B.: “Las disposiciones testamentarias con causa ilícita”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-sept. 1967, pp. 537 y ss.

- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil comentado y concordado*, tomo XII, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.
- Ídem editorial Reus, Madrid, 1950.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia: *El artículo 891 del Código Civil: La distribución de toda la herencia por legados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España*. Editor: Juan Vidal, Madrid, 1880.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *La herencia a favor del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- O'CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, *Sucesiones*. Eder-sa, Madrid, 4.^a edición, 1993.
- ONECHA SANTAMARÍA: “Garantías de autenticidad en los testamentos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXX, 2.^a época, tomo LXII (230 de la colección), 1971, pp. 673-685.
- OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- PASTOR RIDRUEJO, Félix: *La revocación del testamento*, Ediciones Nauta SA, Barcelona, 1964.
- PEÑAS VÁZQUEZ, Julio: *Del Testamento Militar*, Talleres Gráficos Ceres, Valladolid, 1975.
- PÉREZ ARDÁ, Enrique: “Caducidad de los testamentos especiales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 115, pp. 303-307. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: *La indignidad sucesoria en el Código Civil Español*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- PÉREZ-ORDOYO LAPEÑA, Luis: “Testamentos notariales sin testigos”, RDN, año XI, número 39, enero-marzo 1963, pp. 277-287.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel y AZCÁRRAGA, Joaquín: *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Ceura, Madrid, 2.^a edición, 1993.
- PÉREZ VERA, Elisa, y otros: *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 7.^a edición, 1997.
- PERLINGIERI: *Codice civile annotato*, Turín, 1980, tomo IV, volumen 1.^o
- PRADA GONZÁLEZ, José María de: “Las formalidades testamentarias y la nueva Ley Uniforme”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 485 y ss.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen I y II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1977.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo VI, *Sucesiones*. Ediciones Pirámide, Madrid, 3.^a edición, 1976.
- *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, Madrid, 1.^a edición, 1954 y 2.^a edición, 1972.
- RAMS ALBESA, Joaquín: “La libertad civil, libertad de testar”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Lacruz*. Barcelona, Bosch, 1992, pp. 695 y ss.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: *Institución de herederos*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993.
- ROCA SASTRE, R. M.: “La naturaleza jurídica de la legítima”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1944, pp. 180 y ss.
- “Firma del testador”, *RDN*, jul.-dic. de 1953, año I, números 1 y 2, pp. 351-356.
- RODRÍGUEZ HERMOSO, Francisco: *Los abintestatos, prevención, juicios, testamentos*, Comares, Granada, 1997.
- ROMÁN GARCÍA, A.: *Las obligaciones testamentarias*, Madrid, Montecorvo, 1995.
- ROMERO PAREJA, Agustín: “Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales”, diario *La Ley*, número 5757, 9 de abril de 2003, pp. 1 y ss.
- “Otorgamiento del testamento en tiempo de guerra”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 48, 2003, pp. 151 y ss.
- *Conceptos Básicos de Derecho Civil*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 344-345.
- ROVIRA PEREA, Joaquín: “Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos”, *La Ley*, SA, Madrid, 1992, número 2, pp. 993-1002.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho sucesorio “mortis causa”*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, 2004.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC Español*, Universidad de Granada, Servicio de Publicaciones, 1986.
- *Los Límites a la autonomía privada en el testamento*, Madrid, Actualidad Civil, 1987, pp. 73 y ss.
- RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho civil. Sucesiones I: El testamento y la legítima*, Realigraf, Burgos, 1987.
- RUIZ VADILLO, Enrique: “Testamento ológrafo”, *RDP*, tomo LVI, enero-diciembre 1972, pp. 615-648.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: *La herencia yacente*, Universidad de Málaga, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo sexto, volumen 1.º (*Sucesión*). Madrid, Estudio Tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”, 2.ª edición, 1910.
- SANCHO REBULLIDA: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- SANTIAGO C. FASSI: *Tratado de los testamentos*, Editorial Astrea Depalma, Buenos Aires, 1970.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- SAURA BALLESTER, Francisco: *Sobre las disposiciones testamentarias que dificultan el tráfico jurídico*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1992.
- SAVATIER: *Cours de droit civile français*, París, 1949, tomo II.
- SEGUNDO ARECO, Juan: *Testamentos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- TABOADA TUNDIDOR, Carlos: *Testamentos Militares*, Imprenta de Antonio Otero, Orense, 1912.

- TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- “Legítima y legitimarios y libertad de testar”, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, febrero de 2006.
- TRABUCCHI, A.: “Il rispetto del testo nell’interpretazione degli atti di ultima volontà”, en *Scritti giuridici in onore de E. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950.
- TRAVIESAS, Miguel: “El Testamento”, RDP, tomo XXII, Madrid, 1935.
- TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1983.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Estudios de Derecho Sucesorio*, volumen I, Montecorvo, Madrid, 2.^a edición, 1987.
- *Panorama del Derecho de sucesiones, Perspectiva dinámica*, volumen II, Civitas, Madrid, 1984.
- “La voluntad del causante ley de la sucesión”, *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al profesor Beltrán de Heredia*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pp. 715 y ss.
- “Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer”, tomo I, “Las legítimas”, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, volumen LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, *Sucesión*. Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916.
- Ídem, cuarta edición, 1939.
- VAQUER ALOY, Antoni: *La interpretación del testamento*, Cálamo editoriales, Barcelona, 2003.
- VIRGILI SORRIBES, F.: “Herederero forzoso y herederero voluntario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1945, pp. 479 y ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder*, Editorial Práctica de Derecho, 1998.
- VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Civitas, Madrid, 1986.
- WIEACKER: *Storia del diritto privato moderno*, traducción italiana de SANTORELLI, tomo I, Milán, 1980.
- YUNGANO Arturo, R.: *Manual teórico-práctico de Derecho Sucesorio*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1990.
- ZACHARIAE: *Le droit civile français*, tomo III, parágrafo 583, París, 1857.
- ZINNY, Mario Antonio: *Cesión de herencia*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario Honorario

En el número 71 de la Revista solicité no dictamen, sino una opinión fundamentada en Derecho. Ello a fin de que el opositor, de manera dis-tendida, expusiera la idea-ideas que sobre las cuestiones que planteé esti-mara adecuadas, aunque no se decidiera tajantemente por una solución, aunque no formulara una respuesta contundente, siempre con argumen-tación jurídica.

A diferencia del dictamen, la opinión exterioriza una idea, parecer, pensamiento que se plasma por escrito y que puede ir acompañado de otra idea o parecer que también –en el pensamiento del opinante– tiene razón, base, fundamento.

En el dictamen esa o esas ideas han de manifestarse para *decidirse* por la solución, la respuesta que el dictaminante considera la acertada, ade-cuada, ajustada al caso o supuesto fáctico planteado; y siempre, insisto, fundada en Derecho.

Al lado pero aparte, se da el caso –y así lo constato pues he recibido dos ya– en que se me envían estudios con bibliografía. No es eso. Las *x* horas que se dan proponiendo el dictamen son para *encerrarse* tranqui-lo y pensar-escribir sobre las cuestiones del dictamen durante esas *x* ho-ras. Con las leyes delante y sin que contengan comentarios. Lo que no sea así no es dictaminar para el ejercicio correspondiente de la oposición al título de Notario.

Y ahora emito mis opiniones acerca de lo que planteé.

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, destaca que “en materia de fusión se regula la absorción de una sociedad íntegramente participada (art. 49), la de una sociedad participada al 90 por 100 (o más, pero sin llegar al 100 por 100; art. 50) y también la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla, es decir, sin atribución de éstas a los socios de la sucesora (operación asimilada a la fusión, epígrafe de la sección 9.^a, que regula la figura de este *socio único* en el art. 53, que comienza diciendo: también constituye una fusión...)”.

Ante el planteamiento transcrito –con los añadidos relativos a los artículos citados y advirtiendo matices de redacción comparando la transcripción de la EM relativa a la operación asimilada a la fusión con lo que el art. 53 dice textualmente– voy a considerar las cuestiones respecto a las que he solicitado OPINIÓN fundada en Derecho, no todas ellas aludidas en dicha EM.

Primera. Acerca del o los supuestos en que una sociedad absorbente puede ser titular *de forma indirecta* de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad o sociedades absorbidas.

El artículo 49.1 de la Ley de ME se refiere tanto al caso de titularidad directa como indirecta. A esta última me concreto exclusivamente, para destacar:

1. El precepto exige cumplir en ambos casos determinados requisitos, dado que la sociedad absorbente es el socio único de la absorbida (nótese que no habla de “cuotas”, por lo que parece ceñir la aplicación normativa a las sociedades anónimas y limitadas); pero en su apartado 2, para el supuesto de participación *indirecta*, exige concretos requisitos (véanse).

2. *A sensu contrario*, respecto a lo que permite el artículo 51.1 cuando la absorbente es titular *directa* del 90 por 100 o más (con mayor motivo, cabe decir, si lo es del 100 por 100): no necesidad de aprobar la fusión la Junta de socios de la absorbente, siempre que..., sí que se necesita tal aprobación caso de titularidad *indirecta* (respecto a las absorbidas, en ninguno de los supuestos, por el art. 49.1.4.º).

3. Sí, pero, ¿cuándo hay titularidad *indirecta*? Sencillamente la hay, por ejemplo, cuando la sociedad A es titular de todas las acciones o participaciones sociales de la sociedad B, la que es titular de todas las de la

sociedad C. Si la sociedad C es absorbida por la sociedad A, estamos ante un supuesto fáctico al que se aplica lo anteriormente explicado.

Segunda. Fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por un mismo socio. Supuesto del artículo 52.1, primera parte o primer inciso.

1. Estamos ante sociedades que tienen el mismo padre, un padre común, por lo que las sociedades absorbidas –entre sí no participadas–, al estar totalmente dominadas por una misma sociedad, son sociedades *hermanas*.

2. El supuesto *indirecto*, más complejo, puede explicarse así: la sociedad A es socio único de la sociedad B, la que es socio único de las sociedades C y D. La sociedad D es socio único de la sociedad E y se fusionan C y E.

3. Es de aplicación el régimen abreviado del artículo 49: “En la medida que proceda”, dice el artículo 52.1, primera parte, con las matizaciones –caso de titularidad *indirecta*– del mismo artículo 52, apartado 2 (informe de expertos y en su caso el aumento de capital de la sociedad absorbente y...; es lo que dispone también el art. 49, apartado 2). ¿*Caleidoscopio* legal?

Tercera. Absorción de la sociedad que es titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente. Es la *fusión inversa* regulada por el artículo 52.1, segunda parte o inciso.

1. Estamos ante un claro supuesto de absorción de la sociedad matriz *por su* sociedad filial, de utilización en las reestructuraciones internas de los grupos de sociedades.

2. A ella le es de aplicación lo que dispone el precepto y que ya se ha expuesto al tratar del supuesto anterior, en este mismo precepto regulado, pero *supra*.

3. ¿No voy a poner un ejemplo de titularidad *indirecta* en el caso en estudio ahora? Helo aquí: la sociedad A es el socio único de la sociedad B y ésta a su vez es el socio único de la sociedad C. Y la sociedad A es absorbida por la sociedad C, su filial.

Así, breve y escuetamente, expongo *mis opiniones* acerca de los interrogantes que formulé: estamos ante una Ley, la de MESM, larga, reguladora hasta *casi* el agotamiento, que exige entenderla (como todas, pero dadas sus características, si se comprende, cabe sintetizar, exponer con cierta brevedad...). En ocasiones *atécnica* (“... al de las que ya *posean* la...”

dice el nuevo art. 75.2 de la Ley de SA, carente, como el ya citado art. 53, de precisión jurídica), pero en definitiva un ejemplo, creo que paradigmático, *para ir al grano*. Así, “indirecto”..., no se trata de “enrollarse con el negocio indirecto”, RUBINO. Aporte doctrinal: Lefebvre, ÁVILA NAVARRO, y desde diciembre 2009 yo mismo (Editorial Civitas).

Y ahora voy a solicitar DICTAMEN:

Primero. Alberto otorga testamento en el que instituye herederos a su tres hijos 1, 2 y 3, por partes iguales. Estando el hijo 2 ya declarado incapaz (subnormalidad profunda), lo sustituye –conforme al art. 776 del Código Civil– por sus hermanos, por partes iguales.

Fallece Alberto y ha poco ha fallecido también el hijo 2. Éste, además de los bienes procedentes de la herencia paterna, es propietario de una casa de campo que le donó su tío Sócrates, cuando el donatario era menor de edad, y aceptó la donación Alberto (entonces no había sido aún judicialmente declarado incapaz).

- 1 y 2 preguntan: ¿La sustitución ejemplar incluye el bien donado a nuestro hermano o sólo los bienes procedentes de nuestro padre Alberto?

Segundo. Roberto, casado con Estíbaliz, no tiene descendencia. En su testamento la instituye heredera universal (tampoco tiene ascendientes), facultándola para “disponer por actos *inter vivos* a título oneroso, con total libertad. En lo no dispuesto heredarán: su hermano Manuel y sus siete sobrinos, hijos de su difunto hermano Josué, éstos por stirpes”.

Fallecido el testador, Estíbaliz vende varios inmuebles heredados y en su testamento instituye heredera universal a su sobrina Carina.

Fallecida Estíbaliz, los fideicomisarios preguntan:

- ¿Tenemos derecho, además de a los bienes no dispuestos y que nuestra tía heredó de Roberto, a los bienes subrogados en el lugar de lo vendido, ya que buena parte del dinero... sigue en la herencia?

Tercero. Calixto, ante el testamento de su difunta esposa en el que: “Lega a su esposo Calixto la mitad indivisa del piso *x*, vivienda habitual de la familia, en pago de sus derechos legitimarios y en el remanente de la herencia instituye herederos, por partes iguales, a los dos hijos del matrimonio, Ana y Antón”, otorga él solo la escritura de liquidación y adjudicación de los gananciales y aceptación del legado.

En la escritura se adjudica en pago de su parte en los bienes gananciales la mitad indivisa del citado piso y respecto a la otra mitad indivisa acepta el legado dispuesto en su favor en el testamento de su esposa.

El registrador de la propiedad deniega la inscripción: “Por no ajustarse a la ley, ni la liquidación y adjudicación unilateral de bienes gananciales, ni la del legado, sin intervenir los herederos, ni contar con los legítimos para proteger sus derechos conforme a la ley y verificar la necesaria partición de herencia”.

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Cuarto. Los tres socios de la sociedad “Las tres Bes SA”, Sergio Bueno, Joaquín Bonito y Dimas Barato, acuerdan que “en ningún caso la sociedad se disolverá por acuerdo social mayoritario, requiriéndose la unanimidad de los tres socios, a pesar de que Dimas Barato es titular de muy pocas acciones. La causa de tal acuerdo es: el agradecimiento de los otros dos socios a la bonhomía del padre del socio minoritario al procurar que de empleados de la empresa de zapatería sean hoy los dos primeros, socios mayoritarios y administradores indistintos”.

El acuerdo, calificado de parasocial, se firma otorgándose escritura pública. A pesar de lo cual, convocada la Junta General conforme a la Ley de Sociedades Anónimas y a los estatutos sociales, se acuerda mayoritariamente, con el voto en contra del socio Dimas Barato, la disolución de la sociedad, abriéndose la liquidación.

El socio Dimas Barato alega lo pactado al margen del acuerdo social y pregunta:

- ¿Cabe impugnar el acuerdo social por violación del acuerdo parasocial que firmamos los tres socios ante notario?

- **DICTAMEN**, con tiempo de SEIS HORAS.

ACTUALIDAD JURÍDICA

EL SISTEMA JURÍDICO DE LOS PAÍSES NÓRDICOS (1)

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

SUMARIO: **1.** SOBRE LA OBRA RECENSIONADA. **2.** GENERALIDADES SOBRE EL SISTEMA JURÍDICO NÓRDICO O ESCANDINAVO. **3.** CONTINUIDAD HISTÓRICA Y CARÁCTER LEGISLATIVO DE SUS FUENTES JURÍDICAS: LEYES MEDIEVALES PROVINCIALES Y MUNICIPALES. **4.** REVISIÓN DE LOS TEXTOS MEDIEVALES: *DANSKE LOV*, *NORSKE LOV*, *JÓNSBÓK* Y *SVERIGES RIKES LAG*. **5.** MODERNAS REFORMAS INSPIRADAS POR EL ESTADO DEL BIENESTAR. **6.** COOPERACIÓN LEGISLATIVA NÓRDICA. **7.** EL VALOR DE LOS TRABAJOS LEGISLATIVOS EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES. **8.** LAS CONSTITUCIONES NÓRDICAS. **9.** LA FUNCIÓN DE LA DOCTRINA NÓRDICA: **A)** Los orígenes de la doctrina nórdica. **B)** El despertar de la ciencia jurídica nórdica en el siglo XVII. **C)** El jurista danés Ander Sandoe ØRSTED. **D)** El realismo jurídico escandinavo. **10.** LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES NÓRDICOS A LO LARGO DE LA HISTORIA. **11.** ¿SE RECONOCE AL PODER JUDICIAL EN ESCANDINAVIA? **12.** RASGOS DEL MODELO PROCESAL NÓRDICO. **13.** PAPEL QUE DESEMPEÑA LA ABOGACÍA NÓRDICA. **14.** A MODO DE CONCLUSIONES. **15.** INDICACIONES BIBLIOGRÁFICAS.

(1) Alexandro SIMONI, Filippo VALGUARNERA: *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, G. Giapichelli Editore (Torino, 2008), 145 pp.

1. ¿Qué conocemos hoy, los comparatistas españoles, de lo que convencionalmente podemos denominar *sistema jurídico escandinavo*? Aparte el recuerdo casi borrado de una sorprendente y excelente obra escrita en español hace más de medio siglo por el profesor TILANDER, un hispanista sueco, sobre Fueros españoles medievales, en la actualidad nuestro bagaje comunicativo se reduce casi exclusivamente a las, en general, breves indicaciones genéricas contenidas en las obras generales sobre Derecho comparado (2). Por ello ha de saludarse con agradecimiento la publicación de una obra italiana, concisamente redactada, en la que concurren singulares circunstancias que la revalorizan sobremanera. Está escrita en colaboración, y uno de sus coautores, el profesor SIMONI, desde 1980 ha estudiado el tema en sus idiomas originales, en diversos países nórdicos, mientras que, posteriormente, el profesor VALGUARNERA, con amplia experiencia anterior por su cuenta, se incorporó a la mencionada investigación; el resultado del trabajo en equipo ha sido que, en la obra que se recensiona, el primero de los autores ha redactado los capítulos I (Notas introductorias), II (Las fuentes legislativas y su evolución) y IV (Tribunales, jueces y procedimiento), y el segundo los capítulos III (Función de la doctrina) y V (Derecho privado y especificidades nórdicas: La propiedad).

2. Sobre el tema que tanto ha preocupado a muchos comparatistas no escandinavos acerca de cómo clasificar sistemáticamente los derechos de Suecia, Finlandia, Dinamarca, Groenlandia, Islas Feröe, Noruega e Islandia, piensa SIMONI que posee *escaso espesor científico*, y situándose en cierta postura relativista concluye que *caben variedad de respuestas partiendo de que pertenece al sistema romano-germánico, si bien no están codificados al modo euro-*

(2) Cfr. a título de ejemplo la información que sobre el derecho nórdico ofrecen algunos Manuales comparativos: en el antiguo Manual escolar de GRISOLI, *Corso di diritto privato comparato. Parte introduttiva* (Milano, 1962), el autor se limita a incluir el sistema escandinavo en un grupo intermedio entre el *Civil* y el *Common Law* (p. 67) sin más explicaciones, aunque más adelante, en el capítulo dedicado a la unificación regional del Derecho privado, dedica alguna extensión a exponer los esfuerzos de los países escandinavos en este terreno, que valora positivamente (pp. 266-270). El tratamiento doctrinal mejora notablemente en GAMBARO, en el volumen de GAMBARO y SACCO: *Sistemi giuridici comparati*, del *Trat. di Dir. Comparato* (dir. SACCO) (Torino, 1996), pues al exponer los principales sistemas del *Civil Law* dedica unas sustanciales páginas a la tradición de los países nórdicos (pp. 394-397). El estilo y contenido se mantiene en GALLO: *Grandi sistemi giuridici* (Torino, 1997), pp. 218-223, quien trae la novedad de dedicar un capítulo específico a *I Paesi dell'estremo nord europeo*, separando los (sub)-sistemas danés y sueco, y dedicando un apartado al realismo jurídico escandinavo. Apretada síntesis de las relaciones entre Alemania y los países escandinavos nos presentan Amalia DIURNI y HENRICH: *Percorsi europei di diritto privato e comparato* (Milano, 2006), pp. 35-38. Notable, por diversas razones, es la exposición sobre la familia jurídica nórdica de ZWEIGERT-KÖTZ: *Introducción al Derecho comparado* (trad. española de A. APARICIO VÁZQUEZ) (México, 1998), bajo el atrayente enunciado de *Pasado y presente del Derecho escandinavo*, en el que se profundiza en la historia y se encara ante los difíciles retos del presente, finalizando con una extensa bibliografía en diversos idiomas.

peo occidental y poseen ciertos desarrollos históricos similares al “Common Law”, aunque identificando siempre norma jurídica y norma legislativa.

A su juicio, y partiendo de que el idioma es un elemento unificante, cabe diferenciar la *familia oriental* (constituida por Suecia y Finlandia) y la *occidental* (representada por Dinamarca, Noruega e Islandia). Conviene recordar que hasta 1809 no existió como país independiente Finlandia, sino como provincia sueca, pasando luego a depender de Rusia en concepto de Gran Ducado, conservando no obstante su derecho propio. En 1917 se separa Finlandia y vuelve a su inicial incorporación a Suecia. Hasta 1814, Noruega también depende de Dinamarca, pero aquel país entra en unión personal (tratado de Kiel) con Suecia hasta 1905, respetándose igualmente su derecho propio. Sólo en 1944 Islandia se ha separado de Dinamarca, si bien sus juristas siguen formándose en este país. Groenlandia goza actualmente de amplia autonomía respecto de Dinamarca. Lingüísticamente, y al margen de las especialidades de Groenlandia e Islas Ferøe, se admiten oficialmente los siguientes cinco idiomas nacionales: danés, noruego (con dos variedades), sueco, islandés y finlandés. Desde el punto de vista morfosintáctico y lexical, entre personas de nivel cultural medio, el danés, noruego y sueco son idiomas sustancialmente intercomunicados; mientras que el islandés es una forma arcaica de las demás lenguas nórdicas, en tanto que el finlandés pertenece ya a otro grupo lingüístico; por otro lado, el danés y el sueco están ampliamente difundidos, respectivamente, en Islandia y Finlandia.

3. Juzgo sumamente esclarecedor para extranjeros, al objeto de penetrar en la entraña del sistema escandinavo, el capítulo II (3), en que se trata de las fuentes legislativas y su evolución. Con relación a la legislación medieval advierte SIMONI que *coincide con la “Common Law” en el alto grado de continuidad histórica de los ordenamientos que la expresan, de modo que aproximadamente a partir del siglo XI se produce una unificación que llega a nuestros días sin revoluciones, pero difiere en que la tradición jurídica no es resultado de la jurisprudencia, sino de la afirmación precoz de normas de carácter legislativo, si bien hay incertidumbres acerca de la naturaleza de tales fuentes en los períodos más antiguos* (4).

Así se consideran textos legales en sentido amplio las siguientes *leyes provinciales (Landscapslagar)*:

Gulatinglag, de la costa suroccidental de Noruega.

Skanelag, de Suecia meridional o Scania.

Göotalagar, o *Leyes de los godos*.

Svealagar, o *Leyes de Sveani*.

(3) SIMONI etc.: *op. cit.*, pp. 5-37.

(4) SIMONI etc.: *op. cit.*, p. 5.

Describir el contenido normal de estas leyes provinciales permite valorar mejor su naturaleza: Suelen iniciarse con una regla de carácter general con función introductoria y, a continuación, se desarrollan reglas de carácter constitucional (por ej., las relaciones con el Rey y con la Iglesia), privado (por ej., sobre sucesiones), penal y procedimental. Se mezclan, por tanto, las reglas de lo que hoy consideramos derecho público y privado.

Existen también *leyes municipales* (**Stadlagar**), especialmente en ciudades comerciales, citándose como ejemplo la **Visby Stadlag**, vigente en la ciudad de Visby (ciudad hanseática), de la isla de Gotland.

Desde mediados del siglo XIII, los reyes intervienen para ratificar o confirmar las leyes provinciales, y por esta vía se llegan a redactar textos unificados para cada uno de los reinos nórdicos. Así sucede en Dinamarca en 1241, Noruega en 1274, Islandia en 1281 y, sobre todo, en Suecia hacia 1350, en tiempos de Magnus Ericson, con dos textos importantes: la Ley general para el campo y la Ley general para la ciudad, si bien –como se advierte–, la unificación legislativa no resulta total. Todavía durante los siglos XVII y XVIII hay intentos de unificar los textos medievales en materia judicial.

4. Los daneses fueron los primeros en lograr la revisión de sus textos medievales con la promulgación del **Danske Lov** por el rey Cristian V en 1683, seguida de una similar versión para Noruega en 1687 (**Norske Lov**), en el contexto de la monarquía absoluta instaurada por Federico III en 1660; los objetivos principales de la revisión eran los de eliminar del ordenamiento las normas incompatibles con el nuevo régimen, realizar la unificación jurídica del reino y potenciar tanto la organización judicial como el sistema procesal, al tiempo que redactar una completa recopilación del Derecho vigente partiendo del material legislativo ya existente. Concluye SIMONI que los redactores del **Danske Lov** erigieron el nuevo edificio sobre los fundamentos de la vieja legislación (5). Discute la doctrina nórdica si estamos en presencia de una recopilación o de una verdadera codificación. Aparte de la dificultad de trasladar estrictamente estos conceptos a aquella época, es lo cierto que, en general, no supone un punto de ruptura o de cambio radical en la evolución del ordenamiento, y por ello ha asegurado a la legislación danesa una continuidad con los textos más antiguos del siglo XIII. Autores contemporáneos hablaron del *Corpus Iuris Danici*, pero ello no debe hacer suponer una influencia de la tradición jurídica continental; con todo, no cabe afirmar que sus redactores hayan ignorado las fuentes romanas y extranjeras en general, especialmente en materia sucesoria. Influyó en su carácter conservador el escasísimo nivel de desarrollo de la ciencia jurídica danesa al tiempo de la promulgación de aquél (anecdóticamente se dice que uno de sus redactores más prestigiosos, Rasmus Vinding, magistrado del Tribunal Supremo, carecía de toda formación jurídica académica). Los redactores del **Danske Lov** se

(5) SIMONI etc.: *op. cit.*, p. 9.

vieron obligados a *reutilizar* el material legislativo del siglo XIII sin, ni siquiera, aprovecharse de los resultados obtenidos por la jurisprudencia. Por ello ha sido considerado como una auténtica ventana abierta sobre la sociedad que lo ha producido, la cual se encuentra reflejada perfectamente en el texto normativo [así el libro 3.º describe una rígida división de la sociedad (aristocracia, burguesía y campesinado), junto a la cual aparecen gran número de grupos sociales (funcionarios estatales, de la Administración local, artesanos, siervos, etcétera)]. A juicio de SIMONI (6), este texto, todavía en vigor en su estructura básica, debe su longevidad al crecimiento cuantitativo y cualitativo de la doctrina danesa del siglo XVII, bajo la influencia del jusnaturalismo (protestante) que ha permitido superar sus lagunas con una libre exégesis que se ha transmitido a la práctica. Estilísticamente, el **Danske lov** es prevalentemente casuístico, aunque no falten cláusulas generales (por ej., la obligación de cumplir las promesas y acuerdos, tanto escritos como orales); redactado en danés, no faltan germanismos y latinismos. Este texto no careció de alguna trascendencia internacional, pues, de un lado, el país había sido derrotado en su guerra con Suecia y precisaba apuntalar su prestigio, y por otro representa la primera tentativa de una monarquía absoluta por forjarse un texto normativo tendencialmente completo, apareciendo mencionado más tarde en los trabajos preparatorios de Prusia, Rusia y Polonia. Para Jeremías BENTHAM, *A General View of Complete Code of Laws* –quien probablemente utilizó la versión latina del texto danés–, después de describir sus numerosos defectos técnicos, concluye *it is, however, the least incomplete of all codes* (7).

En Islandia, su principal texto legislativo, el **Jónsbók**, databa de 1281 y fue sucesivamente modificado en aspectos secundarios, pero en 1662 se pasaron todos los poderes legislativos de su Parlamento al soberano danés, quien, sin embargo, fracasó inicialmente en sus intentos de modificar aquél, sea con base en la legislación danesa o en la noruega; por último, en 1838 fueron objeto de recepción las disposiciones del **Danske Lov** y las leyes especiales en materia penal, aunque sobrevivieron hasta el siglo XX ciertas disposiciones del **Jónsbók**.

En Suecia, la revisión de los textos medievales se logra en 1734, después de medio siglo de *iter* legislativo, con la promulgación del **Sveriges Rikes Lag**, vigente también en Finlandia. La doctrina ha discutido sobre su naturaleza, no faltando autores contemporáneos que defendieron la idea de que representa una teoría general del derecho académica y fuertemente influida por

(6) SIMONI etc.: *op. cit.*, p. 10.

(7) “La incompletud del **Danske Lov** es particularmente evidente en algunos sectores que en los códigos continentales ocupan posiciones neurálgicas. El texto normativo danés no contiene disposiciones sobre el dolo en los contratos, ni contemplaba un principio general en materia de responsabilidad aquiliana [...]. Ha sido la jurisprudencia a partir del siglo XVII la que ha reelaborado y reordenado los principios cardinales de la responsabilidad civil” (La cita literal es de SIMONI: *op. cit.*, p. 11).

PUFFENDORF, reputándolo incluso precursor del CC de Napoleón. Parece, sin embargo, más razonable calificarlo de texto conservador y continuista, tal como resulta de las instrucciones del rey Carlos XI, que ordenó su redacción: “La ley debe ser revisada, mejorada y ordenada conforme a la lengua sueca, ahora en uso. Debe excluirse lo que sea inútil, e introducido cuanto hayan cambiado los reyes, el parlamento o la antigua y razonable costumbre de la nación” (8). El **Rikes Lag** es, con todo, un texto atípico para el jurista continental precisamente por sus permanentes raíces medievales, reflejadas en la sistemática, que retoma de los dos cuerpos legales preexistentes; pero el nuevo texto unifica la bipartición derecho rural-derecho urbano, aplicándolo a todo el territorio sueco, manteniendo, no obstante, la dualidad de tribunales unificados hasta más tarde. Promulgado en 1734, el texto entró en vigor dos años más tarde y aparece dividido en nueve partes (*balkar*) autónomas: matrimonio, sucesiones, derecho de la tierra, íd. de las edificaciones, comercio, delitos, penas, ejecución civil y proceso. En cuanto a su contenido, se opta por la legislación urbana para la materia comercial y por la rústica para la propiedad inmobiliaria. Este texto legal recoge, además, las soluciones jurisprudenciales elaboradas a partir de 1614 por el Tribunal central y, precisamente, por esta vía se introdujeron algunas soluciones romanas parangonables con las del continente en mayor número que en el **Danske Lov** (9). Tanto el texto sueco como el danés poseen carácter casuístico, aunque el número de casos no sea excesivo, y no favorecen ni la sistemática ni la capacidad de abstraer, pero sí la concreción en la descripción de los hechos a los que se vincula la producción de efectos jurídicos y el modo incisivo de su regulación mediante frases concisas y, con frecuencia, lapidarias. El idioma utilizado es conscientemente arcaico en la medida necesaria para causar respeto sin incurrir en falta de comprensión, y las disposiciones se proponen no dejar dudas sobre las consecuencias jurídicas derivadas del supuesto de hecho descrito; simultáneamente, fuera de la casuística, el intérprete queda, por expresarlo así, a oscuras al no existir cláusulas generales, ya que presupone que el juez desarrolla una actividad integradora *según su conciencia y saber*. En definitiva, el **Rikes Lag** suministra un vivo fresco de la sociedad que trataba de regular, basada en una rígida estructura fundamentada en el *status*, predominantemente rural y animada por un fuerte sentimiento religioso.

A modo de resumen dice el autor que los cuerpos legislativos nordeuropeos de los siglos XVI y XVII, y en particular el texto sueco, adquirieron gran prestigio incluso fuera del ámbito jurídico, acabando por ser considerados como respectivos símbolos de la cultura nacional, factor que les permitió estar en contacto con el movimiento codificador europeo, aunque sin llegar a ser alcanzados y transformados por él. Con todo, las mismas razones que

(8) La cita literal es de SIMONI: *op. cit.*, p. 13.

(9) Por ejemplo, los conceptos de equidad y buena fe.

contribuyeron al prestigio de los mismos constituyen su propia debilidad. Su excesiva correspondencia con la realidad de su tiempo y la escasez de cláusulas generales no les permitieron una fácil adaptabilidad al cambio de sus circunstancias. Como ocurrió con el *Landesrecht* prusiano, también el **Rilkes Lag** y el **Danske Lov** fueron meras imágenes de unas sociedades que estaban a punto de cambiar su estructura social y política (10).

5. Avanzando en su exposición histórica –que sólo pretende fijar las líneas generales–, dice el autor que las grandes reformas realizadas en el ámbito del *estado social avanzado* de los años setenta del pasado siglo han venido a confirmar definitivamente la centralidad de la legislación en el escenario cultural de los ordenamientos nórdicos. Con todo, aunque esto les aproxima sin lugar a dudas a la tradición del *Civil Law* más que a la del *Common Law*, no conviene desvalorizar las particularidades que el material legislativo nórdico mantiene frente al que habitualmente manejan los juristas continentales. La estructura de los denominados *códigos escandinavos* difiere en gran medida de la de los códigos europeos más famosos del siglo XIX. La distribución en partes (*balkar*) del *Rilkes Lag* sueco y el contenido de cada uno de ellos resultan poco familiares al lector proveniente de la tradición franco-alemana; su carácter simbólico se confirma por el hecho de que el legislador sueco ha añadido un nuevo *balkar* dedicado al ambiente (*miljöbalk*). Por otra parte, aunque estos textos legales nunca han sido expresamente derogados, muy poco del texto original sigue en vigor y lo que permanece vigente posee escasa importancia práctica. A lo largo de los años, la mayor parte ha sido objeto de modificación y reformas importantes han tenido lugar al margen de los mismos. Por ello, concluye SIMONI (11), *la comprensión de la peculiaridad de la legislación nórdica debe efectuarse a partir del examen de los materiales modernos*. Es de observar que la reciente legislación nórdica es de notable calidad lingüística, estando, por otra parte, más cercana de la lengua usual que la distancia que suele darse en los países del *Civil Law* o del *Common Law*. Son frecuentes las referencias normativas a la *razonabilidad*, pero advierte SIMONI que ello no significa automáticamente atribución de facultades discrecionales al juez, ni tampoco reconocimiento de un papel decisivo al mismo.

6. La cooperación legislativa nórdica (12).

Hasta mediados del siglo XIX y pese a las afinidades culturales entre los países que forman el grupo, las reformas legislativas en estos países se reali-

(10) SIMONI: *op. cit.*, p. 15.

(11) *Ibidem*.

(12) SIMONI: (pp. 16-20) sintetiza acertadamente el presente y futuro de esta modalidad de cooperación legislativa entre los países nórdicos, en la que está influyendo, sin duda, el hecho de que no todos ellos han ingresado, hasta ahora, en la UE.

zaron de modo recíprocamente autónomo, y los debates doctrinales correspondientes no se caracterizaban por un elevado grado de permeabilidad fuera de las fronteras nacionales. Así, las dos tradiciones, por un lado sueca y finesa y, por otro, danesa y noruega, permanecieron tendencialmente separadas pese a sus evidentes rasgos comunes. Pero a partir de la aparición del movimiento de ideas denominado *escandinavismo* se iniciaron en 1872 los denominados Encuentros Nórdicos de Juristas (*Nordiska Juristmöte*) (13) que, a ejemplo de los *Juristentage* alemanes, reunían cada tres años a juristas teóricos y prácticos para discutir problemas de interés común, con particular atención a aquellas áreas en las que se advertía la necesidad de introducir reformas. En la primera reunión se adoptó una resolución formal sobre la oportunidad de una legislación uniforme en materia de letra de cambio. Luego se trataron otros temas civiles y mercantiles, llegándose a crear un clima de colaboración muy intensa en los procesos de reforma, aunque sin llegar a crear una estructura *ad hoc*, ni tampoco a la firma de tratados internacionales; sustancialmente la armonización se ha logrado a través de una mera colaboración entre las cancillerías y la coordinación de las comisiones gubernativas encargadas de redactar en cada uno de los países los trabajos preparatorios y los borradores de los textos que ulteriormente se sometían a los respectivos parlamentos.

Se ha alcanzado un elevado grado de uniformidad desde la promulgación en 1880 de la Ley sobre letra de cambio, pasando por el derecho de autor, propiedad industrial y prescripción. Entre 1905 y 1907 se promulgaron *leyes armonizadas* entre Suecia, Dinamarca y Noruega sobre venta de muebles, y durante la Primera Guerra Mundial, las relativas a la comisión y agencia mercantiles, la venta a plazos y, sobre todo, sobre *el contrato y los demás negocios jurídicos en el ámbito patrimonial*, publicadas sucesivamente en Suecia (1915), Dinamarca (1917), y con título parcialmente diverso en Noruega (1918).

Aunque estas leyes comportan una clara modernización del Derecho civil nórdico, no supusieron la desaparición de toda peculiaridad de la tradición jurídica del área. Se trataba de leyes externas al *corpus* de los textos nórdi-

(13) Narra VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 54, que la iniciativa de estos encuentros se debió al sueco Eric Josías SPARRE, quien aprovechó la celebración en 1872 de la Exposición Industrial Nórdica, participando en aquéllos más de cuatrocientos juristas. La idea de dotar de una estructura estable y formal a la colaboración entre los juristas nórdicos se inserta en un movimiento mucho más amplio que trató de descubrir las raíces culturales comunes a estos países, y que desembocó en el llamado *escandinavismo* que por presiones populares adquirió tintes políticos con motivo del conflicto entre Dinamarca y Prusia de 1863, que condujo a su fracaso, ya que ni Suecia, ni Noruega acudieron en ayuda de aquélla. Delimitado el alcance del movimiento, sus logros se obtuvieron en el campo de la gramática, para facilitar la mejor comprensión recíproca, e incluso una unión monetaria nórdica; todo ello fue acompañada de la cooperación jurídica cuyos frutos se describen en el texto y se amplían en aspectos concretos en VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 55.

cos clásicos, y por ello no eliminaban la centralidad simbólica de éstos. Ciertamente cabía observar influencias de la doctrina alemana y de las codificaciones principales del área germánica, así como del Código de Comercio francés. Sin embargo, el material extranjero era filtrado y reordenado según criterios pragmáticos, ajenos al extremo formalismo de la dogmática. Después de la Primera Guerra Mundial la cooperación nórdica se amplió a otros ámbitos, como el Derecho de sociedades y del contrato de seguro, los títulos de crédito y una parte importante del Derecho de Familia. En este momento interviene Finlandia como país independiente, logrando así que se supere el retraso legislativo que aquejaba a este país con la Ley de 1929 sobre los negocios jurídicos en materia matrimonial, o acudiendo a la técnica llamada de *ade-cuación sumergida* utilizada por los tribunales fineses, los cuales, pese a la ausencia de una base nacional, aplicaron las leyes nórdicas en materia de compraventa. La cooperación sobrevive a la Segunda Guerra Mundial, alcanzando áreas todavía no tocadas por la modernización, como ocurre con la culpa extracontractual, que requirió prolongadas reuniones de las Comisiones de cooperación, lográndose que Suecia promulgase la Ley de 1972.

La última fase de la evolución legislativa nórdica, iniciada a partir de los años setenta del siglo pasado, aparece relacionada con el modelo del *welfare state*, que han convertido a los ordenamientos nórdicos en una especie de *laboratorio social* de Europa, en materia de protección del consumidor, asistencia social a los desfavorecidos, uniones de hecho y protección de los trabajadores. Las actuales dificultades económicas mundiales están obligando a revisar dicho modelo, si bien SIMONI opina que, con todo, dicho modelo merecería mayor atención que el que la prestan actualmente por parte de los estudiosos extranjeros (14).

7. El valor de los trabajos preparatorios en el sistema de las fuentes.

Para SIMONI resulta significativo que la publicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sueco, realizada por el editor Norsted a partir de mediados del siglo XIX, en una colección denominada *Nuevo Archivo Jurídico*, se ve duplicada por otra colección con idéntico nombre, que acoge los trabajos legislativos preparatorios de las leyes promulgadas cada año; se trata, por cierto, del ejemplo opuesto a lo que ocurre en los países del *Common Law*. Se ignora el origen exacto de aquella actitud nórdica. Se trata de uno de los *datos ocultos* respecto de los cuales los juristas nacionales apenas han investigado; carece de una base normativa y tampoco es una laguna que llene la doctrina o la jurisprudencia. En la descripción de la jerarquía de las fuentes nunca se llega a afirmar que el juez está vinculado por tales trabajos preparatorios. Parece que todo ello tiene relación con el nuevo modo de legislar, desarrollado a partir de los años sesenta y setenta del siglo pasado; en efecto se habla del *doble nivel* en que podrían encontrarse las nuevas normas; o

(14) SIMONI: *op. cit.*, pp. 19 y 20.

bien en el desarrollo del texto legal, o bien en los trabajos preparatorios, sin afectar en ningún caso a su efectividad. Así ha ocurrido que la flexibilidad en su modulación ha sido ampliamente utilizada por el legislador nórdico; la opción técnica consistía en dejar al texto legal la formulación de los principios sustanciales, mientras que en los trabajos preparatorios se daba una regulación más puntual. Así, concluye SIMONI (15) que las cláusulas de *razonabilidad* contenidas en los artículos de una ley pueden resultar, al menos en parte, engañosas para el observador extranjero.

Para explicar el hecho de que, durante mucho tiempo, el considerar los trabajos preparatorios como fuentes de rango sustancialmente legislativo, debido a que se trataba de uno de los *datos sistemológicos, implícitos u ocultos*, en los que los juristas del área entendían que no debían entretenerse mucho tiempo, el autor dice que ha venido a constituir una praxis del trabajo constantemente seguida, pero no razonada a fondo. Deben considerarse otros factores, como la escasa población (16), lo que redundaba en el reducido número de sus juristas. [Hasta hace pocos años, Suecia sólo contaba con tres Facultades de Derecho (Uppsala, Lund, Estocolmo), con un cuerpo docente muy reducido.] La tradición nórdica de preparación de nuevas leyes prevé la designación previa de comisiones gubernativas de carácter técnico-jurídico, las cuales, siguiendo ciertas directivas (se supone que del Gobierno) redactan el proyecto de ley (¿mejor, anteproyecto?) acompañado por un informe o dictamen, bien ponderado (en Suecia se denomina *betänkande*, y es objeto de publicación, como se ha dicho ya), en el que se examina el estado del derecho actual y las razones que aconsejan su reforma. Tales informes, por su exhaustividad, con frecuencia vienen a representar puntos clásicos de referencias del debate jurídico, cumpliendo así la función que en otros países desarrollan manuales y monografías; con frecuencia, los juristas más cualificados forman parte de tales comisiones. El informe de la comisión se somete a consulta de las Facultades de Derecho, Tribunales Superiores, sindicatos, asociaciones, etc., y el proyecto de ley gubernamental tiene en cuenta, a veces, tales opiniones, y se acompaña asimismo de amplio informe en el que se razonan, en su caso, los cambios de orientación adoptados respecto al proyecto de la comisión. Ya se comprende que son muy raras las enmiendas introducidas en el trámite parlamentario, así como las leyes de iniciativa individual.

Las disposiciones contenidas en el proyecto de ley gubernativo, especialmente si coinciden con el informe de la comisión previa, poseen una doble

(15) SIMONI: *op. cit.*, p. 22.

(16) Sin referirse al año a que se refieren, y omitiendo la población de Islas Feröe y Groenlandia, se dan las siguientes cifras de población:

Suecia: 8.500.000 habitantes;

Dinamarca y Finlandia: 5.000.000;

Noruega: 4.200.000;

Islandia: 270.000.

legitimidad, la democrática, al ser aprobadas por el Parlamento, y la científica o doctrinal, al estar redactadas con asistencia muy cualificada de autores que permiten ilustrar las motivaciones de las opciones legislativas adoptadas.

Con todo, la fuerza de los trabajos preparatorios como fuente del derecho empieza, sin embargo, a entrar en crisis, por varias razones, no siempre fácilmente identificables. Por un lado, la social-democracia ha perdido el monopolio del gobierno que tuvo últimamente, y con ello ha surgido la duda sobre la legitimidad democrática de una norma que no está expresamente contenida en el texto aprobado, sino en el proyecto del gobierno. De otro, el ingreso de Suecia y Finlandia en la UE en 1995 ha puesto sobre la mesa la cuestión de la interpretación del *acquis communautaire*, para lo cual –aparte de la presencia previa de Dinamarca– los trabajos preparatorios tienen menor peso en la legislación comunitaria que entre los países nórdicos.

8. Las Constituciones nórdicas.

En cuanto a los aspectos constitucionales, la familia nórdica ofrece algunos caracteres comunes: los mecanismos de *judicial review* están adoptados, aunque con gran parsimonia; no existen Tribunales Constitucionales específicos; los derechos individuales juegan un papel relativamente débil; existe un fuerte respeto por la voluntad del legislador, mientras que las leyes constitucionales poseen un *status* superior y, en general, se mantiene una neta y rígida distinción entre el derecho público y el privado.

Subsiste en esta materia la división entre las dos subfamilias nórdicas, pues al menos hasta el año 2000, en la occidental (Dinamarca y Noruega), la Constitución era un documento único, mientras que en Suecia y Finlandia había pluralidad de textos constitucionales; pero a partir de aquella fecha, en este último país, el nuevo texto sustituye a todos los anteriores. En la subfamilia occidental, la Constitución desempeña, por otro lado, un papel fuertemente simbólico, mientras que en la oriental prevalece una mentalidad pragmática, todo lo cual influye en el control de constitucionalidad de las leyes. Ello se debe a razones históricas que aquí no expondré (17).

Aunque todos los países nórdicos disponen de Constituciones rígidas, el control judicial de la constitucionalidad de la actividad del legislador ordinario ha sido poco incisivo hasta nuestros días. La postura más atrasada corresponde a Suecia y Finlandia. En Suecia, el control de constitucionalidad se rige por una norma introducida en 1979 en la Ley sobre Forma de Gobierno de 1974, según la cual “si un Tribunal u otro órgano público advierten que una norma está en conflicto con la Constitución o con otra ley equiparada [...] tal norma puede dejar de ser aplicada”, pero se añade a continuación que cuando la norma proviene del Gobierno o del Parlamento, esa *inaplicación* sólo procede *cuando el vicio es patente*. El resultado práctico es que los Tri-

(17) Las explica minuciosamente SIMONI: *op. cit.*, pp. 26-30.

bunales suecos se muestran extremadamente cautos y pocas veces declaran la inconstitucionalidad de una ley, mientras que son más frecuentes cuando se trata de reglamentos. A juicio de SIMONI (18), la prudente postura de los Tribunales suecos se debe, en parte, al principio institucional que asigna al Parlamento un papel de preeminencia, en parte a la mentalidad burocrática de los jueces que, a menudo, se ven a sí mismos como meros ejecutores de la voluntad del legislador, y por último, en parte también a la difusa desconfianza, arraigada sobre todo con los gobiernos social-democráticos que ven al poder judicial como privado de legitimidad democrática. En Finlandia, hasta el año 2000, el control de constitucionalidad no estaba concedido a los Tribunales, sino a una especial Comisión parlamentaria que lo ejercitaba en vía preventiva y abstracta. Pero la reforma del año 2000 ha introducido el modelo sueco autorizando a los Tribunales a inaplicar las leyes manifiestamente inconstitucionales, conservando, no obstante, las facultades de la Comisión Constitucional, cuya actuación se caracteriza por su imparcialidad, al margen de las diarias batallas parlamentarias, y a la atención con que se hace eco de las opiniones de los constitucionalistas académicos. Aquella reforma ha puesto límites a la aplicación de las llamadas leyes de excepción, dirigidas principalmente a actuar políticas económicas.

Distinto es el sistema sobre el control de constitucionalidad que se aplica en Noruega y Dinamarca, en donde, pese a la ausencia de normas explícitas que lo autoricen, no se discute el poder de los Tribunales de inaplicar normas anticonstitucionales y sin necesidad de graduar el alcance del contraste. Para Noruega, el inicio fue dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 1854 y ratificadas en 1866, precedidas de un intenso debate político y doctrinal, y que representan para el autor el primer ejemplo europeo de *judicial review* (19). Las posibles dudas han sido definitivamente resueltas en 1976 en el caso Klofta (relativo al justiprecio por expropiación de terrenos, que el art. 105 de la Constitución califica de *indemnización plena*, mientras que, en el caso, la Administración había fijado un valor inferior al de mercado). También en Dinamarca ha sido la jurisprudencia, y no una expresa disposición normativa, la que ha atribuido a los Tribunales el control de constitucionalidad, aunque en este país parece que se hace escaso uso de tal facultad; el caso Tvind de 1998 (negativa por parte de la Administración de subvencionar a escuelas privadas so pretexto de incumplir las finalidades de tales ayudas) supone, más bien, un cierto activismo judicial en este campo.

Conexo con el tema de la inconstitucionalidad de las leyes es el de la tutela de los derechos fundamentales de la persona, a la que dedican escasa atención las Constituciones nórdicas, ya que se consideran éstas más bien como instrumento de organización política que como baluarte de la defensa

(18) SIMONI: *op. cit.*, p. 30.

(19) SIMONI: *op. cit.*, p. 32.

de los derechos individuales. En vía primaria, la protección de los derechos humanos se ha confiado a los Tratados internacionales (especialmente a la Convención europea de 1950). Inicialmente ha supuesto alguna dificultad el carácter dual de los sistemas nórdicos, ya que en ellos las disposiciones de los Tratados internacionales no entran automáticamente a formar parte del ordenamiento interno, sino que deben ser incorporadas mediante un acto expreso del legislador (20).

9. La función de la doctrina nórdica.

Este capítulo ha sido desarrollado con amplitud (21) por el otro coautor de la obra, con arreglo al siguiente esquema que utilizaré a continuación:

- A) Los orígenes de la doctrina nórdica.
- B) El despertar de la ciencia jurídica nórdica en el siglo XVII.
- C) El jurista danés Anders Sandoe ØRSTED (1778-1860).
- D) El realismo jurídico escandinavo.

Entiende VALGUARNERA que uno de los puntos cruciales de la experiencia jurídica nórdica está constituido por las complejas relaciones con la tradición romano-germánica. Aunque son varios los factores que han contribuido en los países nórdicos a sufrir la influencia del Derecho romano sin llegar a ser absorbidos por el *ius commune*, logrando conservar su propia especificidad cultural, aparece como uno de los factores de mayor peso el hecho de la evolución de la doctrina jurídica nórdica y de la enseñanza en las Facultades de Derecho en las diversas épocas históricas. Propiamente hablando, sólo puede hablarse de una doctrina jurídica escandinava a partir de la mitad del siglo XVIII, cuando por razones históricas se revaloriza su común origen cultural, si bien cabe utilizar la expresión en sentido amplio.

A) Los primeros contactos entre los reinos nórdicos y la experiencia jurídica académica continental se remontan al siglo XIII, cuando con la llegada del Cristianismo y la consolidación del poder de la Iglesia se abren las puertas al Derecho canónico (así, MALMSTRÖM y TAMM). Se constata en esa época una relativamente numerosa presencia de estudiantes escandinavos en las Universidades del continente, entre las cuales, Bolonia, París, Orleans y Montpellier, y a partir del siglo XIV también en las Universidades alemanas; de notar es que las primeras Universidades nórdicas se fundan a partir de la segunda mitad del siglo XV (así, Uppsala en 1477 y Copenhague en 1479). A primera vista parece que se hubiera aquí reproducido lo ocurrido en el resto de las Universidades continentales, a saber, la imitación del modelo romani-

(20) El tema se desarrolla con amplitud (*op. cit.*, pp. 33-37), pero aquí se omite su exposición por su escaso interés para el comparatista español.

(21) VALGUARNERA: *op. cit.*, pp. 39-55.

zante. Pero intervinieron otros factores tales como las relaciones entre la Universidad y los prácticos del Derecho; así, mientras en el continente los juristas prácticos actuaban de *correas de transmisión* entre los juristas académicos y el derecho viviente, en los países nórdicos la enseñanza se concentraba en el Derecho canónico, que se consideraba poco menos que un apéndice de los estudios teológicos (MODEÉR), y no un instrumento útil para los funcionarios judiciales y administrativos; la ausencia de un amplio grupo de estos últimos educados en la Universidad impidió que las soluciones romanistas pudieran influir decisivamente en la tradición jurídica escandinava. Otra consecuencia fue la escasa calidad de la elaboración jurídica académica y la casi ausencia de una literatura propiamente jurídica hasta el siglo XVII. La situación se agravó en 1530 con la adhesión de los reinos escandinavos a la Reforma luterana, que supuso inicialmente el cierre de las Universidades [Uppsala tardó más de un siglo en reabrirse, y Copenhague, aunque reabrió en el mismo año, se dedicó a la enseñanza del clero reformado, suprimió la enseñanza del Derecho canónico de la Iglesia católica, sustituido por el Derecho romano, y la Facultad de Derecho se dotó con una única cátedra (22)].

B) Si hasta el siglo XVI las vicisitudes de la ciencia jurídica danesa y sueca pueden tratarse conjuntamente sin grave perjuicio, el siglo sucesivo se caracterizó por el notable despertar de los juristas suecos bajo el impulso de la *laicización* de los estudios jurídicos impulsado por sus reyes; en efecto, éstos cesan de constituir un apéndice de los estudios teológicos para convertirse en un instrumento de formación de los funcionarios del reino (MALMS-TRÖM), y representa el primer paso de la carrera de la Administración pública. Se reabre la Universidad de Uppsala, y se fundan la de Åbo en Finlandia, Lund y Dorpat (hoy Tartu, en Estonia). El nuevo clima cultural, ayudado por el protagonismo político de Suecia en Europa, se acompañó de una amplia apertura hacia las ideas y escuelas de pensamiento europeo, sobre todo alemanes, y por el hábito ampliamente difundido de integrar la formación recibida en el propio país con un período de estudios en una Universidad del continente. Adquirió gran predicamento el jusnaturalismo hasta el punto de que la Universidad de Lund creara una cátedra de Derecho Natural a Samuel Von PUFENDORF (1632-1694), publicándose en ella su obra más importante (23). Los contactos con la experiencia jurídica europea acrecentaron la

(22) El autor cita un ejemplo de lo que considera *marginalidad de la ciencia jurídica* en la persona del teólogo luterano sueco Olavus Petri (aprox., 1490-1552), como autor de unas *Reglas para los jueces (domarregler)*, de carácter ético y de notable importancia práctica, pues llegó a usarse hasta finales del siglo XIX, logrando notable fama de jurista, pero que, en realidad, carecía de toda formación académica, pues se había limitado a trabajar en la Administración ciudadana de Estocolmo.

(23) *De iure naturae et gentium, libri octo.*

influencia práctica del Derecho romano a través del *Usus Modernus Pandectarum*, que empezó a ser utilizado por los juristas suecos para integrar las lagunas del Derecho propio, mediante los magistrados que ocupaban los Tribunales superiores. Conducta opuesta a la práctica danesa, pues los Tribunales superiores estaban desempeñados por miembros de la nobleza que aplicaban el Derecho local, y se oponían a introducir conceptos jurídicos extranjeros. Pero esta apertura hacia las ideas europeas no supuso una importación del modelo romano-germánico, sino que se acompañó de una *nacionalización de los estudios jurídicos*. En los Estatutos de la Universidad de Uppsala de 1620, junto a la cátedra de Derecho romano, se implantó otra de Derecho sueco. Un interesante dato metodológico aporta MALSMSTRÖM: el profesor de Derecho sueco no se limitaba a una exposición de su derecho nacional, sino que lo confrontaba con el Derecho romano (¿precoz ejemplo de Derecho comparado?). El interés por el estudio del Derecho nacional era coherente, por un lado, con la voluntad del monarca de convertir a la Universidad en instrumento para la formación de funcionarios administrativos, y, de otro, seguía las tendencias manifestadas en otros países (así, GROCIO con su *Manual de Introducción al Derecho holandés*, y CONRING, *De origine iuris germanici*, en Alemania); a lo cual debe añadirse el dato cultural de que en el siglo XVII se difundió entre los intelectuales suecos la idea romántica de que el país era heredero de un pasado glorioso que debía transmitirse a las generaciones futuras (24). En este proyecto cultural entró la ciencia jurídica, que tenía a su favor el dato de haber sabido conservar desde el siglo XII la experiencia jurídica sueca. Caben mencionar las siguientes obras significativas: STIERNÖÖK, *De jure sveonum et gotorum vetusto*; LUNDIUS, *Zamolxis primus Getarum legislator* (1687), y LOCCENIUS, *Synopsis juris ad leges Sueticas accomodata*, notable por ser la primera exposición sistemática del Derecho nacional.

A modo de resumen de lo expuesto dice el autor que “la ciencia jurídica sueca entre los siglos XVII y XVIII se caracteriza por tres componentes culturales: el redescubrimiento del Derecho nacional, las influencias del Derecho natural –sobre todo en su versión wolffiana–, y las del Derecho romano, al que la mayor parte de los juristas académicos suecos reconocían un papel al menos auxiliar” (25).

Actitud singular fue, no obstante, la adoptada por David NEHRMAN-EHRENSTRALE (1695-1769), quien frecuentó diversas universidades holandesas y alemanas, siendo influido por THOMASIIUS, quien había criticado áspera-

(24) Se mencionan a los hermanos Johannes y Olaus MAGNUS y, sobre todo, a Olof RUDBECK, que defendió la opinión de que Suecia era, en realidad, la desaparecida Atlántida, cuna de todas las demás civilizaciones.

(25) VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 45. El autor discrepa de la opinión de ZWEIGERT-KÖTZ, para quienes la escasa influencia del Derecho romano en Suecia se debe a su desafortunada política internacional europea, que condujeron al aislacionismo después de sucesivas derrotas militares.

mente al Derecho romano; designado profesor de Derecho romano y sueco a los veinticinco años en la Universidad de Lund sostuvo, no sólo la inutilidad del primero para comprender el segundo, sino su efectiva peligrosidad; en su opinión ambos sólo tenían en común el empleo del latín; luchó durante su vida por la sustitución de éste por el sueco no sólo en sus clases, sino también en sus escritos.

Diversamente de la sueca era la situación de la ciencia jurídica danesa en el siglo XVII, prácticamente inexistente y totalmente desligada de la ciencia jurídica práctica; sólo en 1736 la previa formación jurídica académica se convirtió en un requisito para la judicatura y la abogacía, a través de la introducción de un examen oral para comprobar las cualidades técnicas de los candidatos. Tal examen contribuyó a estimular la producción de literatura jurídica, al menos cuantitativamente, de modo que suele situarse en este período el nacimiento de la doctrina danesa (BJÖRNE). Con un siglo de retraso se produjo en Dinamarca el mismo fenómeno de *nacionalización* y de ósmosis entre ciencia y práctica, que ocurrió en Suecia (TAMM), unido al interés por el Derecho natural inspirado en PUFENDORF.

C) El jurista danés ØRSTED, con su actividad en múltiples campos (universitario, legislativo y político) contribuyó eficazmente a colmar las exigencias cualitativas de la ciencia jurídica de su país. Se inspiró decisivamente en los principios de la Escuela Histórica, especialmente en clave anti-jusnaturalista, y siguiendo a SAVIGNY sostuvo que las normas jurídicas no podían ser analizadas partiendo de principios abstractos, sino que deben ser considerados como fruto de la historia de un pueblo determinado. Ello no obstante se dedicó a estudiar atentamente las codificaciones extranjeras y la cultura jurídica continental, especialmente la alemana, pues entendía que el derecho extranjero era un instrumento fundamental para lograr una clara percepción del derecho en su globalidad y para acceder a problemas y soluciones todavía no tomados en consideración por el derecho nacional, sugiriendo al intérprete que, en los casos no regulados expresamente por el legislador, se acudiera a aquéllos a condición de su coherencia con los principios fundamentales del derecho danés (26). Este autor, con su obra, contribuyó a dar solidez a la ciencia jurídica danesa-noruega no sólo en el ámbito del Derecho privado, sino también penal y procesal. Siguiendo el ejemplo de este autor, los juristas daneses del siglo XIX fueron influidos fuertemente por la Escuela Histórica, aunque durante mucho tiempo estuvieron alejados de las corrientes más formalistas del Pandectismo. En ningún caso, sin embargo, llegó a sufrir la peculiaridad del derecho escandinavo, pues los sistemas escandinavos nunca llegaron a cortar sus vínculos con la tradición y las especificidades locales (TAMM).

(26) Por ejemplo, ØRSTED no vaciló en introducir en Derecho danés la *negotiorum gestio* y la *condictio indebiti*, instituciones desconocidas en aquél (así, TAMM).

D) Con carácter general, cabe decir que la vecindad de los juristas nórdicos con relación a la cultura alemana caracterizó buena parte del siglo XIX y los primeros años del siglo XX hasta el advenimiento del llamado *Realismo jurídico escandinavo*, cuyos máximos representantes fueron Axel HÄGERSTRÖM (1868-1939), Vilhem LUNDSTEDT (1882-1955), Karl OLIVECRONA (1897-1980) y Alf ROSS (1899-1980), constituyentes de la llamada *Escuela de Uppsala*, todos ellos de nacionalidad sueca, a excepción de ROSS, que era danés (27). El filósofo HÄGERSTRÖM fue el fundador de la Escuela, quien propugnaba el rechazo de la Metafísica y la aplicación del método empírico a todas las ciencias, incluso a las jurídicas, y defendía su convicción de que no existe otra realidad que aquella que puede ser conocida con los sentidos y con la experiencia; en consecuencia, la realidad carece de valores y cualquier juicio basado en ellos debe considerarse anticientífico por expresar únicamente sentimientos personales o representaciones mágicas. No existen, en consecuencia, derechos naturales y no resulta posible enjuiciar al derecho positivo desde el plano moral. El derecho carece de contenidos conceptuales y el vocabulario jurídico se compone en realidad de palabras vacías que provocan un comportamiento deseado. Defiende un nihilismo jurídico absoluto, pues no existe una realidad jurídica constituida por hechos normativos que corresponden a derechos y obligaciones. Partiendo de un análisis histórico que se remonta a Grecia y a Roma, HÄGERSTRÖM concluye que el Derecho hunde sus raíces, no en la razón, sino en la superstición, como un *vocabulario mágico* capaz de suscitar un comportamiento socialmente deseable; en consecuencia, el derecho debe ser considerado como un fenómeno psíquico colectivo que conduce a los sujetos a creer en derechos y deberes extraños a la realidad empírica. De aquí deriva su singular concepción de la ciencia jurídica, cuyo único objeto, a su juicio, es explicar de qué modo el vocabulario mágico del derecho es utilizado para influir en el comportamiento humano.

LUNDSTEDT, profesor en la Universidad de Uppsala, fue el primero y más radical de los discípulos de HÄGERSTRÖM, siendo autor de un libro, *Sobre la no cientificidad de la ciencia jurídica*. Extrayendo las últimas consecuencias de las ideas de su maestro concluye que *Derecho* es una pura y simple posición de ventaja, tutelada habitualmente por el Estado mediante sus órganos; a su vez, el Estado y sus órganos no son otra cosa que productos de la imaginación colectiva que atribuye cierto valor a determinadas reglas. Más moderado en su postura fue OLIVECRONA, quien, mostrando mayor equilibrio intelectual, tuvo más éxito que LUNDSTEDT en la difusión de la doctrina de la Escuela apuntando a la función práctica de las normas jurídicas; éstas repre-

(27) Advierte VALGUARNERA (*op. cit.*, p. 48, nota 38) sobre las dificultades que la Escuela encontró para su trasplante a Finlandia, pues en este país la misma era percibida por la mayoría como una forma de socialismo disfrazado de derecho, sobre todo por su desvalorización del derecho de propiedad; la vecindad con la URSS hacía que los fineses fueran especialmente sensibles a tales consideraciones (como observa MALMINEN).

sentan la expresión de algunas representaciones fantásticas que desempeñan un papel importante en la sociedad; por ello es función de la ciencia jurídica “aclarar aquellas representaciones expresadas en la ley y en otras reglas que forman el sistema jurídico, relacionarlas entre sí y ordenarlas sistemáticamente”, y tal modo de proceder permite al jurista fundamentarse en la *realidad*, con la consecuencia de que la ciencia jurídica no tiene naturaleza diferente de la sociología o de la politología, sino que cambia su objeto. Este autor se distinguió por expresar cierto aprecio por los valores actuados por el legislador, el juez y el científico, en la construcción del sistema jurídico; llega así a aceptar que, en la práctica, se ve uno obligado a recurrir a valoraciones personales cuando se colman las lagunas de la ley, a condición de que distinga con claridad el contenido de la ley de sus propias valoraciones y de explicar sus propios objetivos personales y los valores subsistentes. A juicio del autor (28), OLIVECRONA sintetizó diversas corrientes doctrinales: de un lado, siguiendo los dictámenes más puros de la Escuela de Uppsala, reconocía la naturaleza empírica de la ciencia jurídica y, por otro, atribuía a la doctrina la función activa de guiar la mano del juez, lo cual contribuía a atribuirle cierto valor normativo. Por otra parte, trató de marcar las diferencias con el realismo jurídico norteamericano. Probablemente, el miembro más influyente de la Escuela de Uppsala fue el danés ROSS, quien compartió el discipulazgo con KELSEN en Viena y con HÄGERSTRÖM en Uppsala. Sus ideas fueron evolucionando con el transcurso del tiempo. Coincide con el maestro sueco en su lucha contra la Metafísica, pero acepta sustancialmente el carácter normativo del Derecho, siguiendo al maestro vienés, del que difiere en no derivar su normatividad de una norma superior, como la Constitución, sino de su eficacia en la vida social; además el sistema normativo puede servir de instrumento interpretativo cuando las normas son efectivamente observadas por considerarlas socialmente vinculantes.

La Escuela de Uppsala pertenece ya al pasado, aventurando el autor un juicio valorativo de conjunto (29) con valoraciones parciales de otros autores. Opina que aquélla ha dejado una herencia importante en la cultura jurídica escandinava, cuyo elemento más evidente es la confianza en el legislador como *ingeniero social*. Si el jurista no puede, en general, expresar juicios de valor, sino que debe atenerse a los hechos, dedúcese una diferenciación particularmente marcada entre el análisis de la *lege data* y de la *lege ferenda*; el primero corresponde al jurista y el segundo al poder político. Según WIEACKER, el realismo jurídico escandinavo se traduce en una forma muy acentuada de positivismo que puede calificarse de *formalismo jurídico cien-*

(28) VALGUARNERA: *op. cit.*, pp. 51 y ss.

(29) VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 53.

La valoración global de la Escuela de Uppsala se encuentra en los Manuales de Filosofía del Derecho. Tampoco parece necesario hacer constar que el redactor de esta amplia reseña tampoco comparte el positivismo y nihilismo jurídico de su fundador.

tífico (30). Se persigue –igual que con su homólogo norteamericano–, directa o indirectamente, un objetivo político de fondo, a saber, un mayor peso de los órganos electivos en la producción normativa y una más amplia participación popular en la vida democrática; el formalismo contrasta con la Escuela Histórica y el Pandectismo, portadoras de tendencias antidemocráticas y conservadoras; la Escuela de Uppsala se alía con el reformismo socialdemocrático en la medida en que concedía al legislador amplios márgenes de maniobra en cuestiones delicadas de equilibrio social (31). Así concluye el autor: “En este sentido el realismo jurídico escandinavo ha logrado extender su propia influencia en el tiempo contribuyendo a plasmar algunas características duraderas de los ordenamientos nórdicos (sobre todo de Noruega, Suecia y Dinamarca), como el fuerte papel del Parlamento, único órgano capaz de expresarse, en virtud de la legitimación democrática, sobre los valores de que es portador el sistema jurídico” (32).

10. La organización de los Tribunales nórdicos a lo largo de la historia (33).

A mi juicio, no deja de haber cierto paralelismo entre el continente y Escandinavia en orden a la organización judicial, a saber, su inicial carácter fundamentalmente local, a lo que sigue otra época en la que los reyes reivindicaban, con mayor o menor energía, el ejercicio de la administración de justicia, originándose Tribunales en cierto modo centrales, que terminan por independizarse de la autoridad real. Sólo parcialmente y por vía indirecta parece que en alguno de los países nórdicos se recibió la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU, aunque actualmente dicho principio aparece recogido en las Constituciones nórdicas en vigor.

Hasta el siglo XVII no aparecen en Escandinavia los Tribunales de algún modo centralizados debido al poderoso arraigo local del sistema judicial. La inicial composición de los Tribunales era variable, en función del tipo de proceso; entre los medios de prueba figura el juramento prestado por doce hombres, quienes no atestiguaban sobre los hechos, sino acerca de la integridad moral de la parte (medio al que se opuso la Iglesia y logró su desaparición); otras veces se utilizaba la prueba testifical bajo la supervisión del único juez togado; también se acudía al jurado de doce miembros, el cual llegó a consolidarse como órgano fijo del Tribunal. Con el tiempo este jurado se convirtió en elemento permanente de los Tribunales locales. Ello trajo consigo la

(30) La cita corresponde a la obra *A History of Private Law in Europe* (New York, 1995), p. 342 (*op. cit.*, p. 53).

(31) La cita es de ALEXANDER: “Comparing two Realisms-American and Scandinavian”, *American Journal of Comparative Law*, 2002, pp. 166-167 (*op. cit.*, *ibídem*).

(32) VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 53.

(33) Este capítulo ha sido redactado por SIMONI, pp. 57-73, con arreglo al siguiente esquema: 1. Los Tribunales nórdicos hasta el siglo XVII; 2. El establecimiento de Tribunales centrales; 3. El impacto de la jurisprudencia sobre la evolución del derecho; 4. La función de los Tribunales en el plano institucional; 5. El modelo procesal; 6. La Abogacía.

consecuencia de que la jurisprudencia no aplicase un derecho culto; incluso aquél se pronunció también sobre cuestiones exclusivamente jurídicas; al portavoz del jurado se le denominaba *domare*, término reservado, todavía en el derecho vigente, al juez. En realidad, el juez togado carecía de formación jurídica y no tenía razones para oponerse ni al jurado, ni a su portavoz, de modo que aquél se llegó a considerar como mero título honorífico, incluso cuando a partir de 1569 comenzaron a elegirse los jueces togados entre los miembros de la aristocracia; no infrecuentemente el cargo se delegaba, lo que contribuyó, en último término, a reforzar las funciones del jurado. A partir del siglo XIII algunas ciudades nórdicas, a ejemplo de la Liga Hanseática, se dotan de Tribunales propios en materia penal, extendidos luego a los de competencia civil. Junto a los Tribunales locales se sitúa la justicia real, al principio descentralizada e itinerante, la cual, con el tiempo, se transformó en segunda instancia (denominada *landsting* o *räfsteting*). Había una variante centralizada de la justicia real cuando el rey la ejercitaba con la colaboración del Consejo de la Corona. Entre los años 1397 y 1521, vigente la Unión de Kalmar, por causa de la ausencia prolongada del rey, el Consejo sueco comenzó a juzgar de modo autónomo; pero extinguida aquélla la nueva dinastía sueca se apropió en su plenitud del poder jurisdiccional.

Tras varios intentos fracasados, el establecimiento de Tribunales centrales se debe al rey Gustavo Adolfo II (1611-1632), quien convirtió a Suecia en una gran potencia militar, política y mercantil, abierta a las ideas continentales, y que realizó una profunda reorganización de sus estructuras administrativas. En este contexto, tomando por modelo los Tribunales alemanes del *Hofgericht* y del *Oberhofgericht*, creó el Tribunal de Apelación de Estocolmo en 1614, con la idea de establecer otros en cada uno de los condados del reino, los cuales quedaban jerárquicamente subordinados a los de la capital del reino (34). Pero el proyecto tropezó con no pocas resistencias, y en 1622 fueron extinguidos tales Tribunales de Apelación de condado, siendo sustituidos por otros equiparados a los de la capital (inicialmente, Äbo, Dorpat, Jönköping, a las que se añadieron otros en 1645). Durante la época denominada *era de la libertad* por la historiografía sueca se desarrolló una praxis judicial según la cual el Parlamento escuchaba a quienes habían sido vencidos en un pleito invocando un error procesal o una violación del derecho sustantivo por parte del juez, de tal suerte que aquél se convirtió en la máxima instancia judicial del país, si bien con el grave defecto de que, con frecuencia, el órgano parlamentario resolvía por razones políticas (35). En 1772 quedó abolido el poder jurisdiccional parlamentario, y el rey Gustavo III abolió el Consejo del Rey, instituyendo en su lugar la *Corte Suprema del Rey*, formada por seis miembros aristócratas y otros tantos no aristócratas, atribuyéndose dos

(34) Se exceptuaba la condena a muerte, cuya confirmación se reservaba al Rey.

(35) VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 61.

votos al monarca y la facultad de decidir los empates. En esta figura apenas si cabe atisbar un intento de separar el poder judicial del ejecutivo, resultando, en la práctica, un instrumento en manos regias para castigar las rebeliones de los aristócratas; por otro lado, los nombramientos de los jueces lo eran por plazos breves sujetos a la discrecionalidad real para su reelección. La Constitución de 1809 vino a cerrar la crisis política y militar más grave de la historia sueca, al perderse Finlandia y ser depuesto el rey Gustavo Adolfo IV. Los jueces adquirieron inamovilidad y su nombramiento dependía del Gobierno.

La evolución nórdica de los Tribunales superiores ofrece algunas singularidades en Dinamarca. La institución de la Corte Suprema (*Højesteret*) en 1661 tiene lugar en el contexto de una reorganización general administrativa por impulso de Federico III, que se declaró Rey absoluto. Aquella no trajo la separación entre el poder ejecutivo y el judicial, ya que los jueces eran designados directamente por el Rey, y venían a coincidir con los miembros del Consejo Real, por lo cual no percibían remuneración por sus funciones judiciales; en la práctica, a las reuniones del Tribunal Supremo acudían un reducido número de consejeros. Era costumbre que el Rey danés no tomara parte en las sesiones del Tribunal, pero el control de sus decisiones se aseguraba mediante su designación y la ausencia de garantías respecto a los jueces. En 1746, Adam MOLTKE, consejero del rey Federico V, consiguió una remuneración para los jueces y que se eliminara el requisito de que el Tribunal Supremo elevara el caso al Rey antes de dictar sentencia. Impulso decisivo para la emancipación del poder judicial se produjo con las *Instrucciones* del Tribunal Supremo de 1753, a iniciativa del procurador general Henrik STAMPE, a quien por TAMM se le considera ávido lector de las tesis iusnaturalistas y conocedor de las teorías de MONTESQUIEU; la reforma reforzó las facultades del presidente del TS, garantizándole poderes de gestión y una sede permanente en el propio Tribunal; ello permitió que se rompiera la dependencia con el poder ejecutivo, aunque no totalmente respecto del monarca; pero los reyes acostumbraron a no inmiscuirse en las decisiones judiciales, praxis que se consagró en la Constitución de 1849, que puso fin a la monarquía absoluta.

VALGUARNERA (36) plantea la interesante cuestión del impacto de la jurisprudencia en la evolución del derecho, afirmando que el establecimiento de Tribunales centrales ha representado sin duda un estímulo para la elaboración de un pensamiento jurídico más refinado, y en algunos casos para la recepción del Derecho romano. Con todo había obstáculos importantes para el trasvase de conocimientos entre la cultura de las elites que actuaban en los Tribunales superiores y la generalidad de los jueces. En primer lugar, la ausencia de un sistema de publicación y, en general, de cognoscibilidad de los precedentes judiciales. Esto se produce tarde: hasta 1857 el TS danés no motiva sus propias decisiones, y la colección de las sentencias del TS sueco ini-

(36) VALGUARNERA: *op. cit.*, pp. 63 y s.

cia su publicación en 1874; pero incluso cuando estas sentencias se dan a conocer, los Tribunales superiores aspiran más bien a pronunciar la solución justa del caso concreto que a orientar la jurisprudencia de los Tribunales inferiores. Ha habido fuertes resistencias en admitir que una jurisprudencia coherente sirve para integrar las prescripciones legales (37). A favor de la necesidad de respetar los precedentes se expresó ØRSTED, el mayor jurista danés del siglo XIX. Con lentitud la jurisprudencia ha asumido su función nomofiláctica, y singularmente la sueca a partir de los años setenta del siglo pasado, quienes han pasado de un estilo más bien críptico, similar al denominado *jugement à phrase unique* de la Casación francesa, a otro estilo más libre con el que los jueces desarrollan libremente argumentos de política jurídica, citan precedentes y obras doctrinales, así como abundantemente trabajos legislativos preparatorios. Con todo, siguen siendo más concisos los TS danés y noruego. Se admiten votos particulares, y en Suecia el parecer mayoritario se expone brevemente, para que cada juez pueda precisar claramente su opinión. Actualmente, los TS nórdicos poseen gran discrecionalidad a la hora de seleccionar los casos que se proponen resolver, siguiendo el modelo norteamericano (38). Por último, hace notar la desigual distribución de la jurisprudencia nórdica en relación con el Derecho civil, y por ello resulta ser muy escasa la recaída en materia de contratos y de responsabilidad civil.

11. ¿Hay un Poder Judicial en Escandinavia?

A título anecdótico reproduce el autor la siguiente cita del procesalista sueco LINDBLOM (39): “Si Vd. pregunta a un estudiante en cualquier lugar de Suecia, o quizá en el resto de Escandinavia, qué piensa de *la tercera rama del poder*, él o ella responderán sin duda *la prensa, los medios de comunicación*, y ninguno pensará en los Tribunales”. Pero la referencia a la totalidad de los países nórdicos debe ser entendida con cierta cautela, pues si bien es cierto que el poder judicial en la experiencia nórdica se caracteriza por su marcada debilidad, sin embargo ya la Constitución noruega de 1814 atribuye a los Tribunales y, de modo expreso al TS, el *status* de verdadero poder del Estado, pues la Constitución, luego de hablar del poder ejecutivo y del legislativo, en el apartado D) habla expresamente del *poder judicial*. En todo caso se constata que en toda Escandinavia, incluida Noruega, hay un difuso sentimiento de hostilidad frente al activismo judicial, basado en un entendimiento acaso excesivamente rígido de la división de poderes y una preeminencia re-

(37) Por ejemplo, Mathias CALONIUS (1738-1817), jurista fino-sueco de los más influyentes a caballo de los siglos XVIII y XIX, entendió que acometer tal tarea era el mejor modo de garantizar la incertidumbre y la oscuridad del Derecho.

(38) VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 64, incluye en este grupo “a la mayor parte de los ordenamientos occidentales”. Advuértase que no es el caso español, ni, el francés, ni, a lo que me consta, el italiano.

(39) LINDBLOM: “*The Role of the Supreme Court*”, en obra colectiva dirigida por el mismo con el título *Progressiv Process* (Uppsala, 2000), pp. 88 y ss. (VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 65).

servada al Parlamento, prevaleciendo una concepción de la democracia como simple gobierno de la mayoría, influido, como se ha dicho anteriormente, por el realismo jurídico escandinavo y la doctrina de Ross.

También ofrecen interés las relaciones del poder judicial con el ejecutivo, traducido, sobre todo, en el modo de reclutamiento de los jueces; éste se confía inicialmente a los propios Tribunales (en Suecia, a los Tribunales de Apelación) sobre la base de un período de aprendizaje práctico de los aspirantes en aquéllos; se valoran, no sólo los conocimientos teóricos, sino la efectiva habilidad profesional mediante una serie de controles intermedios en el proceso formativo y un encargo relativamente tardío de funciones judiciales permanentes, también con relativas garantías de inamovilidad; es frecuente que a los candidatos se les encarguen, mientras tanto, funciones administrativas, como la realización de estudios o la preparación de proyectos de ley. Concluye VALGUARNERA (40) que la tendencial debilidad de los Tribunales nórdicos en su aspecto de poder del Estado no resulta sólo de una desconfianza política frente al poder judicial, sino de profundos vínculos personales que pueden existir de hecho entre los jueces y el legislador (en no pocos casos los magistrados del TS han de interpretar textos normativos que ellos mismos han contribuido a redactar) (41). Con todo, algo parece que está cambiando últimamente en relación con una mayor apertura de la tradición nórdica a una función más activa de los órganos judiciales, y uno de los factores influyentes ha sido el ingreso de la mayoría de países nórdicos en la UE.

12. Rasgos del modelo procesal nórdico.

En Suecia, Finlandia y Dinamarca el proceso se caracteriza por la oralidad, concentración e inmediación. Después de las últimas reformas, el componente no letrado de los Tribunales se ha ido reduciendo, quedando limitado a los procesos penales de cierta relevancia. Singular es la reciente reforma noruega de la Ley procesal civil, entrada en vigor en 2008, que abandona la inspiración austriaca de la ley derogada para seguir las pautas de la *Civil Procedure Rules* inglesa, caracterizada por atribuir a los jueces mayores poderes de dirección de la gestión del proceso (42). Característica común nórdica es la atención prestada a los modos alternativos de resolución de controversias, que ofrece gran variedad de supuestos (procesos laborales, de seguros, sobre contratos de consumo, y sobre todo el arbitraje mercantil del que se hace uso masivo) y que origina que, sobre tales materias, el TS no tenga apenas oca-

(40) VALGUARNERA: *op. cit.*, p. 66.

(41) En 2002 se ha producido una reforma noruega encaminada a dotar a los Tribunales de mayor independencia frente a la Administración, creando la “Administración Central de los Tribunales”, encomendándole amplias facultades en orden a la preparación de los futuros jueces, y a los exámenes de su admisión, así como el ejercicio de las funciones disciplinarias (singularmente, en relación con las actividades extrajudiciales de los magistrados).

(42) Tema que sido tratado monográficamente por el autor VALGUARNERA: “Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa”, RTDPC, 2008, pp. 805 y ss.

sión de pronunciarse, dando así lugar a dudas sobre la interpretación del derecho vigente (43). Ejemplo alternativo a la jurisdicción ordinaria en Suecia es el *Comité para las reclamaciones públicas* (ARN, anagrama del texto en lengua original), que se ocupa de las controversias entre empresas y consumidores; compuesto de tres miembros, lo preside un jurista de prestigio con experiencia judicial, un representante de los consumidores y otro del sector industrial implicado; no emite sentencias, sino recomendaciones, que, de hecho, suelen aceptar los interesados. En Noruega hay “Cámaras de conciliación” que han adquirido naturaleza semijurisdiccional, pudiendo llegar a dictar sentencia, a instancia de una de las partes o cuando las pruebas son suficientes.

La reciente reforma noruega ha introducido la *conciliación coligada al Tribunal*, en la cual éste puede ordenar a las partes que se dirijan a un mediador, que puede ser un tercero o el propio juez.

El *Ombudsman* es una institución de gran relieve en el mundo escandinavo y objeto de una amplia circulación internacional. Es una autoridad independiente que escucha las reclamaciones individuales frente a las Administraciones públicas, tanto judicial como extrajudicialmente. Instituido en la Constitución sueca de 1809, a lo largo del tiempo ha adquirido gran especialización (existen tipos particulares dedicados a los consumidores, contra la discriminación de género, contra la orientación sexual, contra la discriminación étnica) y su actividad se ha trasladado últimamente de la Administración pública a las empresas.

En el amplio escenario del acceso a la justicia, los países escandinavos han sido los primeros en Europa en adoptar instrumentos procesales asimilables a la *class action* norteamericana, que trata de corregir la asimetría entre las partes cuando el proceso afecta a intereses colectivos o difusos. El tema comenzó a discutirse en 1989 con ocasión de la celebración de un Seminario sobre *acciones de grupo* en el marco de la cooperación legislativa nórdica. Suecia ha sido el primer país en promulgar una Ley en 2002; en ella, a diferencia de la norteamericana *Federal Rules of civil procedure*, se aplica el mecanismo del *opt-out* (en contra del parecer de la Comisión LINDBLÖM), en virtud del cual los sujetos perjudicados que deseen adherirse al grupo deben hacerlo expresamente dentro de cierto plazo, y en caso de silencio se les excluye de la acción. Noruega, en cambio, ha preferido el sistema *opt-in* en el ejercicio de las acciones de grupo. En Dinamarca, este tipo de acciones pueden ejercitarse a partir del 1 de enero de 2008, siendo la regla general la misma que en Noruega, salvo circunstancias excepcionales. En el marco de la asistencia legal a los litigantes, en Suecia, en 1996, se ha pasado desde un generosísimo sistema de ayuda legal financiado por el Estado a otro apoyado en los seguros privados, ya que la póliza denominada *paquete de seguros*

(43) Si bien el autor no comparte la última crítica, advirtiendo que en materia de seguros los órganos alternativos están presididos por magistrados del TS y sus resoluciones pueden muy bien sustituir a la jurisdicción ordinaria (VALGUARNERA: *La tradizione giuridica*, etc., cit., p. 69).

domésticos incluye los gastos de las costas judiciales y alcanza al 90 por 100 de la población.

Por lo demás, los sistemas procesales adoptados por los países nórdicos se describen tradicionalmente como pertenecientes al sistema continental, si bien la doctrina discute sobre si existen singularidades que permiten hablar de un sistema procesal nórdico; la circunstancia de no existir cooperación legislativa en este campo permite comprender que en algún caso se haya adoptado el modelo procesal inglés. Pero opina VALGUARNERA (44) que si se toma en consideración, no sólo el proceso en sentido estricto, sino otras características del sistema, se encuentran numerosos puntos de contacto con el continental (la función genérica de los Tribunales, el Ombudsman, los instrumentos de resolución alternativa de las controversias, las acciones colectivas, etc.); por otro lado, las últimas reformas procesales parciales han efectuado una parcial convergencia entre los distintos sistemas procesales nórdicos.

13. Papel que desempeña la Abogacía nórdica.

En las sociedades nórdicas la Abogacía ha conocido un desarrollo más bien tardío; sólo a partir del siglo XVII las fuentes danesas y suecas comienzan a regular la profesión forense. El rey danés Cristian IV, hacia 1630, sólo admite la presencia de procuradores en las ciudades mercantiles, reflejando así la opinión de la aristocracia, que los consideraba como superfluos y proclives a promover controversias y desórdenes; algún canciller de la época logró prohibir a los litigantes que se hicieran representar por abogados ante el Tribunal de Apelación de Estocolmo; incluso, los propios jueces se cansan de las dilaciones causadas voluntariamente por los abogados en los procesos; pero en la Ley del Reino de Suecia de 1734 sólo se obliga a los jueces a comprobar las buenas cualidades morales de los abogados, pero no las estrictamente jurídicas. A lo largo del tiempo tal regla no ha dejado de producir consecuencias positivas, pues los Colegios de Abogados han extremado su celo para controlar puntualmente la cualidad de sus miembros, convenciendo a la sociedad que acudir a un letrado reconocido conlleva garantías particulares. Añádase que en Suecia y Finlandia las partes no tienen la obligación de litigar con abogado, pues éstos no tienen el monopolio de la profesión forense; sólo el de llevar el título de *Advocat*.

14. A modo de conclusiones.

La valoración final de esta monografía, de extensión reducida, pero de rico contenido, sólo puede ser ampliamente positiva. Los autores han profundizado en el tema, acudiendo en buena medida a las fuentes primigenias, y han acertado a ofrecer una información suficiente del sistema jurídico nórdico, tan escasamente conocido fuera de Escandinavia. Ciertamente que su exposición aparece permeada por sus opiniones personales extraídas de la

(44) VALGUARNERA: *op. últim. cit.*, p. 73.

actual comparatística italiana; pero ello no les impide hacer *valoraciones* objetivas. Su valor informativo es, a mi juicio, extraordinario, viniendo a colmar una sensible laguna en la doctrina comparativa. El título escogido –la *tradición jurídica de los países nórdicos*– resulta también acertado por el espacio concedido a datos históricos sin los cuales sería difícilmente comprensible el *sistema nórdico actual*.

La obra contiene más de lo que promete, pues se ha incluido un interesante capítulo V, debido también a VALGUARNERA, que trata de algunas especialidades del derecho de propiedad en Escandinavia, con un interesante *derecho de acceso a la naturaleza (allemansrätt)* (45), además de un extenso *Apéndice* que comprende, traducidos al italiano, fragmentos de documentos constitucionales, algunos índices de textos legales antiguos, como el **Danske Lov** (1683), el índice actualizado del **Sveriges Rikes Lag** (1734) y el texto íntegro de la Ley sueca de responsabilidad civil (1972), finalizando con la transcripción de algunas sentencias –de especial significación–, de los TS de Suecia (12-11-17 y 07-03-88) Noruega (27-01-76) y Dinamarca (19-02-99).

15. Indicaciones bibliográficas.

La seriedad de la investigación llevada a cabo por ambos coautores convence de que el índice de obras citadas al final de la obra no es el habitual mero e indiscriminado acarreo bibliográfico, sino conjunto auténtico de obras utilizadas en la investigación. Dicho índice está compuesto, en partes aproximadamente iguales, por obras escritas en idiomas nórdicos y en otros europeos, especialmente en inglés e italiano. Para uso de españoles me permito seleccionar, del segundo grupo, las obras que juzgo más accesibles, completadas en algunas materias:

ALEXANDER: “Comparing two Realisms-American and Scandinavian”, *American Journal of Comparative Law*, 2002, pp. 131 y ss.

AMOROSO: *Rapporto della Scandinavia* (Roma-Bari, 1980).

BACKER: “The norwegian Reform of civil Procedure”, *Scandinavian Studies in Law*, volumen 51, 2007, pp. 41 y ss.

BASILE-ASSINI: “La proprietà fondiaria e il «diritto d’accesso alla natura»”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, p. 967.

BITSCH: “Law practicing in Denmark”, en el volumen colectivo *Danish Law in a european perspective* (Copenhagen, 1996), pp. 115 y ss.

BJARUP: “Epistemology and Law according to Axel Hägerström”, *Scandinavian Studies in Law*, volumen 29, 1985, pp. 11 y ss.

BUGGE: “«Constitution» and «Constitutional Law» in Norway”, en el volumen colectivo *Constitutional Justice under old Constitutions* (The Hague-London-Boston, 1995), pp. 293 y ss.

CECCHETTI: “Accesso alla natura e accesso alla proprietà”, FI, 1977, fascículo 3, pp. 588 y ss.

(45) VALGUARNERA: *op. cit.*, pp. 75-93.

- DERRY: *A History of Scandinavian* (Minneapolis, 2000).
- EEK: “Évolution et structure du droit scandinave”, *Rev. hell. dr. intern.*, 1961, pp. 33 y ss.
- GAUKSDÓTTIR: *The rights to Property and the european Convention on Human Rights – A nordik Approach*, Disertación doctoral de la Universidad de Lund (Lund, 2004).
- HÄGERSTRÖM: *Inquiries in to the Nature of Law and Morals* (Uppsala, 1953).
- HELLNER: “Unification of Law in Scandinavian”, *American Journal of Comparative Law*, 1968, pp. 88 y ss.
- HUSA: *Nordic reflections on Constitutional Law* (Frankfurt a M., 2002).
- “«Sort of Binding»-Finish Precedent as a source of the Law”, en la obra colectiva *Precedent and the Law* (ed. Hondius) (Bruxelles, 2007), pp. 269-286.
- HUSA-NUOTIO-PIHLAJAMÄKI: “Nordik Law-Between Tradition and Dynamism”, en obra colectiva de igual título y dirección (Antwerp-Oxford, 2007), pp. 1 y ss.
- JORGENSEN: “Les traits principaux de l’évolution des sources de droit danois”, RIDC, 1971, pp. 65 y ss.
- KLAMI: *The Legalists: Finnish legal Science in the period of Autonomy 1809-1917* (Helsinki, 1981).
- LINDBLOM: “Individual Litigation and mass Justice: A swedish perspective and proposal on Group Actions in civil Procedure”, *American Journal on comparative Law*, 1997, pp. 805 y ss.
- LOOKOFSKY: “Precedent and the Law in Denmark”, en la obra colectiva *Precedent and the Law* (ed. Hondius) (Bruxelles, 2007), pp. 253-266.
- MELCHIOR: “The danish Judiciary”, en el volumen *Danish Law in a european Perspective* (Copenhagen, 1996).
- MODEEN: “La Finlande scandinave: Influences suédoises et scandinaves sur le développement du droit finlandais”, RIDC, 1993, pp. 783 y ss.
- NIELSEN: “Nordic sources of law in a european Environment”, en el volumen *Dealing with integration. Perspectives from Seminars on european Law 1995-1996* (Uppsala, 1996), pp. 21 y ss.
- SIMONI (red.): *Codex legum svecicarum 1734* (Milano, 1996).
- SIMONI: *Una macchina risarcitoria. Regoli, attori, problemi nel “modelo svedese” di riparazione del danno alla persona* (Torino, 2001).
- SIMONI-BARSOTTI: “L’accesso alle corti supreme: la peculiare situazione danese e le prospettive per la sua riforma”, RDC, 1993, pp. 427 y ss.
- STRÖMHOLM: “La Philosophie du droit scandinave”, RIDC, 1980, pp. 5 y ss.
- TAMM: “The Danes and their legal heritage”, en la obra colectiva *Danish Law*, etcétera, pp. 33 y ss.
- VALGUARNERA: “Assistenza legale tra «welfare state» e previdenza privata: le nuove frontiere del «modello svedese»”, RDC, número 2, 2005, pp. 189 y ss.
- “Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa”, RTDPC, 2008, pp. 885 y ss.
- WIEACKER: *A history of private law in Europa* (New York, 1995).

“Questions et réponses en droit”, Christian Atias, Editorial PUF, Colección *L’interrogation philosophique*, París, 2009, un volumen de 257 páginas.

Nueva publicación en materia de teoría jurídica del reputado civilista francés Christian ATIAS, profesor de la Universidad Aix-Marseille III, abogado y colaborador de las principales revistas de Derecho civil y notarial. Para quienes conocen su obra anterior, se trata de un trabajo en la misma línea de *Théorie contre arbitraire* (Litec, París, 1987), de la que hay traducción al español (*Contra arbitrariedad, teoría*, Edersa, Madrid, 1988), a lo largo de la cual se explican, con permanente recurso a la aplicación actual del Derecho, las peculiaridades del saber jurídico, y su dificultad para ser reducido a un esquema simple de respuestas en las que se encuentre el Derecho listo para ser aplicado.

Se trata, por lo tanto, de una “revisitación” de sus doctrinas sobre epistemología jurídica aplicadas al estado actual del Derecho francés –especialmente del Derecho civil–, que presenta, como no podía ser menos, notables paralelismos con el Derecho español. La obra, precedida de una breve introducción, se divide en dos partes que de manera muy significativa se titulan respectivamente “Respuestas sin preguntas” y “Preguntas a las respuestas”, y que se subdividen la primera en tres capítulos y la segunda en otros dos, todos ellos subdivididos en secciones.

La primera parte aborda sobre todo cuestiones sobre el ser del Derecho y la teoría de las fuentes, que contempla de modo notablemente crítico, y la segunda parte, seguida de un epílogo “provisional”, lo que no impide calificarla como parte conclusiva, es la que actualiza su pensamiento aplicándolo al actual estado de cosas, cerrando el trabajo sendos índices el uno sistemático y el otro alfabético por materias, de suma utilidad para consultar rápidamente la obra.

Como principales novedades en lo que atañe al pensamiento del autor por comparación con la citada obra de veinte años atrás, habría que indicar, en la Introducción, el hecho de que dedica su parágrafo segundo a la hipótesis de una “problematología jurídica”, que trataría de resaltar en el pensamiento jurídico la decisiva preponderancia de las preguntas sobre la aparente primacía de las respuestas. Del mismo modo habría que destacar como nota

diferencial frente a sus trabajos más antiguos en la primera parte de la obra, una atención tal vez mayor a la retórica en relación con el razonamiento jurídico, y una acrecentada preocupación por las pérdidas que puede ocasionar al saber jurídico y a su transmisión, el abrumador caudal de informaciones que parece obligar a sacrificar datos preciosos del pasado incluso reciente, y que se puede atribuir en parte a la repercusión sobre el método jurídico actual de un enfoque que privilegia la respuesta sobre la pregunta, y que es por completo ajeno al verdadero ser del saber jurídico.

En efecto, en ese orden “sabio” que es el saber jurídico, a diferencia de lo que ocurre en los demás ámbitos del saber humano, la antigüedad relativa de una doctrina no tiene por qué comportar depreciación definitiva, y no tiene que hacerlo, porque las respuestas (legales, jurisprudenciales, doctrinales) no sólo son provisionales como puede ocurrir en la teoría de las ciencias de la naturaleza, sino que son además esencialmente relativas, como lo es la llamada presunción de cosa juzgada en cuanto a las sentencias, y como lo impone en cuanto a las normas generales legales o emanadas de la potestad reglamentaria el que se independicen de la voluntad de la que emanan, que por cierto dista mucho de ser realmente conocida, como resultado de su propio procedimiento de elaboración parlamentaria o reglamentaria.

Ninguna respuesta, y mucho menos la jurisprudencial, motivada a menudo con demasiada concisión, debe entenderse como la muerte de la *quaestio iuris* que da lugar a ella, y la tendencia extendida hoy día de pensar en tales términos no responde a la realidad del saber jurídico, que sigue operando como un orden complejo en el que tiene especial importancia el fenómeno de la “sedimentación”, por más que nuestra mentalidad tienda a concebirlo como conjunto de respuestas, y no como conjunto de preguntas respondidas provisionalmente y con carácter relativo.

En suma, se trata de una obra de alto interés por el gran número de sugerencias que plantea al lector en relación con las reformas legislativas, y las corrientes jurisprudenciales en gran medida comunes a los derechos civiles codificados de la Unión Europea. Temas de fuentes y aplicación del Derecho, de Derecho de las personas (estado civil y derechos de la personalidad), de obligaciones y contratos, de derecho del consumo, de derechos reales, y de familia y sucesiones, se examinan desde un enfoque muy apegado a las realidades actuales de la práctica jurídica forense, notarial e incluso administrativa (y pueden ser consultadas gracias a su índice alfabético).

En conclusión, puede decirse que esta nueva obra del profesor ATIAS muestra una condena más explícita que sus precedentes de la excesiva abstracción, propia del método del en otros tiempos llamado *mos gallicus*, para aproximarse a una concepción más ligada a las preguntas concretas del caso, que otrora caracterizó al llamado *mos italicus*, sin que ello suponga el menor desmerecimiento del respeto del autor por su propia tradición, en la que se inserta plenamente y de la que se muestra legítimamente orgulloso, y que así

rinde un notable servicio al mantenimiento de una actitud metodológica enriquecedora del pensamiento jurídico.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

“Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, VVAA. M. Cuena Casas y J. L. Colino Mediavilla coordinadores, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, un volumen de 496 páginas.

Como su propio título anuncia, estamos ante una obra sobre unas materias que, por desgracia, tienen oportunidad y actualidad asegurada para bastante tiempo en el panorama jurídico español. Y esa oportunidad, que no oportunismo, e incluso ciertos ribetes de anticipación, cabe atribuir al Congreso que bajo ese mismo título se celebró en noviembre de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense para enjuiciar, entre otras cosas, la operatividad a estos efectos de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, cuyos trabajos son la base de la publicación que nos ocupa, como pone de relieve la presentación que suscriben ambos coordinadores de la obra.

El enfoque de la obra es, tal cual aconseja la materia de que trata, un enfoque multidisciplinar, en el que están presentes desde la teoría económica, con un clarificador análisis de la realidad socioeconómica de la insolvencia familiar a cargo de profesor J. T. RAGA, hasta el Derecho comparado, a cuyo ejercicio y aplicación impulsarán al lector estudios como el de la profesora M. B. JACOBY, de la Universidad de North Carolina, sobre política jurídica acerca del concurso de los consumidores en EEUU; o el de la profesora C. SAINT-ALARY-HOUIN, de la Universidad de Toulouse, sobre el tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia; el del profesor K. SCHMIDT, de la Universidad de Bonn, sobre el Derecho alemán; no sólo por la autoridad de tales estudiosos, sino también por tratarse de estudios realizados sobre ordenamientos jurídicos que han contemplado los problemas del sobreendeudamiento de los particulares desde hace ya algún tiempo, todo lo cual es buen indicio del acierto en la elección que han tenido los coordinadores de la obra.

Pero, como es lógico, la parte central de esta publicación está integrada por trabajos de mercantilistas y civilistas españoles, universitarios y del mundo de la práctica, sobre cuyas aportaciones habrá que detenerse con mayor pormenor a lo largo de estas líneas.

La primera de tales aportaciones, a cargo de la Dra. D^a. Juana PULGAR EZQUERRA, catedrático de Derecho Mercantil, se titula “El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumi-

dores”, es también un trabajo de Derecho comparado y de política jurídica, porque aunque trata algunos aspectos de la vigente Ley Concursal española, lo hace con permanente atención a los ordenamientos europeos que ya habían afrontado el problema del sobreendeudamiento a través de la prevención de la concesión abusiva de crédito y con la vista puesta en la transposición al Derecho español de la Directiva 2008/48/CE, que habrá de producirse antes del día 12 de mayo de 2010.

La segunda aportación corresponde a otro mercantilista de gran renombre, el profesor J. M. DE LA CUESTA RUTE, quien trata magistralmente la espinosa cuestión de “La persona física y el consumidor como sujetos del concurso”, nociones ambas parcialmente coincidentes y por ello necesitadas de una clara delimitación, de la que podría surgir la conveniencia de regulaciones ajenas a las del concurso. Tales regulaciones, allí donde han surgido, han tratado de “desjudicializar” y “administrativizar” los cauces para prevenir y para solventar las crisis patrimoniales de los consumidores, pero a juicio del autor sería preferible *de lege ferenda* mantener alguna conexión con el concurso, porque las normas excesivamente protectoras se vuelven en contra de los protegidos (como ha ocurrido en la experiencia estadounidense sobre la exoneración de las deudas restantes), y con buen juicio entiende que el Derecho creado en situaciones extremas no suele ser bueno.

Continúa la obra que nos ocupa con otra aportación de un mercantilista, el profesor BELTRÁN SÁNCHEZ, de la Universidad CEU San Pablo, sobre “El concurso de acreedores del consumidor”, quien vuelca en su estudio los resultados de un Proyecto de Investigación sobre la reforma del Derecho concursal, ya que a falta de regulación del sobreendeudamiento de los consumidores en el Derecho español, es el concurso la sede obligada de la regulación de tales situaciones, a las que se muestra partidario de proporcionar un cauce procesal concursal abreviado y unas difíciles de concebir normas sustantivas sobre algunos bienes indispensables, como la vivienda familiar habitual.

La cuarta aportación, del magistrado de lo Mercantil Sr. FERNÁNDEZ SEJO, trata de los problemas que plantea “La posición procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges”, respecto de la cual pone de relieve que la aplicación de la Ley Concursal encierra no pocos problemas que ni con aplicabilidad supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil encuentran solución, dada la disparidad de la ejecución singular respecto del concurso, a los que se añaden los problemas procedentes de la coordinación con los procedimientos propios del Derecho de familia, pese a lo cual, dada la escasez de los concursos de personas físicas, tampoco se han llegado a establecer líneas jurisprudenciales sobre estas cuestiones.

La quinta aportación corresponde a la coordinadora y auspiciadora de esta obra y de sus precedentes, la profesora Matilde CUENA CASAS, quien también vuelca en su trabajo las enseñanzas alcanzadas en un Proyecto de Investigación sobre matrimonio y concurso, y alguna publicación previa en los *Estudios de Derecho Concursal* dirigidos por A. ROJO y E. BELTRÁN, y

en ella examina de modo muy completo y sistematizado los especiales problemas que plantea “El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales”, y señaladamente el artículo 77.2 de la Ley Concursal, sobre la inclusión de bienes gananciales o comunes en la masa activa del concurso, de notable oscuridad, y la posible consecuencia de disolución de la sociedad de gananciales, de mayor radio de acción que en el artículo 1373 del CC, en que sólo tiene lugar por causa de deudas privativas, y la necesidad de coordinar el concurso con la liquidación de la sociedad de gananciales, que a su juicio, ampliamente fundado en la propia Ley Concursal, deberá ser previa, y que también a su juicio aconseja la declaración de concurso conjunta de ambos cónyuges.

La sexta aportación es obra de la profesora Clara I. ASUA GONZÁLEZ (Universidad del País Vasco), y versa sobre “El régimen de separación y el concurso de acreedores (las presunciones de donación del artículo 78 de la Ley Concursal)” tema que la autora examina en toda su profunda complejidad, sin excluir los planteamientos relativos a su posible inconstitucionalidad por discriminación del matrimonio respecto de las situaciones de convivencia no matrimoniales reguladas por algunas comunidades autónomas en España, e incluso de modo más reducido por algunas leyes del Estado, conclusión de inconstitucionalidad que no excluye pueda llegar a imponerse en el futuro.

La séptima aportación procede del profesor J. A. SERRANO GARCÍA (Universidad de Zaragoza) y se refiere al “Concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés”. El autor examina el artículo 77 de la Ley Concursal negándole, a los efectos de la facultad de pedir la disolución del régimen, toda incidencia en los regímenes forales, pero no en el Derecho aragonés, que se remite a la Ley Concursal, y en el Derecho común, que puede ser reformado por la Ley Concursal, y distinguiendo entre el supuesto de la responsabilidad por deudas de las que han de responder los bienes comunes, y el supuesto de responsabilidad por deudas privativas.

A continuación se inserta el estudio de la profesora DÍAZ ALABART sobre “Los alimentos del deudor en el concurso”, en el que la autora parte de la inadecuación de la vigente Ley Concursal a los concursos de personas físicas, para examinar bastante críticamente los preceptos (arts. 47, 84.2.4º, y 145 y ss.) que la Ley Concursal dedica a la materia, que permiten conceder alimentos con cargo a la masa activa al deudor que los necesite para sí o su familia con derecho a alimentos, siempre que el patrimonio los pueda prestar y el deudor los solicite, y que se extinguirá, a juicio de la autora, tanto para el deudor como para quienes percibieran de él alimentos en el momento de liquidación del patrimonio.

Sigue la obra con el estudio del que fue notario de Madrid R. BLANQUER UBEROS sobre “La vivienda familiar”, en el que el autor se planteó bastante exhaustivamente la problemática de la vivienda familiar habitual en las situa-

ciones concursales de los cónyuges, examinando para ello todos los posibles derechos sobre tal vivienda, desde los derechos reales distintos del dominio (usufructo, habitación, superficie), hasta la propiedad libre de uno o ambos cónyuges, y la propiedad gravada con hipoteca, e incluso derechos meramente personales, como ocurre con la vivienda arrendada (tanto si el concurso afecta a los arrendatarios como si afecta al arrendador).

En décimo lugar, la contribución del profesor GUILARTE GUTIÉRREZ (Universidad de Valladolid) se titula “Insolvencia familiar y crisis matrimoniales”, y parte de la relativa indefinición del tema y de lo tratado por otros ponentes, para centrarse en la sociedad de gananciales y expresar su conocido rechazo del régimen económico matrimonial legal en su estado actual. Concluye, así, que los problemas que plantea la liquidación de la sociedad de gananciales tanto en casos de crisis matrimoniales como en casos crisis económica de uno o ambos cónyuges, o cuando concurren ambas circunstancias, no tienen adecuada solución ni en la Ley Concursal ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que a su juicio no obedece a que los procedimientos sean imperfectos, sino a la propia concepción sustantiva de la sociedad de gananciales y especialmente a su conceptualización como comunidad de tipo germánico. Ambas concepciones, en su opinión, deben ser abandonadas cuanto antes para adoptar un régimen de comunidad que imponga la gestión indistinta de los bienes comunes, permita el tratamiento unificado del pasivo ganancial, y prescinda del tratamiento actual de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.

A continuación, el trabajo del abogado J. I. FERNÁNDEZ AGUADO titulado “Conclusión y reapertura del concurso de deudor persona física”, examina las causas de conclusión del concurso contempladas en el artículo 176 de la Ley Concursal y los efectos de la conclusión del concurso, para pasar después al estudio de la reapertura del concurso en general y del de personas físicas en particular (art. 179.1º de la Ley Concursal).

Tras los estudios de los profesores de EEUU, Francia y Alemania más arriba indicados, todos ellos coincidentes en presentar visiones críticas de sus respectivos regímenes específicos de sobreendeudamiento de los consumidores, el trabajo del otro coordinador de la publicación, el profesor COLINO MEDIÁVILLA, bajo el título “Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor ¿procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo o procedimiento concursal especial?”, abre la última parte de la obra, dedicada a propuestas, y lo hace examinando los fundamentos y el alcance de la protección al consumidor sobreendeudado, de acuerdo con los cuales juzga insuficiente el marco establecido en la Ley Concursal y examina *de lege ferenda* las alternativas que enumera el propio título del trabajo, concluyendo con la propuesta de un procedimiento especial cuyos elementos básicos expone.

Seguidamente la profesora C. ALONSO LEDESMA formula a su vez propuestas de regulación de procedimiento concursal, concluyendo también en

favor de un procedimiento especial, sin optar de modo decidido entre la alternativa de un procedimiento judicial o la de un procedimiento administrativo, que tenga por fin el diseño de un plan de pagos eficaz, con o sin exoneración de parte de las deudas.

Continuando esta última parte de la obra, relativa a propuestas, el notario F. GOMÁ LANZÓN, bajo el título de “Algunas propuestas de disposiciones adicionales para una futura ley de sobreendeudamiento”, lleva a cabo un interesante estudio práctico de algunas cuestiones surgidas en torno a la subrogación en los préstamos con garantía hipotecaria, en las que se detectan fallos de la protección del consumidor, como ocurre con la certificación de saldos, la poco útil regulación sobre cláusulas abusivas, las comisiones por cancelación y sus sucedáneos, así como los costes de gestión de las escrituras, que podrán ser objeto de disposiciones adicionales de una futura ley que salieran al paso de esas desventajas para el consumidor, aunque algunas de ellas, como la relativa a la injusta contratación obligada de gestorías, puede que resulte afectada por la entrada en vigor (previa trasposición o sin ella) de la Directiva de liberalización de los servicios.

Por último, cierra esta muy completa publicación la contribución del profesor RAMS ALBESA, titulada “Posibles y aconsejables reformas de la Ley Concursal (o a consecuencia de ella) en materia de Derecho familia”, en la que, desde su alta autoridad en la materia del Derecho patrimonial de la familia, lleva a cabo propuestas relativas al derecho de alimentos y más por extenso, relativas al concurso de personas casadas bajo regímenes económico matrimoniales de comunidad.

Resulta, por todo ello, la publicación reseñada, no sólo muy oportuna, sino también muy completa y rica en sugerencias que son fruto del estudio teórico y de la aplicación práctica de la Ley Concursal en concurrence con las distintas regulaciones jurídico civiles existentes en España en materia de régimen económico matrimonial, lo que hace de ella una herramienta muy aconsejable para todos los operadores jurídicos.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

“Derecho Privado Romano”, Antonio Fernández de Buján, segunda edición, Editorial Iustel, Madrid, 2009.

La obra que voy a comentar –no me atrevo a emplear el término *recensión*– me ha impresionado. Notará el lector atento que estoy escribiendo al inicio, pero lo hago tras haber reflexionado ante ella y escribir lo que a continuación expongo. Lo hago intencionadamente, ya que deseo captar su atención desde este preciso instante.

Tiene el libro de que trato todo el derecho a recibir los calificativos de: profundo y de fácil lectura a la vez; didáctico y equilibrado en las ideas que expone, los razonamientos que expresa, la fundamentación de sus afirmaciones. Ciertamente. Pero deseo poner de manifiesto por qué más me ha impresionado fundamentalmente.

Por una parte, muestra y demuestra cómo el Derecho Romano no es algo del pasado. Vive y vivifica el Derecho Civil español –de ahí las constantes referencias y citas expresas de artículos de nuestro Código– constituyendo a la vez puente de unión entre el Derecho Civil español del Código y los iberoamericanos, para mostrarse en último término imprescindible para la necesaria reconstrucción del Derecho comunitario europeo.

Por otra, el resalte constante de la influencia del Cristianismo en Roma, para que su Derecho evolucionara hacia la medida, el ponderado equilibrio, la protección y concesión de derechos a quienes en las primeras épocas se les negaba rígidamente. Puede verse como demostración lo que a continuación expongo acerca de la condición de la mujer, sobre el matrimonio, el divorcio y las uniones de hecho (y los hijos nacidos de tales uniones). Así como se llega a concebir la *patria potestas* –por la concepción cristiana de la familia– como un *officium*, como un deber de protección y de asistencia (como se dice en la pág. 121).

Gran suerte tiene el que empiece a estudiar Derecho si *el Romano* lo aprende con este libro. Gran hallazgo para quien, como yo, ha tenido el honor de recibir la obra –cariñosamente dedicada por su autor–. Un honor, inmediato, que me ha deparado la oportunidad para comprender la verdad que encierra una frase de la contraportada del libro: “Roma inventa el Derecho en Occidente”. Y una petición al autor: que en breve la complete con el Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho de sucesiones. Con mi agradecimiento y felicitación, voy a comentar algunos aspectos de las instituciones y figuras jurídicas que en la obra se exponen.

Ius civile. Ius gentium. Ius naturale

Después de analizar el término latino *ius* (pág. 24), y como derivado e ideal a lograr por él, la justicia (que es definida –dice en la pág. 25– por Ulpiano como: “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”), se expone cómo las fuentes contienen, en ocasiones, la tricotomía del epígrafe, precisando que la esclavitud es una institución del *ius gentium* pero contraria al *ius naturale*. Así, Ulpiano –pág. 31– afirma que: todos los hombres nacen libres por derecho natural; la esclavitud fue introducida por derecho de gentes.

Ius publicum. Ius privatum

La presente dicotomía es la que quizás mayor fortuna ha tenido a lo largo de la historia del Derecho, pero –pág. 37– todavía hoy polemizan los estudiosos acerca de la naturaleza y contenido de los términos de la distinción. Para destacar el fragmento del Digesto atribuido a Ulpiano, según el que: es Derecho público el que corresponde al estado de la cosa pública, privado el que respecta a la utilidad de los particulares... Se trata no de dos campos antitéticos, sino de dos puntos de vista para el estudio del Derecho, para exponer por último los matices diferenciales que entre ambos se encuentran en las fuentes (págs. 37 y 38).

Nasciturus, qui in utero est (págs. 45 y ss.)

Después de clarificar los conceptos de capacidad jurídica y de obrar (págs. 43 y 44), subraya que al concebido se le reconocen derechos, especialmente a efectos hereditarios (Digesto). Por otra parte, su existencia produce la suspensión de la liquidación hereditaria... y si preciso fuera el nombramiento del *curator ventris*.

La máxima “*conceptus pro iam nato habetur*” (Digesto) ha pasado –destaca– al artículo 29 del Código Civil, así como los requisitos de tener forma (figura) humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (art. 30).

Conmoriencia

La solución romana a los supuestos de muerte conjunta si los fallecidos eran hermanos de que, a falta de prueba de la premoriencia, se consideraban fallecidos al propio tiempo –se dice en la pág. 48–, es la contemplada con carácter general en el artículo 33 del CC.

La condición de la mujer. La tutela de las mujeres

Con precisión afirma –pág. 51– que las limitaciones padecidas por la mujer en la sociedad romana obedecen a razones culturales o sociales derivadas de

la concepción patriarcalista de la familia, que progresivamente fueron atenuadas: en las épocas posclásica y justiniana, desaparecida la tutela de las mujeres y el matrimonio *cum manu*, se reconoce a la mujer una amplísima capacidad negocial y, en general, se refuerza sustancialmente su capacidad de obrar.

Y desde siempre se le reconoció a la mujer, en la sociedad romana, un relevante papel en el marco de la familia (Ulpiano afirma en el Digesto que: la mujer es cabeza y fin de su propia familia. Ovidio define el matrimonio como una sociedad de afectos y de bienes, en la que los cónyuges son dueños de la fortuna familiar).

El matrimonio

Lo apuntado últimamente entronca con la institución del matrimonio romano, cuya configuración –se dice en la pág. 137– ha sido objeto de opiniones diversas, contradictorias incluso.

Pone de manifiesto la definición de matrimonio que –dice en la pág. 139– quizá ha obtenido un mayor eco, la de Modestino en el Digesto: *coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*, para advertir que la referencia al consorcio *para toda la vida* debe interpretarse en el sentido de que no se concebía que los esposos acordasen permanecer unidos un periodo de tiempo determinado, pero no que fuera indisoluble la unión, dada la posibilidad de disolver el matrimonio si desaparecía la *affectio maritalis*.

Y si antes se citaba a Ovidio, vuelve el autor a resaltar que quizás su definición del matrimonio fue la más brillante de las caracterizaciones de la institución, al poner de relieve por de pronto la condición de socia de la esposa en la sociedad conyugal (en igual sentido cita a Salustio, Varrón y Cicerón, pág. 140).

El divorcio

Ya he señalado, en apunte, el criterio del autor acerca de la configuración del mismo: la pérdida de la *affectio maritalis* disolvía el matrimonio en Roma. Pero –dice en la pág. 157– en la época posclásica la influencia de la filosofía cristiana supuso una reacción contra la libertad de disolver el vínculo, lo que se materializó en la legislación. De entre las medidas adoptadas destacaba la imposición de sanciones caso de acudirse al divorcio *sine causa*.

Uniones de hecho

Diferente del matrimonio libre o *sine manu* –se dice en la pág. 146– es la unión de hecho, el concubinato entre dos personas libres, que deciden convivir, sin intención matrimonial (*affectio maritalis*), para poner de manifiesto cómo la legislación cristiana, con su tendencia a reforzar el matrimonio

y facilitar su transición a relaciones matrimoniales, dificultó las uniones de hecho, al tiempo que se mejoró la condición de los hijos nacidos de las mismas (hijos naturales, con posibilidad de ser legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres), a los que se concede el derecho de alimentos y derechos sucesorios abintestato (pág. 148).

El negocio jurídico (págs. 161 y ss.)

Si es en el siglo XIX cuando los pandectistas alemanes –iniciados por su precursor, SAVIGNY– formulan sus principios abstractos y conceptos generales construyendo una teoría general, lo ha sido sistematizando las reglas y aforismos por una parte y las respuestas y soluciones más justas a los casos concretos dadas por la jurisprudencia romana, en el marco de la profusa casuística recogida en los textos del Digesto.

Distinguiendo el hecho, el acto y el negocio jurídico, los pandectistas conformaron a este último sobre la base proporcionada en los textos romanos, en los que se decía que las manifestaciones de voluntad de los intervinientes en un negocio eran ley entre las partes (en las XII Tablas y en el Digesto; y en esta línea el art. 1091 del Código Civil).

El estudio de las clases de negocios jurídicos y de los elementos esenciales del mismo ocupan las páginas 169 y siguientes, para desarrollar aspectos relevantes que nuestro Derecho Civil ha seguido (así, por ejemplo, el art. 773 respecto al error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, y dentro del estudio del error y los supuestos de divergencia no querida entre la voluntad interna y la declarada).

Condición. Término. Modo

Los elementos accidentales del negocio jurídico son estudiados con el detenimiento que exige una regulación que, como la del Derecho Romano, ha seguido el español del Código Civil. De ahí –en las págs. 179 y ss.– las citas de preceptos del mismo conformados según los textos romanos, así: el artículo 1113 (obligación pura); el 990, 794 y 813 (prohibición de acudir a la condición en determinados negocios); el 1115 (condición *si volet*). Igualmente el estudio separado de las fases o situaciones en que tanto la condición suspensiva como la resolutoria pueden encontrarse (*pendet, existit, deficit* y arts. 1114, 1118, 1119 y 1120, relacionados con las mismas; sin olvidar los arts. 1116 y 792, con la distinta solución que siguen según se trate de negocios inter vivos o de testamento).

El criterio expuesto –estudio de los textos y cita de preceptos legales españoles– sigue el autor al tratar del término y del modo; así, artículos 1125 y 1126 en el primero; los artículos 797 y 798 respecto al modo.

El estudio del negocio jurídico termina con el análisis de la invalidez de los mismos (nulidad y anulabilidad; conversión y convalidación o sanación) y

con la conclusión del negocio por representante (con atención específica a la representación necesaria y voluntaria, directa e indirecta; págs. 186 y ss.).

La posesión

Debe ser separada de la propiedad –dice Paulo en el Digesto–, pues puede suceder que el poseedor no sea propietario o el propietario no sea poseedor, y puede suceder, asimismo, que el poseedor sea al mismo tiempo propietario.

A la distinción entre la posesión en concepto de dueño y en concepto de tenedor de la cosa o derecho..., perteneciendo el dominio a otra persona, se refiere el autor en la página 196, con la cita del artículo 432 del Código Civil.

La naturaleza jurídica de la posesión es estudiada con precisión, sobre la base de las concepciones de SAVIGNY y de IHERING (como hecho, con la protección interdictal la primera; y como derecho de menor entidad con relación a la propiedad, también con la protección de los interdictos pero proyectándose hacia la propiedad en el sentido de que gracias a la posesión funciona la propiedad, según la segunda).

Tras el estudio de las especies de posesión –destacando la posesión civil y la natural, con las referencias expresas a los arts. 430, 1940 y 1952 del Código Civil–, de los requisitos de la misma (*corpus* y *animus*), de la adquisición, retención y pérdida de la posesión, se cierra el capítulo IX con el tratamiento interdictal: los interdictos de retener y de recuperar la posesión, señalando en la página 209 cómo la regulación justiniana se refleja, en buena medida, en nuestro Código Civil (arts. 441; 446 –todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere...– y 1968 en sede de prescripción).

Los derechos reales

Después de tratar en el capítulo X de las cosas como aquellos objetos del mundo exterior susceptibles de utilidad y apropiación, y de la clasificación de las mismas, lo que constituye premisa y punto de partida, el autor se introduce –en el capítulo XI– en el concepto y clases de los derechos reales, para a continuación estudiar el derecho de propiedad.

Las expresiones *ius in re* y *iura in re aliena* –dice en la pág. 231– no son propiamente romanas, pero sí las acuñan los intérpretes medievales sobre los textos romanos; los que tratan de las *actiones in rem* e *in personam*, en el ámbito de la defensa en un proceso (con la cita precisa de GAYO en *Instituciones* 4.1.2.3), como medios de amparo y tutela de los derechos reales y los de crédito respectivamente.

El derecho de propiedad (págs. 233 y ss.)

Del minucioso estudio que el autor realiza de la propiedad, me ciño a resaltar algunos aspectos relevantes.

Por una parte, afirma que la definición de la propiedad como un *ius utendi et abutendi* no se encuentra en las fuentes romanas, sino que ha sido enunciada por los juristas medievales, y lo mismo sucede con la hiperbólica afirmación de que la propiedad del suelo se extiende *usque ad coelum et ad inferos*, con la cita expresa de los artículos 348 y 350 del Código Civil.

Por otra, pone de manifiesto que la caracterización de la propiedad romana como absolutista e individualista extremada responde tan sólo a la etapa más arcaica del dominio quiritario: las limitaciones a la propiedad, en especial la de los bienes inmuebles, van en aumento a lo largo de la etapa clásica y periodos posteriores, de forma especial en las etapas posclásica y justiniana (destacando las más relevantes y las causas de las mismas).

Y por último –sin dejar de apuntar su espléndida exposición acerca de las relaciones de vecindad y las inmisiones tolerables y las rechazables– hay que poner de relieve el estudio que el autor hace de la *aemulatio* y del *animus aemulandi*, términos que –dice en la pág. 244– fueron asimilados por los juristas medievales a la idea de intención dañina, configurándose la teoría de la emulación precedente de la actual concepción del abuso del derecho elaborada por la doctrina francesa en el siglo XIX (citando al respecto la sentencia del Tribunal Supremo –de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS– y transcribiendo el art. 7.2 del Código Civil, que contempla la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo).

Los capítulos XII a XVIII

El elevado nivel alcanzado en los capítulos anteriores se mantiene en los siguientes: la defensa de la propiedad (en la que destaca la acción reivindicatoria); la copropiedad (en la que resalta el consorcio familiar); los modos de adquirir la propiedad (originarios y derivativos, así como el peculiar de la usucapión), para introducirse después en los derechos reales sobre cosa ajena (el sistema romano del *numerus clausus* –dice en la pág. 232–), hace que la lista de aquéllos, que están protegidos mediante acciones reales, de efectos *erga omnes*, esté constituida por derechos reales tipificados, para estudiar en concreto: la servidumbre y sus clases, el usufructo, el uso, la habitación, la enfiteusis, el derecho de superficie y por último los derechos reales de garantía, a saber, la fiducia, la prenda y la hipoteca.

Contiene al final la obra un índice analítico, así como puede observarse también una bibliografía actualizada respecto a la primera edición (del año 2008).

Víctor Manuel Garrido de Palma

Notario Honorario

“La prohibición de la sucesión contractual”, José Cerdá Gimeno, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Hasta el siglo XXI la prohibición de la sucesión contractual era un principio general sólo evitado por limitadísimas excepciones, en virtud de algunos preceptos aislados del CC, que perseguían casos especiales de otras instituciones (donaciones, mejoras...). La interpretación de esas excepciones siempre fue restrictiva. Éste es un principio que imperó desde la publicación del Código Civil, y fue una característica esencial del Derecho Común frente a ciertas legislaciones forales.

La obra de CERDÁ plantea un estudio pormenorizado de la evolución de esta idea, que ha vuelto a la tradición hispánica de la admisibilidad de los pactos sucesorios pero con los límites generales que impone la prohibición del CC, que en lo sucesivo será interpretada restrictivamente.

Se trata, pues, de una obra destinada a revitalizar la sucesión contractual en orden a las nuevas necesidades económicas de los protocolos familiares y organización de los patrimonios empresariales. A juicio del autor, desde la Constitución Española de 1978 se cuestiona el principio de igualdad ante la ley, habida cuenta de la permisibilidad de contratos sucesorios en determinadas legislaciones forales frente a la prohibición general del Derecho Común; sobre todo en un ambiente jurídico en que la jurisprudencia del TS permite estos pactos, la práctica notarial los favorece y los límites de la legítima están en declive.

La primera parte de la obra es un prontuario detallado de toda la jurisprudencia del TS y de la DGRN que se ha producido sobre la prohibición de pactos sucesorios; el autor entresaca de la jurisprudencia, que casi siempre niega los pactos, todo aquello de los considerandos que pueda dar lugar a una regulación y aceptación de un principio de sucesión contractual. Además, elabora un prontuario de todas las normas del CC que versan o están relacionadas con la materia, haciendo valoración de las mismas, y exponiendo la doctrina más relevante que las ha interpretado, siempre de forma favorable a la elaboración de unos futuros principios que sienten las bases de unas reglas para un modelo de sucesión contractual en el marco del Derecho Común. Concluye este estudio con una opinión favorable a los pactos en aras a la elaboración de los protocolos familiares.

Para esto articula una teoría donde distingue sucesión contractual de pacto o contrato sucesorio por oposición a la prohibición absoluta. Hace un estudio

detallado de los artículos 1271, 816, 658, 737, 991, 1056, 1674-2º... reinterpretados conforme el artículo 3.1 del CC, que nos lleva a una teoría favorable a los pactos sucesorios.

La segunda parte de la obra hace un análisis de la evolución histórica de la sucesión contractual. Desde la “no regulación” del Derecho Romano sobre la cuestión (que para el autor no era prohibición); la prohibición de esos pactos en el Derecho medieval hasta el siglo XIII; y auge a partir del siglo XIV con “las convenciones que tienen por objeto la herencia futura de los contratantes”, que fueron recogidos por los glosadores y comentaristas; el Derecho intermedio de los Códigos Civiles francés e italiano, y al fin el CC español con su formulación tradicional de prohibición y no aceptación de pactos sucesorios y la interpretación especial que el autor hace de ciertos preceptos como excepción. Por fin, las reformas de 2002 (1056, 831...) y el cambio de tendencia con la nueva interpretación de los artículos 1271 y 816 del CC.

La tercera parte de la obra hace un estudio de los preceptos del CC (con una interpretación del autor favorable a los pactos sucesorios) de los que se puede formular una normativa de la sucesión contractual (620, 641, 825, 826, 827, 831, 1036, 1056, 1057, 1341, 1674 *in fine*, 1704, 14 LH, hasta Ley 19/1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias...).

La última parte de la obra es una extensión de los artículos 1255 y 1275 del CC en una versión más amplia de la libertad de pactos y contratación que ampararía los sucesorios, haciendo una reinterpretación conciliadora del artículo 1271, párrafo 1º, y demostrando que no se produce una conciliación de los límites del orden público y buenas costumbres.

Se completa con un resumen de la posición de toda la doctrina en los puntos en que ésta es favorable al pacto sucesorio.

La obra concluye con “una perspectiva de reforma del CC”, con el texto que el autor daría a aquellos preceptos que se deberían modificar, incluso con el borrador de la redacción que se debería dar a los concordantes del CC que debieran ser completados o modificados.

Finaliza el autor justificando su postura en que el efecto de esa importante reforma que pretende, de aceptación de los pactos sucesorios, facilitaría la articulación de los protocolos familiares.

En definitiva, se trata de una obra compiladora de toda la jurisprudencia y normativa existente en Derecho Civil Común sobre la prohibición de la sucesión contractual y los pactos sucesorios, con una reinterpretación de las mismas favorable a su admisión en aras a un mejor y más práctico tratamiento de los protocolos familiares en el futuro. Se trata de una obra de gran utilidad práctica no sólo para notarios, sino especialmente para abogados en ejercicio y sobre todo para aquellos técnicos que se dediquen a la elaboración y preparación de los protocolos familiares y la ordenación y organización de la sucesión en las empresas familiares.

Luis Rueda Esteban
Notario

“La transmisión de la empresa agraria”, Esther Muñoz Espada, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 1.^a edición, Pamplona, 2008.

I. Desde hace ya algunos años, la profesora vallisoletana lleva publicando numerosos y apreciados estudios sobre Derecho Agrario. Avalada, pues, como reconocida especialista, la profesora Dra. MUÑIZ ESPADA –directora también del “Observatorio de Legislación” ubicado dentro de la plataforma de conocimiento para el medio rural y pesquero creada por el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino–, vuelve sobre un tema que le apasiona para seguir abriendo nuevos caminos, a la vez que estimula el debate que contribuye a enderezar el rumbo en la dirección de su propuesta, consistente en “una construcción jurídica que nos permita avanzar hacia una verdadera unidad de la explotación agraria, cuya trascendencia fundamental se plasmaría en una eficiente organización del patrimonio profesional del agricultor y en la mayor facilidad para su transmisión; lo que constituirá un ulterior desarrollo en la concepción de la empresa agraria”.

Debate y propuesta para los que la Dra. MUÑIZ ESPADA no elude aportar sus planteamientos personales, que se fundan en el conocimiento profundo y en el análisis riguroso de los problemas estudiados, que, casi siempre, encuentran una explicación convincente en este trabajo, por el que el lector transitará sin mayor esfuerzo gracias al fluido estilo de escritura utilizado por la autora.

II. Al sistematizar adecuadamente los resultados de la investigación, la autora contribuye a la claridad de su exposición, que consta de seis apartados. El apartado primero es una “*introducción*”; el segundo afronta “*la consideración de los nuevos elementos de la explotación agraria: los bienes incorporales*”; el tercero se ocupa del *fonds agricole del Derecho francés: su organización, junto a otros bienes, a través de una nueva configuración*; el cuarto se refiere a “*la función del arrendamiento en el patrimonio profesional agrario*”; el quinto versa sobre “*los problemas de transmisión de la explotación agraria en el Derecho español*” y por último, el sexto apartado se refiere a “*la oportunidad de la armonización en torno a la configuración y transmisión de la empresa agraria: un camino por recorrer*”. Todo ello va precedido de un prólogo del ilustre agrarista Dr. Alberto BALLARÍN MARCIAL, y como epílogo cuenta con un extenso capítulo de bibliografía.

III. Estamos ante una aportación doctrinal de sumo interés, no sólo por su oportunidad, sino también por la novedad doctrinal de su planteamiento. Ya en el prólogo, el Dr. BALLARÍN MARCIAL realiza un apunte sobre la problemática que aborda en este trabajo la Dra. MUÑIZ ESPADA, al señalar que quizá por no ser homogéneas las cosas y derechos que integran la explotación agraria, sólo excepcionalmente se habla de la explotación agraria como objeto de un contrato; en cambio, se compran, se venden y se hipotecan las fincas rústicas.

Asimismo, en la *Introducción*, la autora nos presenta su propuesta, dirigida a alcanzar una construcción jurídica que haga posible avanzar hacia una verdadera unidad de la explotación agraria, que permitiese una eficiente organización del patrimonio profesional del agricultor así como una mayor facilidad para su transmisión. Se nos propone mejorar la regulación de los instrumentos tradicionales y, en concreto, crear nuevas estructuras jurídicas que respondan a las exigencias de una adecuada organización de los bienes y de los elementos patrimoniales que forman parte de la explotación agraria.

Si la explotación agraria es lo esencial del patrimonio del titular de la explotación, éste tiene especial interés de cara a su transmisión. Se han estudiado los problemas planteados en relación con la sucesión *mortis causa*. En cambio, han sido menos estudiadas las cuestiones suscitadas en el caso de la transmisión *inter vivos*. En este sentido, se suscita el problema de la disociación del capital fundiario del no fundiario de la explotación agraria, que según la autora no es un problema más, sino el problema con mayúsculas “del que depende el freno a la sucesiva reducción de cultivos agrarios, la instalación o reinstalación, la rentabilidad de la explotación agraria y, en definitiva, del que depende el futuro de la economía agraria” –p. 18.

Para solucionar este problema, la autora aboga por una mayor unidad jurídica de la explotación agraria partiendo de la teoría general del Derecho de bienes, y a partir de ella “integrar todo el fenómeno que comprende la actividad empresarial”. En este sentido, estudia la autora la Ley de orientación agraria francesa de 5 de enero de 2006, la cual, a través de la creación del *fonds* agrícola –sobre la base del *fonds de commerce*–, inicia el camino de trasladar al ámbito jurídico la unidad que en el ámbito económico es predecible de la explotación agraria como empresa.

IV. El apartado segundo se ocupa de “la consideración de los nuevos elementos de la explotación agraria: los bienes incorporales”.

En este apartado la autora se refiere a lo que denomina “elementos mobiliarios”, citando concretamente a las marcas, el valor mismo del propio arrendamiento rústico, los derechos de producción o de explotación y a las denominaciones de origen. En efecto, sin dejar de reconocer la influencia de los mismos sobre la propia actividad económica realizada en la explotación agraria, no me parece que, salvo excepciones, se pueda “abandonar la necesidad del suelo como criterio constitutivo de la actividad agraria” –p. 21–. Por

otra parte, en general, la transmisión de la explotación agraria lleva consigo precisamente la transmisión de su elemento fundamental: el fundo; todo ello, a pesar de que no se puede negar la existencia de otro tipo de bienes que vayan adquiriendo más valor con el tiempo, y que la autora denomina “material agrícola cada vez más elaborado y sofisticado” –pp. 22 y 23–, haciendo una referencia concreta al desarrollo del campo de la biotecnología, lo que conducirá al incremento del número de bienes de carácter intangible o inmateriales como elementos de la explotación agraria, con la consiguiente influencia en el “tipo de garantías que con más frecuencia serán utilizadas para la obtención de financiación sobre la base de la explotación” –p. 24.

Si la explotación agraria (como conjunto de bienes muebles e inmuebles gestionados por su titular para la producción agraria, entre los que cada vez cuentan con más importancia los bienes que constituyen una propiedad incorporal) no se considera en su totalidad –salvo que se constituya en una sociedad o con otra forma jurídica–, “se pierde la oportunidad de hacerla valer o presentarla como medio de garantía más eficiente”, de lo que “resultaría que los acreedores personales del agricultor no tendrán ninguna preferencia, ni podrían separarse diversas explotaciones si se tuvieran varios” –p. 30–. Es, concluye la autora, “antieconómico que para su cesión hayan de realizarse diversos actos jurídicos según el tipo de bien de que se trate, y no como si fuera un patrimonio bajo una verdadera unidad jurídica” –p. 30.

Partiendo de estas premisas, la autora, acertadamente, plantea la necesidad de promover instituciones y ordenar sistemas jurídicos que faciliten y favorezcan la obtención de recursos sobre el propio patrimonio del titular de la explotación agraria. De esta manera, el titular de la explotación agraria no perdería la oportunidad de mayor competitividad y posibilidades de mejor negociabilidad de su patrimonio –p. 25–. Por todo ello, es “determinante y clave para la rentabilidad y organización del patrimonio agrario” que así como la explotación agraria forma una unidad desde el punto de vista económico (unidad de producción económica), también constituya una unidad desde el punto de vista jurídico. Por ello, la Dra. MUÑIZ ESPADA en su trabajo propone que, de cara a facilitar además su transmisión, la explotación agraria –al margen de alguna de las formas jurídicas mercantiles–, aparezca como un verdadero patrimonio de afección “cuando la propia noción económica alude a una significación jurídica autónoma, como la singularidad de su objeto y su posible tratamiento como una propiedad incorporal” –p. 27.

V. En el apartado tercero se trata sobre la *organización de la explotación agraria, junto a otros bienes, a través de una nueva configuración: el fonds agrícola del Derecho francés*.

En Francia tradicionalmente se ha denunciado “como una de las deficiencias más preocupantes, por su trascendencia práctica, que el Derecho no reconozca a la empresa agrícola como una universalidad de Derecho, que pueda ser objeto de transmisión o cesión, con independencia de los elementos

mobiliarios o inmobiliarios que comprenda, sometida a un régimen jurídico único. Sus principios de Derecho positivo han sido un obstáculo para el reconocimiento de la explotación agraria como una universalidad y su inclusión en la categoría de bienes patrimoniales” –pp. 33 y 34–. Precisamente para dar a la explotación un marco jurídico que facilite su transmisión, permitiendo considerarla en su globalidad, con independencia del valor particular de cada uno de sus bienes, se aprobó la Ley de orientación agraria francesa de 5 de enero de 2006.

Precisamente el *fonds agricole* es la creación emblemática de esa Ley. En su virtud, se permite la constitución de una unidad que admite cesión, cuya solidez es el medio de reconocer un valor económico creado por el titular de la explotación agraria que, cediéndolo, puede disfrutar de la capitalización de su trabajo –p. 43–. Esta regulación sobre el *fonds agricole* posibilitaría la transmisión de manera unitaria de la explotación agrícola, lo que incidiría sobre su viabilidad, al aportar mayores ventajas económicas. Otras ventajas, además de disponer de un instrumento de crédito de garantía sobre el *fonds* a efecto de aumentar sus capacidades financieras, serían: disponer de una estructura jurídica a favor de las explotaciones agrarias, alternativa a la figura de la sociedad, que permitiría separar el fundo de la explotación agraria y además constituiría un nuevo elemento de transmisión de la explotación, realizando una única venta con un solo precio y así se evitaría proceder a una venta separada de cada elemento constitutivo del *fonds* –p. 65.

A juicio de la autora, la Ley francesa de 2006 instituye el *fonds agricole* sólo como “un instrumento bastante modesto”, si bien cabe esperar en el futuro ulteriores desarrollos –p. 47–, dadas sus deficiencias, que se centran básicamente en el carácter opcional y parcial, lo que limita su propia operatividad y además, lo que es peor, “impide la configuración y el reconocimiento de la explotación agraria como universalidad jurídica” –p. 48–, independientemente de que se haya constituido bajo una personalidad jurídica específica.

Más adelante se analiza la delimitación del *fonds agricole* en la Ley francesa de 2006, su constitución –p. 62–, destacando que no forman parte del mismo las cuotas y derechos de producción creados por la normativa de la Unión Europea, aspecto cuestionable al limitar la operatividad del propio *fonds agricole*. A continuación se alude al *fonds agricole* en garantía y a la valoración del mismo –p. 65–. El *fonds agricole* en garantía –que se denomina *le mantissement*– constituye una garantía sin desposesión que atribuye al beneficiario un “derecho de preferencia y de repersecutoriedad” por diez años, que puede renovarse por otros diez años antes de la expiración del plazo –p. 64.– Dejando al margen el privilegio de otras preferencias legalmente establecidas, el derecho de preferencia que atribuye el *matissement* permite a su titular que se pague con prioridad sobre el precio procedente de la venta del *fonds*.

La autora es crítica con la figura. En su opinión “la figura del *fonds agricole* tal y como ha quedado fijada sólo constituye una tímida alternativa para

el reconocimiento de la mercantilización de la explotación agraria y la unidad jurídica de sus elementos, sin poder, así, resolver todos los problemas” –p. 67–. Además –añade– para que el *fonds agricole* sirviese como verdadera garantía a los acreedores del titular de la explotación agraria, el *mantissement* debería incluir los bienes inmuebles, sin que ello modificara su consideración de bien incorporal –p. 70.

Se verán recortadas las aspiraciones de la reforma francesa del año 2006, según la Dra. MUÑIZ ESPADA, por la dificultad de predisponer pactos que den plena seguridad al acreedor, lo que constituye un motivo más para no valorar en la práctica el *mantissement* del *fonds agricole*.

En definitiva, entiendo, a la luz de la exposición de la Dra. MUÑIZ ESPADA, que el legislador francés no ha alcanzado la idea de la explotación agraria como conjunto de bienes mobiliarios e inmobiliarios que conformen una entidad distinta de cada uno de ellos, lo que permitiría ser objeto de una cesión única, y objeto, en su caso, de un bien incorporal que sirviese de garantía a los acreedores del titular de la explotación agraria. Según se desprende de las palabras de la autora, el *fonds agricole* está desprovisto de personalidad jurídica, ya que simplemente se ha creado un nuevo tipo de bien que aglutina a un conjunto de bienes como unidad económica, sometida al mismo régimen, un régimen único, aunque de modo parcial y con carácter opcional –p. 84–. Así, el *fonds agricole* “es un medio para hallar nuevos recursos, donde los financiadores se benefician de un marco mucho más restringido de variables sobre los que fundar el plan de financiación y el consecuente reembolso del crédito” –p. 83–, todo lo cual constituye sólo un pequeño paso en el desarrollo de la explotación agraria.

VI. El apartado cuarto está dedicado a “*la función del arrendamiento en el patrimonio profesional agrario*”.

En primer lugar, se alude al nuevo arrendamiento que puede ser objeto de cesión del Derecho francés como complemento del *fonds agricole*. La Ley de orientación agraria francesa de 2006 crea una nueva categoría de arrendamiento rústico objeto de cesión, derogándose, de ese modo, la prohibición fundamental del artículo L. 411-35 del *Code Rural*, si bien ya había algunas excepciones en el artículo L. 411-38.

Ahora bien, cabe ceder el derecho de arrendamiento rústico con consentimiento del arrendador, condición que, según la autora, tiene como consecuencia “que la explotación agraria no termine de poder configurarse como un patrimonio único, sino parcelada en diversas masas patrimoniales” –p. 95–, limitando enormemente un adecuado desenvolvimiento del *fonds agricole*, ya que el valor que añade el arrendamiento con su posible cesión “ayuda a negociar con más facilidad la obtención de cualquier tipo de crédito para acceder a la explotación agraria” –p. 99.

En segundo lugar, se trata de la constitución del *bail cessible* en el Derecho francés, donde tiene un carácter excepcional: por decisión de los inte-

resados el arrendamiento podría cederse, pudiendo figurar, entonces, en el *fonds agricole*. Para el *bail cessible* fuera del ámbito familiar se exige la inserción en el contrato de una cláusula que autorice al arrendatario a ceder su arrendamiento a otras personas –pp. 104 y 105–. Se alude a la regulación de este nuevo arrendamiento –p. 105–, concretamente a las disposiciones específicas de los arrendamientos que admiten cesión fuera del marco familiar –p. 107–, la duración mínima de este arrendamiento –p. 107–, la posibilidad de prórroga –p. 111–, oposición a la prórroga y, en su caso, la indemnización debida al arrendatario –pp. 112 y ss.

En tercer lugar, se estudia la valoración, teniendo presente que de no prorrogarse el contrato de arrendamiento se produce una depreciación del *fonds agricole*, lo cual constituye –a juicio de la autora– “un nuevo elemento de incertidumbre para el acreedor y de debilidad del *mantissement* como garantía del fondo agrario; en todo caso se vería compensado por la cuantía indemnizatoria, que en cada supuesto habría que ver si realmente es provechosa para el conjunto patrimonial” –p. 122.

En cuarto lugar, se estudia la distinción con el *bail commercial* de las empresas agrarias –p. 132–, destacando particularmente en esa comparativa, por oposición a la regla general del Derecho agrario francés, la flexibilidad en la cesión y transmisión del arrendamiento: el *bail commercial* puede libremente cederse con el *fonds* de comercio sin acuerdo expreso del arrendador o propietario. Frente a lo que ocurre en la normativa relativa al *fonds agricole*, el artículo L. 145-15 del CCom declara nulas las cláusulas del arrendamiento que impidan al arrendatario ceder su arrendamiento al adquirente de su *fonds de commerce* –p. 145.

Por último, se ocupa la autora de la enajenación y subarriendo en el Derecho agrario español. La referencia que hace la autora a la cesión del arrendamiento en nuestra regulación no tiene como objetivo proponer la recepción del Derecho francés, dado que es clara la diferente evolución y tradición de cada uno de los dos ordenamientos –p. 148–, si bien, no se deja de señalar que la regulación española –capítulo VII de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2005– puede calificarse más positivamente que la francesa a estos efectos –p. 149–. Tanto es así que, sobre el artículo 23 del citado texto legal, pivota, quizá generosamente, a juicio de la Dra. MUÑIZ ESPADA, “la trascendencia económica del arrendamiento” –p. 152.

VII. El quinto apartado se ocupa de *los problemas de transmisión de la explotación agraria en el Derecho español*.

Para la Dra. MUÑIZ ESPADA, los problemas sobre la transmisibilidad *inter vivos* de la explotación agraria en España son diversos del Derecho francés, “pero tienen en común no llevar a término la idea de la unidad jurídica de dicha explotación”. En torno a esta cuestión, tanto en España como en Francia, “no se cuenta con una regulación acabada, sino que además es dispersa y poco clara” –p. 161.

Transmitir el conjunto de bienes que conforman la explotación agraria en un único acto, bajo un único impuesto y mediante la misma forma y eficacia transmisiva, que es lo que ha tratado de realizar el legislador francés aunque sea de forma incipiente, está prevista en el Derecho español –art. 9 y art. 11 de la Ley 19/1995, de modernización de explotaciones agrarias–, si bien a juicio de la autora el objeto de esas relaciones jurídicas no es la explotación agraria en su totalidad, como un objeto jurídico autónomo, sino cada uno de los elementos materiales e inmateriales que la componen –p. 169–. Por ello, “sería más eficiente la transmisión si el conjunto se considerara formando un único bien o un nuevo bien distinto de cada uno de los elementos que lo integran, como se indica en la doctrina francesa: un bien incorporal sobre el que es susceptible un nuevo derecho de propiedad” –p. 170.

La concepción unitaria que defiende la autora es –según sus propias palabras–, “simplemente una forma útil de resolver un problema práctico, para hacer más rentable y más eficiente económicamente la organización de los elementos empresariales y su transmisibilidad, para reforzar la capacidad concurrencial de empresa en el mercado, sin afectar a los presupuestos o categorías jurídicas admitidas; utilidad que se reflejaría de manera particular, también, de cara a constituir una garantía. Para ello basta el reconocimiento de este bien, bajo una tutela jurídica distinta de la existente para cada uno de los bienes que se integran, pudiendo ser objeto de negocios diversos con un carácter unitario” –p. 172.

VIII. Por último, en el sexto apartado se alude a “*la oportunidad de la armonización en torno a la configuración y transmisión de la empresa agraria: un camino por recorrer*”.

Se estudia el tratamiento de la empresa agraria en el Derecho comunitario [Reglamento núm. 91/66, Reglamento 3228/76 del Consejo de 21 de diciembre de 1975, Reglamento de 15 de julio de 1991, Reglamento 1782/03, de 29 de septiembre de 2003 y Reglamento (CE) número 1698/2005, del Consejo, de 20 de septiembre de 2005], concluyendo la autora que “en ninguno de estos textos comunitarios se puede encontrar ni una noción de empresa agraria adoptada con carácter general ni uniforme, ni una preocupación por la consideración o tratamiento jurídico-unitario del conjunto de bienes que constituyen la explotación agraria y, por tanto, ninguna previsión sobre las posibilidades de transmisión transfronteriza de la explotación agraria” –p. 190.

Concluye la Dra. MUÑIZ ESPADA sugiriendo –en el mismo sentido que ha preconizado el Comité Europeo de Desarrollo Rural– “la adopción de una disposición normativa comunitaria reconociendo a los bienes que constituyen la explotación agraria de tipo no societario y desprovisto de personalidad jurídica el estatuto de universalidad jurídica, así como un régimen fiscal favorable y adaptable a las características de la actividad agraria; poniéndose de relieve la posibilidad de armonizar los aspectos relacionados con la explotación agraria, sobre la base del artículo 43 del Tratado constitutivo” –p. 192.

En definitiva, la Dra. MUÑIZ ESPADA, al desbrozar esta senda –trabajo que, por otra parte, tantas veces han realizado los labradores en los caminos del campo–, fiel a los cánones más puros de la investigación jurídica, nos ofrece un estudio comprometido, con un enfoque que incita a superar las limitaciones de la perspectiva sectorial y formalista apartando cierta hojarasca acumulada y así deducir ciertos criterios sustantivos que pueden marcar una renovación en la disciplina del Derecho Agrario.

Dr. Ángel Sánchez Hernández

Profesor Titular de Universidad (Derecho Civil)
Universidad de La Rioja

